iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW

N.1 2013

ISSN 2039-2540

Issue n. 1 - 2013-ISSN 2039 2540

Index

Articles

1. Tomás Ramón Fernández - Eduardo García De Enterría: un gran jurista español de talla universal
2. Francesco Manganaro - The Right of Property in the Italian Legal System and in the European Convention of Human Rights: a Conflict to be Resolved
3. Alfredo Marra - Delai de decheance et Proces administratif
4. Carmela Leone - European antitrust commitments from the viewpoint of Italian statute law

Reports

5. Environment
    a. ESP: Blanca Lozano, Environmental Legislation
6. Public Bodies - Civil Service
    a. ITA: Alessandro Candido, Il principio autonomista nel regionalismo italiano
    b. ITA: Alessandro Candido, The Autonomy Principle in the Italian Regionalism
    c. ITA: Benedetto Ponti, La dirigenza in Italia
    d. ITA: Benedetto Ponti, Senior civil servant ("dirigenti") in Italy
7. Administrative Justicei
    a. ITA: Marco Calabrò, Modelli di tutela non giurisdizionale: i ricorsi amministrativi
    b. ITA: Marco Calabrò, Non-judicial models of protection: the administrative appeals
8. Public Contracts
    a. ITA: Annalaura Giannelli, Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici
    b. ITA: Annalaura Giannelli, Performance and renegotiation of public contracts
9. Public Law and Economics (Competition and Regulation) and Public Utilities
    a. ITA: Remo Morzenti Pellegrini, La riforma del sistema universitario e il riordino della scuola secondaria in Italia: l'istruzione quale fondamentale fattore di sviluppo e progresso?
    b. ITA: Remo Morzenti Pellegrini, The University System Reform and the Reorganisation of Secondary School Education in Italy: Education as a Fundamentally Important Factor in Development and Progress?
    c. ITA: Michela Passalacqua, Possibile ricostruzione di un'amministrazione di rischio nei mercati finanziari
    d. ITA: Michela Passalacqua, A possible reconstruction of risk regulation in financial market
    e. ITA: Raffaele Titomanlio, Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti
    f. ITA: Raffaele Titomanlio, The regulatory power of independent administrative authorities
10. Liability and accountability
    a. ITA: Marco Macchia, Attività amministrativa e responsabilità per violazione del diritto dell'Unione europea
    b. ITA: Marco Macchia, Administrative activity and liability for infringement of European Union law
11. Judicial review and remedies

    a. ITA: Giovanni Pesce, L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato diventa giudice di Common Law?
    b. ITA: Giovanni Pesce, Does the Plenary Session of the Consiglio di Stato become a Common Law Judge?
    c. ITA: Biancamaria Raganelli, Giurisdizione amministrativa, regole e competitività
    d. ITA: Biancamaria Raganelli, Administrative jurisdiction, rules and competitiveness
12. European Law, Comparative Law, Constitutional Law and International Law - Human Rights
    a. ITA: Marco Pacini, Diritti umani e pubbliche amministrazioni
    b. ITA: Marco Pacini, Human rights and public administrations

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: UN GRAN JURISTA ESPAÑOL DE TALLA UNIVERSAL

Tomás Ramón FERNÁNDEZ

El lunes por la tarde falleció en Madrid el profesor Eduardo García de Enterría a los 90 años de edad. No se ha ido del todo, sin embargo, porque los hombres de su talla se sobreviven a sí mismos. Su obra, su ingente obra, le mantendrá presente y activo mucho tiempo entre nosotros, un "nosotros" muy amplio por cierto, porque comprende sin excepción no sólo a la totalidad de la comunidad jurídica española, sino también a la iberoamericana de lengua española y portuguesa y a buena parte de la europea, a la que también llegaron en francés, italiano y portugués algunos de sus libros.

Pues pocos juristas cuentan en su vitrina con galardones de tal calibre como el Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales, el Alexis de Tocqueville del Instituto Europeo de Administración Pública o el premio Internacional Menéndez Pelayo. Doctor honoris causa por hasta 17 universidades (nacionales e internacionales), fue catedrático de Derecho Administrativo de la Complutense y la Universidad de Valladolid. Además de su participación imprescindible en la Constitución, sobre él recae el honor de ser el primer juez español del TEDH. Pero su aporte va más allá de lo jurídico, como lo demuestra su pasión por la literatura, que lo llevó a convertirse en un estudioso de Borges.

Y es que Eduardo García de Enterría fue, pese a su proverbial sencillez, un auténtico gigante, una de esas personas a las que la Historia elige para que impidan que se rompa del todo su hilo conductor. No otra explicación puede darse al hecho de que habiéndole tocado hacer sus estudios en una Universidad arruinada por una cruel guerra civil en la que perdió a la mitad de sus profesores -en el campo de batalla, en la vileza de la retaguardia o en el exilio posterior al que muchos de ellos se vieron forzados- fuera unos pocos años después uno de los artífices de su reconstrucción, la cabeza visible de una amplia escuela que fue conocida fuera de España en los últimos años del franquismo como

Copyleft – Ius Publicum

la escuela democrática española del Derecho Administrativo y el líder indiscutido de un proceso de renovación del Derecho Público español que contribuyó de modo silencioso, pero decisivo al éxito de la Transición.

Todo ello lo hizo al margen por completo del poder, porque la cobertura formal que el Instituto de Estudios Políticos dio a la Revista de Administración Pública que él fundó en 1950 -con notoria osadía cuando era todavía un joven Letrado del Consejo de Estado recién ingresado en el Cuerpo- nunca afectó a su independencia, que defendió siempre con éxito frente a los, ciertamente escasos, intentos de intervención de algunos de los directores del organismo.

Hoy es fácil ver en el artículo 9.3 de la Constitución, que entre los principios que ésta consagra, figura el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Pero no era fácil hablar de ese asunto, ni mucho menos, en 1959 cuando él escribe en su querida revista un estudio sobre La interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria, ni tampoco cuando tres años después pronuncia su célebre conferencia de Barcelona sobre La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos), de cuyas enseñanzas vivimos todavía los profesores, los abogados y los jueces españoles.

Teniendo presente esta trayectoria no puede sorprender que en el proceso constituyente García de Enterría, que no dejó de ser nunca un jurista independiente, fuese para todos una referencia, ni tampoco que su huella quedara impresa en muchos preceptos de la Constitución, aunque él no escribiera ninguno con su mano, ni, incluso, que el artículo 82 de la norma fundamental sea un resumen preciso y completo de su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que tuvo lugar unos años antes.

La promulgación de la Constitución de 1978 fue un auténtico reto para todos los juristas españoles porque nos enfrentó de golpe con dos soluciones institucionales ajenas a nuestra tradición: el Estado compuesto de signo federalizante y la Justicia constitucional, sobre las que no teníamos otra experiencia que la muy breve y pronto frustrada de la II República. La contribución de García de Enterría fue en este punto una vez más

Copyleft – Ius Publicum

fundamental. Su libro La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, varias veces reeditado, nos iluminó a todos el camino, familiarizándonos con el derecho norteamericano, del que apenas teníamos noticia en aquellas fechas y que, a partir de entonces, pasó a tener una importancia excepcional por ser los Estados Unidos de América la patria de ambas instituciones.

Y lo mismo volvió a ocurrir en 1986 cuando ingresamos en las Comunidades Europeas. Otro territorio ignoto para los juristas españoles, que él fue también el primero en explorar y al que no dejó de prestar atención hasta el último momento, como acreditan los últimos títulos, bien próximos por cierto, de su extensa bibliografía.

Con lo hasta aquí dicho no descubro nada a nadie, por supuesto. Me parece importante recordarlo, sin embargo, porque la vida y la obra de Eduardo García de Enterría es un testimonio formidable de algo que tanto se echa mucho en falta aquí y ahora: la fe en el derecho como obra de civilización, como garantía de libertad y de pacífica convivencia. Si efectivamente se tiene, como él la tuvo toda su larga vida, nada es imposible. En cambio, si se carece de ella y, más aún, si se desprecia, si se sustituye por una apelación constante a la demagogia, si el curso natural de la ley pretende alterarse con atajos sin otro designio que el de conseguir alguna ventaja sobre el adversario, que es lo que ahora, lamentablemente, está sucediendo en nuestro escenario jurídico político, nuestro fracaso como sociedad será inevitable.

Eduardo García de Enterría fue, por supuesto, un jurista excepcional, pero también y sobre todo fue un hombre bueno, de una vitalidad extraordinaria, optimista hasta la exageración y extremadamente generoso. Quizás sea ésta, la generosidad, la más notable de sus muchas virtudes y no me refiero a la generosidad en lo material, que también, sino a la generosidad intelectual, que en el mundo académico en el que transcurrió su vida es rigurosamente inhabitual. Todos los profesores, grandes y pequeños, somos extraordinariamente celosos con las ideas que se nos ocurren, que generalmente no son gran cosa, a pesar de lo cual ponemos el mayor empeño en preservarlas hasta el momento en que decidimos hacerlas públicas. Las tenemos por nuestras y sólo nuestras y no estamos dispuestos a compartirlas con nadie, ni, menos aún, a permitir que otros se las apropien. Él,

Copyleft – Ius Publicum

en cambio, nos las regaló a puñados a quienes estábamos a su alrededor. Nos las brindaba en cualquier momento al propio tiempo que nos llenaba las manos con los libros que él mismo se cuidaba de buscar en su excepcional biblioteca, la mejor de Madrid, sin duda, en materia de Derecho Público, animándonos a desarrollarlas. Y cuando finalmente lo hacíamos y le mostrábamos el trabajo realizado se mostraba tan entusiasta con el resultado como si ese trabajo fuera suyo y lo ensalzaba por doquier. Nunca en mi ya no corta vida pude ver nada parecido.

Fue un privilegio encontrarle, tenerle como maestro y trabajar a su lado durante casi medio siglo. Descanse en paz.

Eduardo García de Enterría nació en Ramales (Cantabria) el 27 de abril de 1923 y murió en Madrid el 16 de septiembre de 2013.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

THE RIGHT OF PROPERTY IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM AND IN THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS: A CONFLICT TO BE RESOLVED

Francesco MANGANARO[1]

INDEX

PART I
EVOLUTION OF THE RIGHT OF PRIVATE PROPERTY IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM
1. PRIVATE PROPERTY IN THE CIVILE CODE
2. THE CONSTITUTIONAL LAW
3. THE CLAUSE OF THE SOCIAL FUNCTION

PART II
THE PROTECTION OF PROPERTY IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
1. ARTICLE. 1 OF THE PROTOCOL AND THE LEGAL INTERESTS PROTECTED
2. PROPERTY PROTECTED IN THE COURT'S CASE LAW
3. THE THEORY OF THE MARGIN OF APPRECIATION AND THE RULE OF LAW

[1] Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria

Copyleft – Ius Publicum

PART III

THE CONFLICT BETWEEN THE EUROPEAN COURT AND ITALIAN LEGAL ORDER

1. THE SPECIFIC CASE OF "*OCCUPAZIONE ABLATORIA*" IN THE NATIONAL LEGAL SYSTEM

2. **THE EVOLUTION OF THE RULE OF LAW IN THE JUDGMENTS OF THE COURT OF HUMAN RIGHTS ON "*OCCUPAZIONE ABLATORIA*"**

3. THE SUBSEQUENT CASE-LAW ON THE GENERAL LAW ON EXPROPRIATION OF 2001

4. THE NORMATIVE VALUE OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

5. THE 2007 JUDGMENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON PROPERTY

6. EVENTS SUBSEQUENT TO THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENTS

7. CONVENTION AND ADMINISTRATIVE POWER OF THE STATES

Copyleft – Ius Publicum

PART I
EVOLUTION OF THE RIGHT OF PRIVATE PROPERTY IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

1. PRIVATE PROPERTY IN THE CIVILE CODE

With the "historical" decisions 348 and 349 of 24 October 2007, the Constitutional Court deciding on compensation for expropriation, ruled on the *vexata quaestio* of the relationship between the European Convention of Human Rights and national law.

The 1865 Italian Civil Code is totally focused on the concept of property[2], understood as a right which having had its feudal privileges removed by the Great Revolution, guarantees individual freedom[3]. Article 436 of 1865 Code («La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta...») is the sublimation of a subjective situation, but at the same time the beginning of its decline, since a precise definition could not withstand the rapid cultural and economic change, which would transform property (especially land) into properties[4].

In the 1942 Civil Code a unitary idea of property would be reformulated, but the warning signs of the differentiation of the institute were evident.

[2] G. Pisanelli in G. Pisanelli, A. Scialoja e P. S. Mancini, *Commentario del codice di procedura civile*, I, Napoli, 1875, 494 ss. believes that property is the only subject of the Code of 1865.

[3] R. Savatier, *Droit civil au droit public*, Parigi, 1950, 40.

[4] S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 254 ss.; A. Baldassarre, *Proprietà (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma 1991; S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986. For a detailed analysis: A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006.

Copyleft – Ius Publicum

The concept of property was evolving because the goods involved in such a right were increasing, making the arguments made only on land ownership obsolete. The strong "physical" connotation of property vanishes in the copyright of property, in the category of enterprise, in property and corporate foundations, to arrive at the complete "dematerialization" of the concept in other "abstract" forms of property. Property takes on aspects of relativity, is dismembered, broken up, socialized and the most authoritative commentators of the Civil Code immediately realized that the concept of property had dissolved into a variety of different properties statutes[5].

But the most significant difference between the previous 1865 Code concerns the very substance of the right. In fact, art. 832 of the Civil Code subjects property to the limits and to the observation of the obligations established by the legal system, differently from the 1865 Code provisions, where the owner is allowed to do anything that is not prohibited by laws and regulations: the absoluteness of property rights begins in this way to crumble, beginning to shape "limits" and "obligations", which conform to it from within.

For the first time, property is not represented only as a juridical situation of power, being characterized by possible obligations that the legislature may introduce to limit a right no longer considered absolute by its very nature[6].

[5] For F. Vassalli, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà* in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 329 ss. "*non vi è una sola proprietà, che vi sono piuttosto delle proprietà, in quanto l'interesse pubblico è che l'appropriazione dei beni comporti statuti diversi in armonia con gli scopi perseguiti, i quali variano assai*".

[6] Of great importance is the position of S. Romano, *Sulla nozione di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 337 ss., also in *Scritti minori*, II, Milano, 1980, 935 ss. For the author the powers of a subject caused to the legal capacity are antecedent respect to the legal relationships that determine subjective situations. So that the power is not incorporated in the law, but precedes it. The private autonomy can therefore be understood both as an exercise of power devices that such use of subjective rights: the separation of powers and rights explains and justifies the multiplicity of legal provisions on property, understood as separation of powers and individual right.

Copyleft – Ius Publicum

2. THE CONSTITUTIONAL LAW

In the Constitution the two problematic aspects just examined emerge again and that is, the content of the right and its diversification as to the object.

Article 42 of the Constitution presents a unitary concept of private property, but with a very innovative value, whose substantial content is difficult to define[7].

The place of property in the section of economic relations and the attribution to the legislator's power to regulate private property seems not to constitute a "minimum content", so much so that the guarantee given to property would be reduced according to the doctrine of "the obligation given to the legislator to preserve some categories of goods which can be obtained by individuals or, even less, to admit in the future where an institute can continue to be given the name of the property"[8]. On the other hand, however, art. 42 "recognizes" (in addition to protecting) ownership, recalling the words and intentions of a pre-existing right to its legislative recognition, recalling to mind thus a natural-law concept of ownership[9].

From this interpretation, even if taken literally, art. 42 of the Constitution, the absence of a selfish value of the private property right and its link with the realization of public interests is clear, especially through the attribution to the law of the power to dispose of the content of the right, also introducing limits intended to guarantee the public interest.

So differently from what was established by the Weimar Constitution, the interest of the private owner is not even explicitly mentioned in the text of paragraph 2 of art. 42

[7] A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., 74 ss.

[8] According to the reconstruction revived by P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.)*, cit.

[9] Coli, *La proprietà privata e l'iniziativa economica*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* (diretto da P. Calamandrei e A. Levi), I, Firenze, 1950, 341 ss.

Copyleft – Ius Publicum

nor can it be considered implicit since the constituent asks the legislator, as its purpose, for the social function and greater accessibility of the property right.

In the second place, also in the new constitutional context, the expansion of the category of goods subject to the right of private property is dealt with in greater detail compared to the text of the Code. In fact, a new category of goods subject to economic evaluation emerges which, while still being the subject of traditional property rights (Art. 810 Cod. Civ.), is lacking in the essential feature of the asset, once recognizable in its corporeality.

The change in the object of the right modifies the content of the right itself, its modes of acquisition and limits, but this is valid also for immaterial goods, in as much as subject to economic evaluation, as part of the constitutional provision on private property. However, the particularity of intangible goods makes an adaptation of the property scheme necessary [10], as the wide-spread fruition of them requires new instruments of protection of their economic value[11], differently from what happens for the protection of material goods, for which it is necessary to guarantee the physicality of the object.

The most recent social evolution aggravates the interpretative uncertainty about private property, because of the rapid arrival on the juridical scene of the necessity to protect common goods, whose preservation - as a guarantee of human survival itself - requires a re-evaluation of the concept of property. When the Civil Code and the Constitution refers to property they obviously think about the ownership of an asset for exclusive use, but things which are the objects of wide-spread and collective rights are not

[10] G. Auletta, *Azienda, opere dell'ingegno e invenzioni industriali*, in *Commentario al Codice civile* (a cura di G. Scialoja e G. Branca), Bologna, 1958.

[11] For D. Messinetti, *Oggettività delle cose incorporali*, Milano, 1970, you cannot use the property in relation to intangible assets, having for this purpose use the concept of belonging.

Copyleft – Ius Publicum

compatible with the juridical categories of individual rights, determined by bourgeois legislators for individual goods.

Basically, if the nineteenth-century revolutions, affirming the inviolability of private property rights, intended to protect the human personality, the current situation requires more and more - with the same purpose of guaranteeing personality rights - to find adequate forms of protection for common goods, identifying the persons entitled to exercise them.

The new challenge is therefore to find ways in which individuals and groups can defend assets, of which nobody can be the "owner", in as much as they are assets to which everybody collectively has a right[12].

3. THE CLAUSE OF THE SOCIAL FUNCTION

The greater uncertainty of the interpretation regarding art. 42 of the Constitution is not due to the identification of the goods to be protected, but to the formula of "social function", used by the Constituent Assembly as the "purpose" of the legislative regulation of the institute. The "social function" is an idea that draws on different and varied cultural matrices, which, starting from the Catholic community movement and up to the social democracy of Weimar, also takes cues from the cooperative solidarity ordering guidelines.

Obviously, the formula used by the Constituent is affected by these significant cultural traditions and reproduces its intrinsic contradictions, because the Catholic way of thinking – in the wake of natural law reflections – it is not at all opposed to private property, but considers the social function is a moral obligation, which, from the legislative

[12] P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-1977, n. 5-6, t. 2, 861 ss.

Copyleft – Ius Publicum

point of view, should be translated into measures in favor of small property and of a greater sharing with the less fortunate: not, therefore, the denial of the property right, but greater access to it. However, the appearance of the social function as a moral obligation annuls its normative content, so as to make the prescription legally irrelevant[13].

Despite these contradictions, a normative meaning of social function needs to be identified to avoid reducing it, according to previous interpretations, to a useless formal ornament.

The most widely accepted theory is that the social function is a radical innovation of property. From the link between social function (Article 42 of the Constitution) and the duty of solidarity (Article 2 of the Constitution) a precise characterization of the social function emerges: a limit of the property right (not traceable to the principle of *alterum non laedere* in art. 2043 of the Civil Code) is detectable in the duty to exercise one's own rights without causing an excessive sacrifice of third party interests. In effect, property shall be used in a correct way, according to precise limits, independently related to the social function and duty of solidarity[14].

Some criticism has been made in this direction, not so much regarding its hermeneutic grounds, which recognize its validity, but rather of its presumed futility

[13] F. Vassalli, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, II, 107, states that "*una funzione sociale [...] è propria di ogni potere riconosciuto dal diritto obiettivo [...]. Aggiungere alla disciplina legale l'invocazione della 'funzione sociale' sarebbe forse togliere sicurezza e stabilità ad un rapporto giuridico d'importanza fondamentale*".

[14] S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1252 ss.; S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969. According to Rodotà, Article 2 of the Constitution states "la necessità di un agire corretto in base alla solidarietà". See also, L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 393, nota 35. U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965, according to which the social function allows "la possibilità [...] del comportamento del proprietario si arresti al limite della antisocialità" (*op. cit.*, 137),

Copyleft – Ius Publicum

because, presented in this way, the social function would look very similar to fairness in social relations, or at least to the principle of proportionality, perhaps limiting the disruptive force of the principle, which would have wanted to introduce an element of duty, such as an internal limit to property right[15].

For this purpose, the formula used in art. 153 of the Charter of the Weimar Constitution and in the present German Constitution of "property that obliges" seems much more precise and becomes "service for the common good", as this statement allows the "violent breaking of the principle of non-involvement in the obligations of the structure of subjective right"[16]. From this principle, the German doctrine inferred three levels of limits [17]: the first, of a merely negative character, resolves itself in the prohibition to invade the sphere of another's property, and the second is the need to endure, in certain cases provided for by law, the limitation or the extinction of property, while the third bind presents a duty to act, when standards require the owner to do so, for example, forcing him to maintain the building's facades or to look after the cultural heritage.

If, therefore, the property does not require a duty of third-party cooperation, the social function however "succeeds in placing a duty in the structure of the real situation" (which is then the way to give a concrete sense to legislative formulas like that of art. 832 cc)[18].

With the social function, private property is not denied, but is placed in a community vision (not collectivist) of the legal system, in which rights and duties complement each other.

[15] P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988.

[16] P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.)*, cit.

[17] F. Kübler, «*Eigentum verpflichtet*» *- eine zivilrechtliche Generalklausel?*, in *Arch. civ. Pr.*, 1960-1961, 236 ss.

[18] P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.)*, cit.

Copyleft – Ius Publicum

The same term "function" denotes property right as addressed to a purpose, which must be "social", that is measured on the proper relationship with the community of which it is part. So the Constitution finds itself in the inherent contradiction between the "social" need to guarantee private property (and indeed make it accessible to everybody) and the intention to weaken the absoluteness, to ensure a "social" exercise.

A vigorous debate in the literature and journalism of private law has been opened about this aspect, which has as its object the possibility of identifying a minimum content of property, untouchable by the legislator.

In particular, the question is focused on the separation of the *jus aedificandi* from the property right, that is on the legitimacy of expropriation binds, including indirect or implicit ones.

The *querelle* developed from the first case of the Constitutional Court on property binds imposed by town-planning (case n. 5/1968), proposing immediately a clear distinction between those who present the *jus aedificandi* as connected to property right[19], and those who consider the right of conforming land as the object of public power in town-planning[20].

In this debate, the question regarding the inalienability of human rights can be traced back to private property: the possible link between social function and development of the personality, would bind the former to the inalienable duties of social solidarity, as an

[19] A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 473 ss.

[20] M. S. Giannini, *Basi costituzionali delle proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 475 ss. Also in *Scritti*, VI, Milano, 2005; A. Predieri, *Riserva della facoltà di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili*, in Aa. Vv., *Urbanistica, tutela del paesaggio ed espropriazione*, Milano, 1969.

Copyleft – Ius Publicum

assumption according to art. 2 of the Constitution, about the realization of fundamental human rights[21].

Indeed, the constant doctrine and the jurisprudence of the Constitutional Court do not give private property such a connotation, because it belongs to the realm of property rights, although the importance of the ownership of private goods cannot be denied, which allows the quality of personal life, the dignity and the freedom of the people to be improved.

The reason given by the doctrine is that fundamental rights are universal, while property rights, such as any asset, belong to individuals, who, indeed, exclude others from the enjoyment of the right. Thus, for the first this is "the key to equality", for the latter it is the logic of differentiation and exclusion; the former cannot, in principle, be modified by the majority because the majority cannot possess what belongs to each and everybody, instead the latter are, anyway, available, at least within certain conditions, it must be added, to the political majority in that, although belonging to the form of state, are not exempt from the power of the legislator nor completely guaranteed against possible constitutional revision"[22].

[21] For inspiration Catholic, E. Mounier, *De la propriété capitaliste à la propriété humaine*, *Oeuvres*, I, Paris, 1961, 417 ss.

[22] A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 101, that invokes L. Ferrajoli. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma, 2002.

Copyleft – Ius Publicum

PART II
THE PROTECTION OF PROPERTY IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

1. ARTICLE. 1 OF THE PROTOCOL AND THE LEGAL INTERESTS PROTECTED

Fundamental rights are subjected to a multilevel regulation [23]. The interaction and the overlap between legal systems, far from a hierarchical system, create relations of integration/differentiation, as well as conflicts and mutual adjustments, which - in the field of private property – find their maximum expression: so by examining the constitutional, EU and ECHR jurisprudence, it will be possible to verify more in general the relationship existing between different legal systems[24].

Article 1 of the First Protocol attached to the ECHR Convention, signed in Paris on 20 March 1952, states that "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of

[23] G. Morbidelli, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo*), in *Dir. proc. amm*., 2006, 290; S. Bonatti - S. Civitarese Matteucci, *Proprietà immobiliare (vincoli e limiti)* in *Trattato di Diritto amministrativo europeo* (diretto da M. P. Chiti e G. Greco), III, 2007, 1555 ss.

[24] See also: M. L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; D. Siclari, *Brevi riflessioni sulle novelle in tema di indennità espropriativa alla luce delle recenti pronunce della Corte costituzionale e della "legge finanziaria per il 2008" (l. 244 del 24 dicembre 2007)*, in C. Salazar e A. Spadaro (a cura di) *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte Costituzionale*, Milano 2009, 331 ss.

Copyleft – Ius Publicum

property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties".

In the article three distinct but clearly linked provisions can be found: the right to the respect of property law, the conditions of legitimacy of expropriation for public utility, the right of the States to regulate the use of property in relation to the general interest or to ensure the payment of taxes or other contributions or penalties. In the case *James v. UK* 21 February, 1986, the Court of Strasbourg states that the different formulas used in the two paragraphs - "*utilité publique*" in 1 par. and "*intérêt général*" in 2 par. – show a different normative content which allows the single States "*plus de latitude*" to regulate the use of the goods. More specifically, in the sentence *Iatridis v. Greece* 25 march 1999 it states explicitly that art. 1 of Protocol contains three different norms: the general respect for property established by the first part of paragraph 1; the conditions for expropriation fixed by the second part of the first paragraph and finally the regulation on the use of goods in the common interest provided for by the second part.

The discussion about the meaning of property in the Convention can only be made on the basis of the case law of the Court's interpretation.

In the Convention there is not even one explicit reference to the constitutional traditions of the State Partners, but the general nature of the normative content of article 1 allows the Court to recall this principle, or do without it, but always with the aim of expanding the scope of the legal interests protected, strengthening protection, pursuant to art. 1 par. 1, the property right, even where the above-mentioned assumptions do not exist[25].

Overcoming thus the legislator's intention, which in the Convention intended to bring back the common traditions of the Partner States, the Court creates an autonomous concept of property, which extends to protecting the patrimonial factual interests.

[25] M. L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 273.

Copyleft – Ius Publicum

2. PROPERTY PROTECTED IN THE COURT'S CASE LAW

The case law of the Court focuses, therefore, more on the notion of goods than that of right[26].

In the case *Marckx v. Belgium* 13 June 1979, what must be understood as an asset and as a property right is defined. As then stated in the cases *Iatridis v. Greece* 25 March 1999 and *Beyeler v. Italy* 5 January 2000, the notion of property must not be evaluated in the light of national law[27], but is presented as any substantial interest provided that it is not a question of "theoretical, or illusory, but concrete and effective"[28]. The Court specifies that, according to the Convention, the notion of goods is connected both to "present goods" and to those for which there exists a "legitimate hope" of obtaining them, while the expectation to have a property right applied which, in fact, has not been exercised for a long time, is not considered as goods[29]. The expropriation of cultural heritage is much more controversial and, according to the prevalent case history should be adequately compensated (*Kozacioğlu v. Turkey* 31 July 2007), although art. 1 does not guarantee in all cases the right to full compensation.

[26] F. Fracchia – M. Occhiena, *I beni privati e il potere pubblico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 13 ss., note that the minimum core of the property is good: there would therefore be a clear distinction between the protection of the property as a minimum core of the right and the imposition of restrictions related to social function.

[27] And such is the interest of a Polish exiled deported, who wants the restitution of the property of his ancestors (*Broniowski c. Polonia* 22 June 2004).

[28] In the case *Azas v. Greek* 19 September 2002, is protected using *de facto* of some land.

[29] Case *Principe Hans-Adam II of Liechtenstein v. Federal Republic of Germany* 12 July 2001. In this regard, see also *Jokela v. Finland* 21 May 2002, for a good object of succession; *Efstathiou and Michaïlidis Motel America v. Greek* 10 July 2003; *Beneficio Cappella Paolini v. San Marino* 13 July 2004; *Lupaş v. Romania* 14 December 2006.

Copyleft – Ius Publicum

The Court does not make an effort to define a general notion of the concept of ownership, as it is sufficient, for its own purposes, to make the concept of goods coincide with that of ownership. It follows that the property is identified with the "thing" subject to the right more than with the right itself. In this way, the Court defines its own idea of goods - and therefore of property - independently from the legal classification given by the domestic laws, in relation to the same case-in-point.

The freedom of interpretation adopted by the Court is thus confirmed, which widens the concept of protected goods - and therefore of property - moving independently in comparison with the national legal systems and using the principles common to the Member States only when they are useful for the reconstruction of a autonomous notion of the concept of goods and, exactly, of the same property case-in-point[30].

3. THE THEORY OF THE MARGIN OF APPRECIATION AND THE RULE OF LAW

Article 1 distinguishes between the expropriation of property for the public interest (paragraph 2) and the power of conformation with the property law for purposes of general interest (paragraph 3): the main difference is that the discipline of the expropriation is already in the Convention, while the regulatory power is delegated to national laws and, therefore, to individual states.

The extinction of the right through expropriation may take place for the existence of a public interest, in accordance with the principle of legality and respect for the general principles of international law: the Court formally recognizes that compliance with these conditions should be assessed by individual states, but reserving itself the assessment of the

[30] R. Hostiou, *La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de l'expropriation indirecte*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n.70/2007, 385 ss.

Copyleft – Ius Publicum

adequacy of the legislative parameter used, it ends up becoming a judge of national laws on expropriation.

In fact, as the boundary between expropriation and regulation is very fragile, the Court tends to put all its effects on the same level, and also to subject the regulatory power, conferred on the Member (paragraph 3), to the expropriation regime (paragraph 2), qualifying as indirect or substantial expropriation all of the cases which result in effects equivalent or similar to those produced by direct measures of expropriation.

Gradually, the Court develops its jurisdiction over the property, widening not only the notion of good, but also evaluating the discretionary space left to the national legislature in property regulation: formally obsequious of the discretional powers of the states, it reduces the boundaries and subjecting it to obligations and requirements.

The first significant judgment on the concept of expropriation is the famous *Sporrong e Lönnroth v. Sweden* 23 September 1982, which concerns an urban constraint renewed for more than twenty-three years by the City of Stockholm on assets of the applicants. That this is an innovative judgment is the fact that it was passed with 10 votes in favor and 9 against, as the dissenting judges believed that despite the fact that a serious violation of the right to property was justified by the public interest in the town-planning, as specified in the first subparagraph of Article. 1.

The Court's case law began to state the case of expropriation made in the case *Loizidou cv. Turkey* 18 December 1996, when the Turkish occupants of Cyprus actually prevent the claimant to enter his property. But the case-histories increase in number: it is illegal to deprive a farmer of 60% of his property without adequate compensation, equivalent to the profit that the claimant loses through expropriation, or through an expropriation for unrealized social works. (*Lallement v. France*, 11 April 2002) o (*Motais de Narbonne v. France* 2 July 2002); or if the reimbursement is made with great delay and without taking into consideration the fact that the whole property, including the non-expropriated part, is no longer usable (*Tsirikakis v. Greece*, 17 January 2002); or again in

Copyleft – Ius Publicum

the case of confiscating a piece of property to build a military barracks (*Satka v. Greece*, 27 March 2003).

The Court's jurisprudence has been refined over time, finding further arguments. According to the Court, there is no violation of art. 1 when the expropriation occurred in an illegitimate manner (*Hatzikakis v. Greece,* 11 April 2002; *Katsaros v. Greece,* 6 June 2002) either when the compensation has not been assessed (*Konstantopoulos v. Greece*, 10 July 2003; *Interoliva Abee v. Greece,*10 July 2003), or when there has been an actual expropriation (*Papamichalopoulos v. Greece,* 24 June 1993; *Tsomtsos v. Greece* 15 November 1996; *Katikaridis v. Greece,* 15 November 1996, *Papachelas v. Greece,* 25 March 1999; *Savvidou v. Greece,* 1 August 2000; *Malama v. Greece*, 1 March 2001, *Karagiannis v. Greece*, 16 January 2003; *Nastou v. Greece,* 16 January 2003; *Yiltaş Yildiz Turįstįk Tesįslerį a.s. v. Turkey,* 24 April 2003; *I.R.S. v. Turkey*, 20 July 2004).

Violation of the right does not always lead to the possibility reintegration measures, as national legal systems are also able to establish measures for compensation. So in the case *Ex king of Greece v. Greece,* 28 November 2002, the Court rejects the request of restitution of property, as the nature of the breach often prevents such a remedy, nor has the Court the power to impose it on individual States. In these cases, however, it is up to the Court to determine if the compensation is reasonable, having obviously distinguished between lawful expropriation and illegal occupation (in this sense, too, *Rompoti & Rompotis v. Greece,* 25 January 2007).

Thus we have confirmation that the Court, while stating that the Member States have a wide margin of appreciation in the regulation of private property for the purpose of public interest, ends up, through the control of reasonableness and proportionality of the national legislation, by establishing itself the conditions for holding the single act of regulation of private property as legitimate.

In conclusion, through the creation of an independent notion of property and the evaluation about the rationality of the parameters of national regulation of private property,

Copyleft – Ius Publicum

the Court matures its own idea of private property, extending protection from the individual national legal systems.

The first and principal condition of expropriation is that it is done on "conditions specified by law". The issue addressed by the Court is what is meant by statutory reserve, if, that is, with the aim prescribed by art. 1, a law in the formal sense is necessary, and if, secondly, the interpretation of the legislation must be regarded as national jurisprudence.

On the first point, there is no doubt that the notion of law is to be understood in a substantive way, according to the constitutional order of individual states, while much more uncertain is the possible attribution of a normative value to the case .

The Court has refined over the years, its case-law on the principle of legality.

At first, the Court set out the principle of legality as the autonomous title of condemning the states, but only notes the excessive length of proceedings concerning expropriation, in violation of the principle of fair trial enshrined in Article. 6 of the Convention, and only then does it identify it as a specific constituent element of the offence. Therefore it has infringed Article. 6 and not Art. 1 for actual protracted occupancy (*Gök v. Turkey* 27 July 2006) or for the delayed execution of an expropriation agreement (*Guerrera and Fusco v. Italy* 3 April 2003; *Guillemin v. France* 21 February 1997; *Tunç v. Turkey* 24 May 2005; *Zwierzyńsky v. Poland* 19 June 2001; *Zazanis v. Greece* 18 November 2004).

Copyleft – Ius Publicum

PART III
THE CONFLICT BETWEEN THE EUROPEAN COURT AND ITALIAN LEGAL ORDER

1. THE SPECIFIC CASE OF "*OCCUPAZIONE ABLATORIA*" IN THE NATIONAL LEGAL SYSTEM

The jurisprudence of the CEDU Court, as regards the matter of violation of art.1, was formed precisely on the case of *"occupazione ablatoria"* in Italian law, that is the discretional power to sacrifice private interest for the common good.

The expropriation proceedings in the Italian legal system has always had a detailed legal regulation, since the law n. 2359 of 1865. In the relationship between authority and freedom, the rule favored private property, especially as to the extent of compensation, which was equivalent to the market value of the property.

In that same legal text, which regulates expropriation, the legislator establishes particular cases (Articles 64 et seq.) in which the administration can occupy private property for temporary needs of works (for example, to install a building site) or for reasons of "*force majeure"*[31].

This power of occupation is then extended to all works of public utility, when the administration declares non-deferability and urgency (Article 39 r.d. 8 February 1923, n. 422), the institute extends when the legislator establishes that the declaration of public utility is equal to a declaration of urgency *ex lege* (l. 3 January 1978, n. 1).

[31] R. Caranta**,** *Espropriazione per pubblica utilità (procedimento)*, in *Enc. Dir*., V agg., Milano, 2001; A. Gambaro, *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*, IV agg., Milano, 2000.

Copyleft – Ius Publicum

The theoretical distinction between emergency occupation and expropriation[32] does not prevent the creation of a real expropriation proceeding as an alternative to the traditional one, that preponderates over the "ordinary", considered more complex by administrations[33].

The law n. 865 of 1971 extends the concept of emergency occupation, providing that this can happen - for a period not exceeding five years and with compensation – within which period the decree of expropriation will be issued.

The owner who suffers occupation has the right to an indemnity, which he may request immediately to the competent court, without waiting for an offer from the administration.

The problem concerns the consequences faced by the administration in case the occupation is not followed - within the period fixed – by the measure of expropriation, when in any case public works have been started or completed on the land.

The jurisprudence and doctrine are beginning to distinguish between occupation *sine titulo ab initio* and occupation which subsequently became illegal for the annulment of the original bond[34].

[32] M. S. Giannini, *Osservazioni sui provvedimenti di occupazione*, in *Foro amm.*, 1953, I, 1, 25; Id., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 1236; F. Pugliese, *L'occupazione preliminare nel procedimento di espropriazione*, Napoli, 1984; G. Verbari, *Occupazione (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 627 ss.

[33] D. Sorace, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 194. In tal senso anche E. Casetta – G. Garrone, *Espropriazione per pubblico interesse*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989; F. Pugliese, *Occupazione nel diritto amministrativo*, in *D. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 263 ss.; M. Conticelli, *L'espropriazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), *Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, 1994. About this point: F. Salvia, *Garanzie delle norme e garanzie del sistema: il caso della proprietà*, in *Dir. amm.*, 2007, 47; S. Licciardello, *Espropriazioni e giurisdizione*, Torino, 2007.

[34] M. Calogero – A. Totano, *L'occupazione acquisitiva nel quadro del procedimento espropriativo*, Padova, 1998.

Copyleft – Ius Publicum

The conflict of jurisdiction on this point was resolved by the famous sentence of the Cassazione Sezioni Unite n. 1464, 16 February 1983, according to which the owner loses his right at the moment of "irreversible transformation" of the land.

On the public law side, the solution indicated was immediately rejected, because it ended up by replacing the regular expropriation proceedings, thus endangering administrative legality and confirming an insufferable privilege to the benefit of the administration, relieving it of liability[35].

This orientation did not convince the Court of Human Rights which condemned the Italian State because of the long lapse of time before paying compensation for expropriation (judgment *Zubani v*. Italy August 7, 1986). Therefore, the national legislature passed the law 27 October 1988 n. 458, according to which the owner of land that has been expropriated illegally may claim compensation for the damage, but not the restitution of the property on which the public work was built (an opinion confirmed in judgment no. 188 of 1995 of the Constitutional Court).

The problem persisted as regards the extent of compensation due, for while the case law of the Supreme Court prevents the reconveyance of the property, on the assumption of full compensation for the damage, the legislator, with the Financial Law of 1992 (Article 5 *bis* of Legislative Decree n. 333 of 11 July 1992) provides for a reduction of compensation, as it equalizes it to compensation in case of lawful expropriation[36].

[35] D. Sorace, *Espropriazione per pubblica utilità*, cit., 194.

[36] Reflections of the doctrine, both in the field of private law than on the administrative law: L. Mengoni, *Proprietà e libertà,* in *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 12 ss.; D. Sorace, *Indennizzi espropriativi e Costituzione: una tematica da riconsiderare*, *ibidem*, 322 ss.

Copyleft – Ius Publicum

The Constitutional Court deems this rule illegitimate (judgment of 2 November 1996 n. 369) and the legislator introduced (Article 3, paragraph 65, of the Law of 23 December 1996, n. 662) the paragraph 7 *bis* of Article 5 *bis* of D.L. 333/92, establishing that damages for occupations preceding the 30 September 1996 correspond to the equivalent of the value provided for the lawful expropriation (half-sum between market value and revalued cadastral income, reduced by 40%) with the exception of the above deduction and contextually increased by 10%. The Constitutional Court, in its judgment 148 of 30 April 1999, judged such a provision legitimate.

2. THE EVOLUTION OF THE RULE OF LAW IN THE JUDGMENTS OF THE COURT OF HUMAN RIGHTS ON "*OCCUPAZIONE ABLATORIA*".

The jurisprudence of the Court of Human Rights regarding property has evolved on the matter of acquisition occupation. Again in the case *Beyeler c. Italy* 5 January 2000, the rule of law has no independent role: it is nevertheless defined as **"***l'existence de normes de droit interne suffisamment accessibles, précises et prévisibles"*.

Only gradually did violation of the principle of legality provided for by art. 1 become the an independent criterion for judging the illegitimacy of national decisions.

The Italian Government, in the law-suits on "*occupazione acquisitiva*", that is a kind of abusive occupation for the public good, argued that the rule of law would be respected where the principle of legality, while not required by a rule, is a constant interpretation by courts.

The Court does not agree with this decision. In fact the Court without ruling on the configurability of the case law as a source of law, reiterates that the rule of law presupposes the existence of rules "*suffisamment accessibles, précises et prévisibles*".

Copyleft – Ius Publicum

This orientation was repeatedly confirmed in subsequent cases (*Elia v. Italy* 2 August 2001). Emblematic is the well-known case Scordino v. Italy[37], which has consolidated the evolution of the Court's case law. In the judgment of 15 July 2004, the Court found a violation of the first paragraph of Art. 1, but not of the second.

In its subsequent judgment of 17 May 2005, the Court stated that the constant jurisprudence can rise to the principle of law, provided that constant interpretation is able to provide the citizen with legal certainty. In the present case, it appears, however, that the same jurisprudence is rather contradictory and, for this reason alone, there is no violation of the principle of legality, understood - pursuant to art. 1 of the Additional Protocol - as rules of law sufficiently accessible, precise and predictable.

Even in the case *Iuliano v. Italy* 14 December 2006, the government claims that the notion of law includes explicit or implicit general principles, but now the Court merely refers to its previous and well-established case-law, according to which the rules must be *suffisamment accessibles, précises et prévisibles.*

3. THE SUBSEQUENT CASE-LAW ON THE GENERAL LAW ON EXPROPRIATION OF 2001

In the face of these repeated decisions of the European Court, the legislature had to take note of an abnormal situation.

The new law on expropriation n. 327 8 June 2001 took note of the orientation of European case law, and also in order to balance the demands of the European Court regarding legality, introduced a provision on "*occupazione ablativa*".

[37] *Scordino v. Italy* sez. I, 15 July 2004; sez. I, 29 July 2004; sez. IV, 17 May 2005; *Grande Chambre*, 29 March 2006; sez. IV, 6 March 2007.

Copyleft – Ius Publicum

Article. 43 of d.p.r. 327/2001 provided that the authority which would use a property for the public interest, "*modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio e dichiarativo della pubblica utilità*" (even when these acts, originally existing, have been annulled) may provide for the acquisition for its heritage with damages. The owner can request restitution, but if the judge considers it impossible, he decides for the amount of compensation.

The return of the asset (Article 46) may only happen if the public work was not carried out or begun within ten years from the date of the expropriation or whether implementation was impossible.

The passing of the law on expropriation appears to part of the doctrine [38] and to the national courts as the remedy to the lamented lack of a legal basis for "*occupazione ablativa*"[39].

So in the jurisprudence of the Cassazione, an orientation has developed according to which, after the approval of the General Law on expropriation, "*occupazione ablativa*" would no longer be in conflict with the European Convention, because the interpretation by

[38] N. Centofanti, *Diritto a costruire. Pianificazione, Urbanistica. Espropriazione*, II, Milano, 2005, 1471 ss. *Contra*, A. Perini, *Il testo unico in materia di espropriazione* (a cura di G. Sciullo, con la collaborazione di R. Ferrara e G. Sala), Torino, 2004, 525; F. Saitta, *Espropriazione per pubblica utilità - Report 2011*, in *Ius publicum*, 2011; A. Gromitsaris, *Expropriation, Tankings, Report 2011 Germany*, in *Ius Publicum*, 2011.

[39] A. Romeo, *Occupazione acquisitiva e (possibile) lesione del diritto di proprietà*, in Aa.Vv., *Codice delle cittadinanze* (a cura di R. Ferrara, F. Manganaro, A. Romano Tassone), Milano 2006, 144 ss., has doubts about the sanatoria of a unlawful act recognizing as the solution adopted is, however, substantially in contrast with the judgments of the Strasbourg Court. Equal criticism of the guarantees for the dispossessed are expressed by S. Ruscica, *Poteri ablativi dell'amministrazione e protezione del proprietario*, *ivi*, 164 ss.

Copyleft – Ius Publicum

the national case-law since 1983 has become constant, satisfying the requirement of "predictable", required by the European Court as a guarantee of the principle of legality[40].

The discipline of the institute on "*occupazione appropriativa*" would seem thus based on rules sufficiently accessible, precise and foreseeable[41], so as not to be possibly considered in contrast with the principles in the European Convention on human Rights, in particular with due respect for property, guaranteed by art. 1 of the Protocol[42].

The doctrine is opposed to this interpretation not only because it violates the principle of legality, but also because it perpetuates an outdated nineteenth-century conception of the civil irresponsibility of the administration. The provision of law would replace regular expropriation, allowing the administration an exemption from liability. The preventive function of liability rules that consists in the measurement of compensation would disappear: the higher the amount of damages the more the liability rule plays an preventive function, dissuading associates from continuing such harmful conduct[43].

[40] Cassazione civile, 14 April 2003, n. 5902 in *Riv. giur. ed.*, 2003, I, 1189 with note of Mari; Cassazione civile, sez. un., 6 May 2003, n. 6853, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, 554 with note of Masselli.

[41] Cassazione civile, sez. I, 15 July 2004, n. 13113, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7-8 e in *Foro amm. CDS*, 2004, 1999; Cassazione civile, sez. I, 17 November 2004, n. 21750, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 11.

[42] Cassazione civile, sez. I, 11 June 2004, n. 11096, in *Foro it.*, 2005, I, 466; Cassazione civile, sez. I, 17 November 2004, n. 21750; Cassazione civile, sez. I, 15 February 2005, n. 3033, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 4 1196; Cassazione civile, sez. I, 11 March 2005, n. 5380, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 1872; *contra*, in the direction that the "occupazione acquisitiva" conflicts with the ECHR: Corte appello Firenze, 22 March 2005, in *Giur. merito*, 2005, 1649 with note of R. Conti.

[43] P. G. Monateri, *La responsabilità civile. Le fonti delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Torino, 1998, 313.

Copyleft – Ius Publicum

That case-law of the Supreme Court reopens a discussion both between national judges and the Court of Human Rights and between the Court of rights and the national Courts themselves[44].

Regarding the first interpretative conflict, the European Court, in the face of the new judgments of the Cassazione, have confirmed more firmly than in the past that in all cases of illegal occupation there is violation of Article. 1 of the Protocol[45].

The Italian government is still trying to distinguish between occupation *sine titulo ab origine* and occupation with an initial legitimate title, which subsequently became unlawful because of the lack of expropriation within the terms provided.

The Court does not accept this distinction, on the basis that, however, there was no adequate restoration for the expropriated, and that the property title of the administration would still be an unlawful act (*Fiore v. Italy* 13 October 2005; *Dora Chirò v. Italy* 11 October 2005).

[44] G. Milo, *Giudici italiani e Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte al diritto di proprietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 1485 ss.; F. Buonomo, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005; R. Conti, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006.

[45] *Acciardi and Campagna v. Italy* 19 May 2005; *Donati v. Italy* 15 July 2005; *Ciarletta v. Italy* 15 July 2005; *Colacrai v. Italy* 13 October 2005; *Serrao v. Italy* 13 October 2005; *De Pascale v. Italy* 13 October 2005; *Bigotti v. Italy* 13 October 2005; *Colazzo v. Italy* 13 October 2005; *Lantieri v. Italy* 15 November 2005; *Dominaci v. Italy* 15 November 2005; *Istituto diocesano sostentamento del clero v. Italy* 17 November 2005; *Pia Gloria Serpilli v. Italy* 17 November 2005; *Bigotti c. Italia* 17 November 2005; *Capone v. Italy* 6 December 2005; *Di Cola v. Italy* 15 December 2005; *Scozzari v. Italy* 15 December 2005; *Giacobbe v. Italy* 15 December 2005; *Sciarrotta v. Italy* 12 January 2006; *Genovese v. Italy* 2 February 2006; *Prenna v. Italy* 9 February 2006; *Immobiliare Cerro v. Italy* 23 February 2006; *Izzo v. Italy* 2 March 2006; *Gianni v. Italy* 30 March 2006; *Maselli v. Italy (n. 2)* 11 July 2006; *Lo Bue v. Italy* 13 July 2006; *Zaffuto v. Italy* 13 July 2006; *Stornaiuolo v. Italy* 8 August 2006; *Mason v. Italy* 24 July 2007.

Copyleft – Ius Publicum

The last and final step was taken by the Court in three cases in May 2005 (*Scordino v. Italy, Acciardi and Campagna v. Italy, Pasculli v. Italy*), in which the Court does not pronounce the illicit nature of the "*occupazione acquisitiva*" in each case examined, but points out the illegality of the institution, which does not allow the legal certainty of private property[46].

Even after the judgment of 6 March 2007, again in the case *Scordino v. Italy*, the Court states that the expropriation *sine titulo*, originating in case law, is contrary to the rule of law and that, therefore, the quantification of the just compensation must be based on the actual market value of the property, as well as revaluation and interest, thus expressing a negative opinion on the institute and not only on individual pending cases[47].

Until, in the judgment *Gianni v. Italy* 31 May 2007, the Court took note of a friendly settlement between the parties, which would demonstrate the intention of the Italian State to conform with the judgments of the Court, recognizing its effectiveness.

[46] F.G. Scoca, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, 519 ss.; Id., *Indennità di espropriazione: la diversa sensibilità della Consulta e della Corte di Strasburgo*, in *www.federalismi.it* 11/2006.

[47] See R. Conti, *L'Italia ancora in ritardo sugli standard europei di tutela dei diritti umani*, nota sent. Cedu, 5 ottobre 2006, in *Urb. app.*, 2007, 35 ss.; L. Marzano, in *Urb. app*., 2007, 328; A. Guazzarotti, *Gli effetti della CEDU e la teoria dei "mondi paralleli"*, in *Quad. cost.*, 2006, 155 ss.

Copyleft – Ius Publicum

4. THE NORMATIVE VALUE OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

From the analysis of the individual cases relating to "*occupazione acquisitiva*" some more general observations about the relationship between domestic law and the European Convention of Human Rights can now be formulated[48].

The protection of fundamental rights is a battleground between the Court of Human Rights and national constitutional courts, especially since the Strasbourg Court, assuming the role of international judge, tends to be considered as the supreme organ of guarantee[49].

The conflict between the Italian Constitutional Court and Court of Human Rights is based on the role that the European Convention on Human Rights has within domestic law.

The opinion historically established in the jurisprudence of the Constitutional Court is that the rules of the ECHR, being treaty rules, do not have the same force as constitutional norms, having been introduced into our legal system by ordinary law (Constitutional Court. 104/69, 123 / 70)[50].

More specifically, the Court in its judgment no. 188/80 states that the rules introduced by the ECHR find no constitutional grounds, neither in art. 10 ("*l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente*

[48] S. Gambino - G. Moschella, *L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, in *Politica dir.*, 2005, 543 ss.

[49] S. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 30.

[50] L. Montanari, *Giudici comuni e Corti sopranazionali: rapporti tra sistemi*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa* (a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura), Torino, 2003, 119 ss., in part. p. 130.

Copyleft – Ius Publicum

riconosciute") nor in art. 11 of the Constitution ("*L'Italia ... consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*"). Therefore "*in mancanza di specifica previsione costituzionale le norme pattizie, rese esecutive nell'ordinamento interno della Repubblica, hanno valore di legge ordinaria*", so "*le norme internazionali pattizie, ancorché generali, dall'ambito di operatività dell'art. 10 Cost. (sent. 48/79; 32/60; 104/69; 14/64) mentre l'art. 11 Cost. neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale*" must be excluded.

Given this vision of the Court's, national courts are trying to introduce the principles of the ECHR, considering them as "*parametro interposto*" between the contested ordinary rule and art. 10 of the Constitution: instead of challenging a rule for its direct contrast with the ECHR, the courts try to enforce the violation of art. 10 of the Constitution, which, in its turn, legitimizes the ECHR, considered generally recognized rules of international law[51].

The Court does not accept that reasoning. According to the Court, in fact, the automatic adaptation of our legal system takes place according to customary international rules and not - as in the case in point - to the pact regulations that, recognized by ordinary law, assume the same power (Cases 32/60 323/89; 342/1999), although it is not clear why among the generally recognized rules of international law only the customary and not those connected to a pact should be considered.

The question was raised again after the constitutional reform of 2001, because now art. 117 paragraph 1 states that "*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle*

[51] On the adaptation of the internal rules to the Treaties: B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2007, 288.

Copyleft – Ius Publicum

Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

The Supreme Cassazione, in the light of the new art. 117 of the Constitution, raised some questions of constitutionality before the Constitutional Court, because Article 117, referring to the fulfillment of international obligations, would introduce into our legal system a compliance with art. 1 of the ECHR Protocol.

Consequently, the 5 *bis* d.l. 11 July 1992 n. 333 (conv. l. 8 August 1992 n. 359), establishing a reduced expropriation compensation, would be detrimental to the right of property for violation of the binds arising from international obligations[52], now protected by Article. 117 of the Constitution, paragraph 1. The impossibility, therefore, of applicability of the national rule in conflict with the ECHR will oblige the Italian Court to ask for an opinion on its constitutionality[53].

The Constitutional Court is required, therefore, to decide on compensation again and, this time, assessing whether the renewed Article 117 of the Constitution - with reference to international obligations - has attributed to the European Convention on Human Rights a new normative efficacy within domestic legislation[54].

[52] Cassazione civile, sez. I, 20 May 2006, n. 11887, in *Giust. civ.*, 2006, 2018.

[53] Cassazione civile, sez. I, 19 October 2006, n. 22357, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 291.

[54] *Ex multis*, see also: B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2002, VI, 1303 ss.; A. Guazzarotti, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003, 25 ss.; A. Guazzarotti, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, III, 491 ss.

Copyleft – Ius Publicum

5. THE 2007 JUDGMENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON PROPERTY

In this complex interpretative context the two "historic" decisions of the Constitutional Court n. 348 and n. 349 of 24 October 2007 are posed[55].

With judgment n. 348, the Court declares the unconstitutionality of Article5 *bis*, par 1 and 2, of decreto-legge 11 July 1992, n. 333 which establishes the criterion for calculating compensation for expropriation.

While with judgment n. 349, the Court declares the unconstitutionality of Article 5 *bis*, par. 7 *bis*, decreto-legge 11 July 1992, n. 333, which provides for, in case of illegal occupation for reasons of public utility ("*occupazione acquisitiva*") occurring before 30 September 1996, the same indemnity criterion for legitimate occupation (though with the exclusion of the 40% reduction of 40% and 10% revaluation).

The question, analyzed in both judgments, concerns the compensation due in two different hypotheses of expropriation (sent. 348) or of illegitimate occupation (sent. 349),

[55] See also, R. Conti, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, 2, 205 ss.; B. Randazzo, *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una « finestra» su Strasburgo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1, 25 ss.; V. Mazzarelli, *Corte costituzionale e indennità di esproprio: «serio ristoro» e proporzionalità dell'azione amministrativa*, *ibidem*, 32 ss; M. Pacini, *Corte costituzionale e occupazione acquisitiva: un adeguamento soltanto parziale alla giurisprudenza Cedu*, *ibidem*, 37 ss.; R. Dickmann, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione*, in *www.federalismi.it*; C. Zanghì, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *www.giur.cost.org*.; S. Mirate, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost*., in *Resp. civ. e prev*., 2008, 1, 65; L. Cappuccio, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, I, cc. 47 ss.; F. Ghera, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, *ibidem*, cc. 50 ss.; si vedano anche i commenti redazionali di R. Romboli e A. Travi, *ibidem*, cc. 39 ss.

Copyleft – Ius Publicum

now viewed in relation to of the numerous judgments of the European Court of Human Rights , condemning the Italian State for the insufficient value attributed to compensation, especially in the case of "*occupazione acquisitiva*".

The Court is, on this occasion, before a crossroad of interpretation, which regards its own function as guarantor of the Constitution: whether to recognize the supra-ordinate role of the European Convention on Human Rights, losing its power of interpretation of the constitutional or to deny the importance of the case law of the Court of Human Rights.

The Court, in order to settle the matter without contradicting its previous case law, therefore, uses the new art. 117 of the Constitution as a parameter in relation to Article interposed. 1 of the Additional Protocol of the ECHR, because art. 117 introduces - as constraints in the legislative process – those "deriving from EU and international obligations", differentiating from each other, so that even the international obligations become the criterion of the legitimacy of internal rules.

According to the Court, the new pronouncements to the art. 117 has "constitutionalized" international obligations, in the same manner in which agreements shall determine them, but, because of this, it allows the Court to assess conformity to the Constitution [56].

In fact, the rules invoked as a parameter of constitutionality (in this case, the ECHR), "are subordinated to the Constitution, but intermediate between this and ordinary law" (sent. 348). It is therefore - as stated explicitly in sent. 349 - a dynamic reference to the international norm.

However, the legal force of the ECHR remains uncertain within domestic law, because it would have a supra-legislative, but not constitutional, role. This leaves many conceptual doubts, since it does not seem clear whether the ECHR, which was introduced

Copyleft – Ius Publicum

into our legal system by ordinary law, as reaffirmed by the Constitutional Court itself, can acquire a supra-legislative force: in fact, this would be possible only if "the adaptation made with a constitutional law, which expressly states the prevalence of rules thus created over primary sources"[57].

The Court has resolved the question considering that the interpretation of the ECHR by the Court of Strasbourg is always covered by the evaluation of the Constitutional Court, as regards compliance with the national Constitution. The interpretation of the Court of Human Rights is not sufficient, therefore, to assume, in the present case, that the provision contested is illegitimate in relation to expropriation compensation, but there is always need for a judgment by the Constitutional Court on the conformity of such an interpretation to the constitutional parameter.

In general, the sentence no. 349 states that "this Court and the Court of Strasbourg ultimately have different roles, although orientated towards the same objective and to protect fundamental human rights as well as possible .... In this way, a correct balance between the need to ensure compliance with international obligations required by the Constitution and that of avoiding that this might result in another way is a weak point in the Constitution itself".

Following the same line of argument, in judgment n. 348, the unconstitutionality is enshrined because the interpretation of the Strasbourg Court would correspond to the interpretation of the Constitutional Court on Article 42 of the Constitution.

Having introduced the normative strength of the ECHR by referring to art. 117 of the Constitution in respect of international obligations, the compensation resulting from the

[57] L. Montanari, *Le tecniche di adattamento alla CEDU come strumento di garanzia dei diritti: un'analisi comparata delle soluzioni adottate negli ordinamenti nazionali*, in Aa. Vv., *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2002, 535.

Copyleft – Ius Publicum

sacrifice of private property is considered inadequate according to the constitutional parameters.

This is certainly a "forced interpretation", to which the Court necessarily resorts: in order not to deny its role as interpreter of the Constitution, the Court denies - in the specific case of protection of private property - an obvious discrepancy between private property as understood in Article 42 of the Constitution. And art. 1 of the Additional Protocol to the Convention on Human Rights (*rectius*: the Court's interpretation of the rights under Art. 1 of the Additional Protocol to the Convention on Human Rights).

The determination of an adequate expropriation compensation is still entrusted to the legislator, as the Court declares the illegitimacy of that particular mode of computation of the allowance set by the rule as unconstitutional, but leaves it to the legislature to determine how it should be calculated.

Indeed, neither the judgment of the Constitutional Court nor the numerous decisions of the Court of Human Rights explicitly state that the proper compensation is equal to the market value of the property. Sentence n. 348 reaffirms it in no uncertain terms, noting that "the legislature does not have a duty to proportion fully expropriation compensation to the market value of the property ablated" because "art. 42 of the Constitution lays down the rule to recognize and guarantee the right to property, but emphasizes the "social function" connected to the duty of solidarity (Article 2 Cost). On this occasion, the Court notes the correctness of that interpretation of the Court of Human Rights that makes a distinction between an "isolated expropriation" or a set of expropriations due to the laws of socio-economic reform: the former has a lesser social function compared to the latter and, therefore, are more eligible for higher compensation than the latter.

Instead, in the case of *occupazione acquisitiva*, sentence n. 349 declares that the illegality of the administration's conduct leads to the payment of a sum equivalent to the market value of the asset, according to an established interpretation of the Strasbourg Court.

Copyleft – Ius Publicum

Despite these interpretative openings, a substantial difference between the Constitutional Court and Court of Human Rights on the legality of *occupazione acquisitiva* still remains, or rather, of the non-entitled use of a private property asset. Starting from the judgments of 2005, the Court of Human Rights finds - as we have seen - that acquisitive occupation contradicts the principle of legality and cannot thus be considered a lawful way of property transfer, as illegality and certainly not good administration is encouraged. The Constitutional Court, however, limits itself only to ruling on the extent of compensation as "both referral orders do not raise the issue of the compatibility of acquisitive occupation as such, with the aforementioned art. 1, but criticize the provision contested only in so far as it regulates the financial repercussions" (par. 8, sent. 349).

The regulation prepared by art. 43 d.p.r. 327/2001 therefore remains unaltered, which provides for the non-entitlement of an asset used for public interest: the judicial institute of *occupazione acquisitiva* with its perverse effects (especially with regard to the limiting of action) is certainly overcome, but a strange form of acquisition of the right to ownership for the administration still persists.[58].

The two above-mentioned judgments, even with these limitations, represent a breakthrough not only for the discipline of the specific object on which it is sentenced, but also for the different relationship they create between the European Convention of Human Rights, according to the interpretation given to them by the Strasbourg Court, and by internal law [59].

[58] A Perini, *Il testo unico in materia di espropriazione*, cit., 525.

[59] For V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, the "eminent interpretative function" recognized by the Constitutional Court with the case-law of Strasbourg (sent. n. 348, par. 4.6), "confers binding force to the interpretation of the ECHR given by the European Court". On this point, with different opinions see: A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale - astratta e prospettiva assiologico – sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in

Copyleft – Ius Publicum

6. EVENTS SUBSEQUENT TO THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENTS

The judgments of the Court could not fail to provoke further regulations and new jurisprudential orientation.

With the Law of 27 December 2007, n. 422 (Financial law 2008), itself accepted the invitation of the Constitutional Court, changing the rules of compensation for expropriation: par. 89 of art. 2 modifies paragraphs 1 and 2 of art. 37 d.p.r. 327/2001, providing that the compensation for expropriation for building areas is equal to the market value of the property, reduced by 25% for expropriations aimed to implement economic and social reform measures. This compensation shall be increased by ten percent when a sale agreement has been concluded or when the agreement has not been concluded for reasons not attributable to the expropriated or because the discounted value of the compensation offered is less than eight tenths of the final offer.

The legislator has adapted itself to the information provided by the case law of the ECHR and endorsed by the judgments of the Constitutional Court, according to which a distinction must be made between single expropriations and those resulting from economic and social reforms, even if it seems difficult (and still residual) to identify such categories.

With regard to compensation for expropriation of single building areas, the criterion of the market value of the property will be returned to, envisaged by the 1865 law on expropriation, but certainly with social implications of a different type from that of the rule, since the current individual expropriations affect, in general, smallholders and not - as in the past - landowners who earned a prosperous position. More surprising and of questionable constitutionality appears the increase of ten per cent of compensation in the

www.forumcostituzionale.it; C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

Copyleft – Ius Publicum

case of conclusion of the surrender, since, in this case, a compensation even higher than the market value would be obtained[60].

There remain, therefore, some relevant application problems, but this does not diminish the "historic" value of the Constitutional Court judgments, which inaugurate an adjustment of our legal system to the Convention on Human Rights, which then become more and more penetrating[61].

The matter has had a follow-up. Article 43 of d.p.r. 327/2001 was declared unconstitutional (judgment n. 293/2010) by the Constitutional Court for its breach of the legge-de-lega 8 march 1999, n. 50[62].

The legislator thus proceeded to issue a rule of the same content. Article. 42 bis of d.p.r. 327/2001 provides that "*valutati gli interessi in conflitto, l'autorita' che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene*".

[60] D. M. Traina, *La nuova disciplina dell'indennità di espropriazione per le aree edificabili: dall'incostituzionalità "per difetto" all'incostituzionalità "per eccesso" (in caso di cessione volontaria)*, in *www.giustamm.it*, 2, 2008.

[61] A. Guazzarotti – A. Cossiri, *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2008.

[62] F. Patroni Griffi, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010, in tema di espropriazione indiretta*, in *www.federalismi.it*; S. Pieroni, *Il de profundis della acquisizione coattiva 'sanante'... sarà vera fine?*, in *www.federalismi.it*.

Copyleft – Ius Publicum

7. CONVENTION AND ADMINISTRATIVE POWER OF THE STATES

Apart from the specific case of compensation for expropriation, the matter of the influence of the ECHR on the internal evolution has been greatly developed.

First, after the entry into force of the Treaty of Lisbon amending the Treaty on the European Union, the problem of the immediate binding of the ECHR has been posed again. The current art. 6 of the Treaty provides the Union's accession to the European Convention on Human Rights, recognizing the nature of the general principles of European Union law guaranteed by the Convention, applicable to the fundamental rights. The innovation was immediately transposed by administrative jurisprudence (Tar Lazio, Sez. II-*bis*, 18 May 2010, n. 11984, see also Cons. St., sez. IV, 2 march 2010, n. 1220), according to which the direct application of the Convention on Human Rights, now having become European law, allows the court direct non-application of the provision deviating from the Convention.

In this hypothesis[63], it was claimed that the accession of the European Union, pursuant to art. 6, par. 3, is limited only to recognizing that the fundamental rights guaranteed by the Convention "are part of the Union's law as general principles", but does not attribute this to the similar nature of the Treaties, as is the case, pursuant to art. 6, par. 1, for the Charter of Nice. In addition, such participation would no longer be effective, as it should be, pursuant to the Protocol n. 8 of future agreements between the European Union and the Council of Europe.

The Constitutional Court, in case n. 80/2011, reiterated that the national Court cannot fail to apply domestic rules in conflict with the ECHR, because the Convention has not become European law.

We believe the question should be examined also from another point of view.

[63] A. Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in *www.giustamm.it*

Copyleft – Ius Publicum

The analysis of the relationship between national law and ECHR has exclusively focused on the relationship between laws and jurisdiction, deepening the relations between the Constitutional Court and Court of Human Rights, and between this and the national Courts[64].

Less examined was the relationship between the decisions of the Court of Strasbourg and national administration. The question of what attitude the national administration should take for an interpretation of the ECHR by the Court deviates from the internal norm, must be posed. If, that is, the decisions of the ECHR constitutes a limit to the discretion of the administration.

It would be too easy to state that the national administration is bound to the internal rule even if different from that of the ECHR, because not only the primacy of the Convention in the field of human rights would be taken into due consideration, but also the administrative and accounting consequences that the State would suffer if the administrations, deciding on similar cases to those of the Court's opinion, do not comply to what it decided, should be considered.

Some particularly significant examples will help to explain this concept better. In the case of *Saadi v. Italy* (*Grand Chamber*, 28 February 2008), the Court of Human Rights states that a Tunisian sentenced in Italy for international terrorism cannot be extradited to his country of origin, where inhumane treatment in prison is practiced. In another case, the Court recognizes a girl, who had been denied access for refusing to provide a photo without a veil for a identity card, the right to enrol at a university (Araç v. Turkey, 23 September 2008). In a further case, in the name of the right to education, it was decided that an 11 year old girl should be allowed to do physical education even without removing the Islamic veil

[64] F. Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, Bruxelles, 24 maggio 2012, in *www.cortecostituzionale.it.*; S. Ninatti, M. Gennusa, *L'Italia e la CEDU – Report annuale 2011*, in *Ius Publicum* 2011; M. Pacini, *Diritti umani e pubbliche amministrazioni - Report annuale 2013*, in *Ius publicum*, 2013.

Copyleft – Ius Publicum

(Dogru v. France, 4 December 2008). Also in the field of education, the Court states that the inclusion of rom children, members of ethnic minorities, in classrooms distinct from the ordinary is incompatible with the Convention (Sampanis and other v. Greece, 5 June 5 2008). In the protection of prisoner rights, the Court considers that the application of the aggravation in art. 41-*bis* of our prison system is contrary to the Article 8 ECHR, when it involves the monitoring of correspondence sent to international organizations for the protection of human rights (Zara v. Italy, 20 January 2009) or to the doctor (Szuluk v. Britain, 2 June 2009).

The question which it is intended to pose is how the national administration should behave in the case in which a case similar to those decided by the Strasbourg Court must be evaluated: referring to the above-mentioned examples, it must be asked whether the Home Office can allow extradition to Tunisia; or whether a school director or a regional school office can arrange for the creation of separate classes for children of ethnic or religious minorities; or whether, even though the aggravated prison regime is still in force, the penitentiary administration can inspect a prisoner's post addressed to an international organization for the protection of human rights.

The question can hardly be settled in accordance with the classical principles of interpretation of the relationship between the sources, or trilateral relations between the Strasbourg Court-Constitutional Court-the national courts, since in this case the power of the national court and the ways in which it relates to the ECHR (conforming interpretation, non-application etc.) are not disputed, but rather what the relationship between a court such as the Court of supranational rights and the national administration is.

Returning, therefore, to the question formulated above (can the national administration decide in a different manner from a decision of the Court of Human Rights on a single similar case?) It seems to me that the administration's decision, if not bound to the specific interpretation by the Court, may find a (new) limit to the discretion, requiring the administration, at least, to justify any decision different from the one adopted by the Court of Strasbourg.

Copyleft – Ius Publicum

Always as an example, if a person condemned to a specific prison regime of the 41-*bis* of the Prison Act wants to send a letter to an organization for the protection of human rights, the director could not submit it to censorship, knowing that the Court of Human Rights has condemned the Italian State in a similar case.

The national administration is required, therefore, to make a "compatible interpretation" of the wording of internal regulations, as indicated by the decisions of the Court of Strasbourg in each single case.

Paradoxically, it could be said that the application of ECHR judgments, unlike the chronological sequence for the recognition of the primacy of EU law over national law, following the opposite direction, already forcing administrations to adapt to the Court of rights decisions, even if the Constitutional Court still does not recognize the obligation of the national court.

This hypothesis could find an explanation in the fact that the judgments of the Strasbourg Court concern individual cases and do not contain general declarations. Therefore, even if we admit that they must be "filtered" by the Constitutional Court to verify compliance with constitutional requirements, must not, however, be subjected to this filter if the national administration wants to use them to create a single case similar to the one already decided, without any judgment on the constitutionality of the internal rule. The weakness of ECHR judgments against internal rules (which prevent national courts from refusing to apply the rules which the ECHR cannot affect) is their strength against national administrations, which, deciding the constitutionality of rule on a particular case and not on general criteria, are obliged into take account the interpretation given by the Court of Strasbourg for a similar single case.

Therefore, the theory of the previous court, the subject of controversy in the relationship between the Strasbourg Court and the national courts, should guide the national administrations in their decisions on concrete cases similar to the judgments of the Court.

From a more general point of view, a reverse path to the one that led to the primacy of EU law over national law would be constituted; in the latter case, the

Copyleft – Ius Publicum

contracting power of non-applying the provision is given first to the national court and then to the administration, if in the object of our current focus such an obligation affects first the administration and then the judges (already present, according to some, or however, implemented by the final entry into the EU of the ECHR, according to others).

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

DELAI DE DECHEANCE ET PROCES ADMINISTRATIF

Dott. Alfredo MARRA[1]

INDEX

1. PRÉAMBULE
2. DÉCHÉANCE ET THÉORIE GÉNÉRALE
3. DÉCHÉANCE ET RECOURS CONTRE LA DÉCISION
4. DÉCHÉANCE ET ACTION EN RÉPARATION
5. DÉCHÉANCE ET ACTION EN NULLITÉ
6. CONCLUSIONS

[1] Maître de Conférences en Droit Administratif à l'Université des Milan "Bicocca".

Copyleft – Ius Publicum

1. PRÉAMBULE

Ces brèves notes portent sur le délai de déchéance auquel est soumise la notification du recours au juge administratif[2]. Bien que le délai de déchéance constitue depuis toujours un élément fondamental de la structure du procès administratif, il n'a jamais fait l'objet d'une attention suffisante de la part de la doctrine. Il est donc particulièrement nécessaire de mener une réflexion à ce sujet, d'autant plus que, aujourd'hui, le Code du procès administratif, en élargissant le catalogue des remèdes disponibles devant le juge administratif, a étendu le régime de la déchéance à des actions autres que l'action constitutive, alors qu'il n'était prévu, à l'origine, que pour l'action en annulation. Comme nous le savons, en effet, l'action en réparation du dommage découlant de l'atteinte à des intérêts légitimes (art. 30) et l'action en nullité (art. 31)[3] sont actuellement soumises à des délais de déchéance d'une longueur différente. Le choix du Code, qui consiste à sanctionner par la déchéance le fait d'exercer des actions autres que l'action constitutive en dehors des délais requis, révèle sans équivoque l'importance

[2] Ces notes reprennent et développent certaines des premières réflexions contenues dans un travail monographique intitulé *Termine di decadenza e processo amministrativo*, Milano 2012. Il convient donc de se reporter à cet essai pour tous les approfondissements qu'il n'est pas possible de mentionner ici de façon complète et qui, par conséquent, sont réputés acquis ou rappelés dans les notes figurant en bas de page lorsque cela s'avèrera opportun.

[3] Un discours séparé doit être effectué pour ce qui concerne le délai d'un an pour introduire une action contre le silence. En effet, dans ce cas, le Code n'en spécifie pas la nature (déchéance ou non). Il n'y a pas eu, ici non plus, de réflexion approfondie de la part de la doctrine sur (l'éventuelle) nature de déchéance du délai et sur les implications qui dérivent de cette qualification. En jurisprudence, surtout de 1ère instance, il est en revanche fréquent de trouver l'affirmation selon laquelle le délai d'un an pour former recours contre le silence en tant qu'inexécution ne constitue pas un véritable délai de déchéance, mais plutôt une présomption absolue de la persistance de l'intérêt à agir en justice pour obtenir la décision demandée (voir, parmi les plus récents: Tar Sicilia Palermo, sez. II, 5 mars 2013 n. 505, in *Foro amm. TAR* 2013, 1017; Tar Campania Napoli, sez. VII, 16 janvier 2013 n. 343, in *Dir. giust.* 2013; Id., 7 juin 2012, 2707, in *Foro amm. TAR* 2012, 2044). Diversement: CGA Reg. Sicilia, 12 aout 2010 n. 1099, in *www.giustizia-amministrativa.it*, qui considère que le délai d'un an a la qualité de délai de déchéance et que, pour cette raison, le délai ne peut faire l'objet d'aucune interruption.

Copyleft – Ius Publicum

accordée par le législateur au délai de déchéance (et par le juge administratif, puisque le Conseil d'Etat a joué un rôle de premier ordre dans la rédaction du Code).

Etant donné la place centrale qu'occupe le délai de déchéance dans le procès administratif, l'objectif de ces brèves notes est de délimiter le périmètre d'application de ce dernier sur la base d'une théorie juridique cohérente. Il est donc nécessaire, en premier lieu, de définir clairement et de la façon la plus rigoureuse possible, les instruments conceptuels qui seront utilisés au cours de cette recherche, afin de vérifier, en second lieu, la cohérence au regard de la théorie juridique, de l'actuelle règlementation du délai de déchéance dans le système des actions prévu par le Code.

2. DÉCHÉANCE ET THÉORIE GÉNÉRALE

Même si, comme il l'a été précisé, dans le droit procédural administratif, la déchéance revêt une importance incontestable, les études à ce sujet ont plutôt été menées par la doctrine civiliste, probablement en raison du fait que le Code civil de 1942 a été le premier texte législatif à règlementer la déchéance (articles 2964-2969). En réalité, le thème transcende le droit privé et se situe plutôt sur le pan de la théorie générale[4]. De ce point de vue, les normes, peu nombreuses, du Code civil portant sur la déchéance ne constituent pas l'objet exclusif de l'enquête et, surtout, « inquadra[no] solo una modesta porzione del tema

[4] Déjà: P. SARACENO, *Della decadenza*, in M. D'AMELIO (de), *Commentario al codice civile*, Firenze 1943, 1006 ss., en particulier 1008, premier commentateur des articles du Code civil sur la déchéance, souligne la nature générale de cette dernière et souhaite son regroupement « insieme a molti altri istituti, in un codice preliminare che raccogliesse le norme comuni ai vari rami del diritto e costituisse come un'introduzione ai singoli codici speciali. In mancanza di questo esso [la decadenza] trova a buon diritto la sua sede nel codice civile, poiché questo è il campo in cui, ad opera della gloriosa scienza civilistica, sono stati per la prima volta studiati e sviluppati ad armonica sistemazione vari istituti più propriamente appartenenti alla teoria generale del diritto».

Copyleft – Ius Publicum

e forse neppure la più significativa[5]». Par conséquent, il n'est pas surprenant que les contributions les plus intéressantes apportées à ce sujet, et se situant sur le plan de la théorie générale, proviennent, comme nous le verrons, de théoriciens provenant de domaines juridiques autres que le droit civil et, plus précisément, de certains théoriciens de droits public et de droit processuel civil[6].

Le problème si situant à la base des études sur la déchéance a toujours été celui d'identifier des critères permettant de fonder une distinction entre la déchéance et la prescription[7].

Cependant, aucune élaboration théorique à ce sujet n'a jusqu'à présent fait l'unanimité[8]. Il est évidemment impossible, ici – et il n'est par ailleurs pas nécessaire aux

[5] En ce sens A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 171 ss., en particulier 174, repris textuellement par R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *Riv. dir. civ*. 1997, 45.

[6] Il est fait référence au courant de pensée qui sera exposé un peu plus loin et qui fur inauguré par SANTI ROMANO, dans les deux textes *Decadenza* e *Poteri, potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, respectivement 46 et 172, puis développé par A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, cit., et plus récemment repris par R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ*. 1996, 721 ss. e ID., *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, cit.

[7] Depuis la moitié du 19ème siècle, en effet, l'on souligne la nécessité d'élaborer des concepts plus raffinés, en mesure de décrire les différents phénomènes de production d'effets juridiques dérivant e l'écoulement de délais, et qui étaient jusqu'à présent regroupés, de façon générique, dans la catégorie de la prescription. La nécessité d'une distinction est déjà présente dans les premières réflexions effectuées à ce sujet par l'école pandettistica allemande. Cf. à ce propos,, C. FADDA e E. BENSA, Note a B. WINDSHEID, *Diritto delle pandette*, IV, Torino 1930, 1074; I. MODICA, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, I, Torino 1906, *passim* et en particulier 156, où il est attribué à Savigny le mérite d'avoir distingué le premier la déchéance de la notion générale de prescription. La nécessité de distinction a toutefois fini par altérer la présentation du problème, au point au, selon A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, cit. 174, « la dottrina è sempre stata preoccupata più di come la decadenza si distingua dalla prescrizione, che di che cosa la decadenza sia».

Copyleft – Ius Publicum

fins de la présente enquête – de fournir une description analytique d'un débat aussi articulé et complexe. Il est en revanche nécessaire, pour apporter des éclaircissements sur la nature et sur la fonction de la déchéance dans le procès administratif, d'indiquer brièvement certaines élaborations doctrinales visant à établir une distinction entre la déchéance et la prescription.

Les différents critères proposés en doctrine sur ce thème relèvent essentiellement de deux ordres différents : l'ordre fonctionnel et l'ordre dogmatique[9].

D'un point de vue fonctionnel, prescription et décadence ont une finalité homogène, c'est-à-dire celle de garantir la certitude des rapports juridiques. La différence entre ces deux instruments tient de la façon dont leur objectif est mis en œuvre. En effet, la prescription vise à garantir la certitude par la consolidation d'une situation de fait, qui deviendra une situation de droit après l'expiration d'un certain délai ; la déchéance garantit quant à elle cette certitude en limitant dans le temps la possibilité de modifier une situation juridique[10].

Autrement dit, la prescription met fin à l'incertitude générée par le non-exercice d'un droit pendant une certaine période, en opérant donc comme un remède successif « de

[8] Presque tous les auteurs ont proposé leur propre critère de distinction, si bien qu'il n'est pas possible, ici, de présenter de façon complète toutes les différentes théories juridiques. Pour un résumé des principales thèses, voir: F. ROSELLI, voce *Decadenza I) Diritto civile*, in *Enc. Giur*. XI, Roma 1989; F. ROSELLI e P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in U. RESCIGNO (de), *Trattato di diritto privato*, XX, Torino 1985, 431 ss.

[9] Ces deux différentes sortes de critère sont présents dans l'élaboration de A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, cit., reprises ensuite par R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, cit.. Un partie de la doctrine de droit civil la plus récente - F. ROSELLI e P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, cit. 597-599 – considère, en revanche, trois sortes de critères: un critère téléologique substantiel, distinct des finalités politiques des deux notions; un critère téléologique formel, distinct de la finalité juridique de la prescription et de la déchéance; un critère fondé sur la diversité des situations subjectives.

[10] A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, cit., 190-191.

Copyleft – Ius Publicum

défense du présent face au passé »[11]. La déchéance, en revanche, ne sert pas de remède à une incertitude liée à une situation juridique existante, mais vise à faire en sorte que si un acte est accompli, il le soit dans un certain délai, de façon à éviter qu'une situation juridique puisse être trop longtemps exposée à l'éventualité d'une modification.

L'application d'un délai de déchéance a donc pour objectif de limiter dans le temps la possibilité de modifier une situation juridique déjà existante. D'où, entre autre, l'affirmation selon laquelle le délai de déchéance opère comme *punctum temporis* et pas, comme le délai de prescription, comme durée. Avec la déchéance, donc, la garantie de la certitude opère de façon préventive, puisqu'elle soumet l'accomplissement de l'acte à un délai péremptoire déterminé. Dans la prescription, par contre, cette garantie opère successivement, en stabilisant une situation présente par rapport au passé[12].

L'homogénéité substantielle de la prescription et de la déchéance, du point de vue fonctionnel, a également été mise en évidence par des analyses doctrinales qui ont examiné ces deux notions en se plaçant du point de vue du sujet passif du rapport juridiques soumis au délai. Même de ce point de vue, la prescription et la déchéance se révèlent encore homogènes, puisqu'elles visent toutes deux à protéger le sujet passif, qui est libéré d'une obligation suite à l'inertie du titulaire de la situation juridique active. La prescription et la déchéance sont, donc, l'expression d'une protection préférentielle privilégiant des intérêts autres que ceux du titulaire du droit, qui doit subir les effets préjudiciables de l'écoulement du temps[13].

[11] Les mots entre guillemets sont de V. TEDESCHI, voce *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, in *Enc. Dir*. XI, Milano 1962, en particulier 783-784.

[12] Cf. V. TEDESCHI, *ibidem*.

[13] Pour cette présentation du problème v. B. GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*. 1970, 866 ss. selon lequel les deux phénomènes représentent deux façons d'être du même phénomène extinctif.

Copyleft – Ius Publicum

Pour résumer, «nella prescrizione (…) il legislatore ha fissato il punto oltre il quale l'interesse del titolare del diritto di vedersi mantenuta tale titolarità anche nell'ipotesi di sua inerzia, cede all'interesse pubblico della conformità dello stato di fatto allo stato di diritto. Nella decadenza (…) il legislatore ha fissato il punto oltre il quale l'interesse del titolare del potere a procedere all'esercizio di questo nel tempo preferito, cede all'interesse pubblico di non lasciare illimitata nel tempo la possibilità di attuare la modificazione giuridica corrispondente»[14].

Si, d'un point de vue fonctionnel, la prescription et la déchéance sont homogènes, puisqu'elles visent toutes deux à garantir la certitude des rapports juridiques – bien que, comme nous l'avons vu, leurs modalités respectives diffèrent entre elles – il en est autrement du point de vue dogmatique. Selon l'approche dogmatique, en effet, la différence entre prescription et déchéance réside dans le fait que la première opère sur des droits subjectifs, alors que la seconde influence les pouvoirs juridiques[15].

Cette interprétation a été critiquée et, aujourd'hui encore, elle est généralement refusée par la doctrine du droit civil[16]. Cependant, les raisons d'un tel refus sont liées à la perspective particulière (peut-être trop limitée) dans laquelle se placent généralement les théoriciens du droit civil pour aborder la question de la déchéance. Cette perspective est en effet, comme nous l'avons précisé, excessivement conditionnée par les exigences

[14] Ce sont les mots de A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, cit., 227

[15] Cf. doctrine citée à la note 5.

[16] La nécessité d'abandonner les lectures qui ne sont pas centrées sur les données positives est rappelée par G. PANZA, voce *Decadenza nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., Sezione civile*, V, Torino 1982, 132 ss. En particulier 133, selon lequel «considerata la decisa prevalenza che con la codificazione dell'istituto ha ormai assunto il dato positivo rispetto a criteri ontologici o schemi personali utilizzabili dall'interprete, occorre realisticamente prendere atto del fatto che non conviene tanto domandarsi cosa sia la decadenza, quanto stabilire in che cosa essa si distingua dal più generale fenomeno estintivo della prescrizione». Cette orientation a précédemment été soutenue par V. TEDESCHI, voce *Decadenza*, cit. 771.

Copyleft – Ius Publicum

interprétatives des normes du Code civil. La doctrine la plus récente du droit civil, donc, demeure sceptique sur la possibilité d'identifier des critères intrinsèques de distinction entre prescription et déchéance et est, par conséquent, favorable à une solution apparemment simple, mais qui est insuffisante, c'est-à-dire celle d'utiliser comme critère principal de distinction la dénomination légale[17]. Cependant, cette attitude de renoncement, qui pourrait (peut-être) ne pas poser trop de problèmes lorsque le législateur n'a précise rien, et donc pourrait suffire pour caractériser la déchéance du point de vue fonctionnel, ne résout pas le problème de savoir si le législateur, en établissant la nature d'un délai (de déchéance ou de prescription) peut agir de façon tout à fait discrétionnaire ou s'il est au contraire tenu de respecter des principes généraux précis, qui régissent le système. La jurisprudence constitutionnelle semble s'orienter vers la seconde alternative.

En effet, si le choix de recourir à la prescription ou à la déchéance était entre les mains du législateur, la jurisprudence qui, misant sur la nature de la situation juridique subjective, a déclaré inconstitutionnelles certaines normes qui soumettent l'exercice de droit subjectifs à la déchéance plutôt qu'à la prescription, serait tout à fait incompréhensible, car dépourvue de tout fondement[18].

Il convient donc d'examiner brièvement la perspective dogmatique, développée par un illustre théoricien du droit administratif, en partant de la constatation suivante : la doctrine de droit civil s'est engagée dans un «processo di riduzione ai minimi termini della portata della problematica della decadenza»[19].

[17] Cfr. F. ROSELLI e P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza* , cit. 599-602; F. ROSELLI, voce *Decadenza I) Diritto civile*, cit. 3.

[18] Cf. Corte Cost. 14 janvier 1976 n. 8 et Corte Cost. 19 juin 1980 n. 87, se trouvant toutes deux sur le site *www.cortecostituzionale.it*. Nous reviendront plus en détail sur cette jurisprudence au § 4.

[19] La perspective dogmatique a été inaugurée, comme il l'a été précisé dans la note 5, par Santi ROMANO. Les mots entre guillemets dans le texte sont de A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, cit., 202.

Copyleft – Ius Publicum

Selon cet auteur, d'ailleurs, le profil dogmatique de la déchéance était d'ailleurs bien présent dans les réflexions de la littérature civiliste avant le Code de 1942, mais avait donné des résultats peu efficaces, à l'époque, en raison du faible approfondissement de la dogmatique relative aux situations juridiques subjectives. Aujourd'hui, le contexte est tout à fait différent puisque les études portant sur les situations juridiques subjectives, au-delà de la diversité (et quelquefois du caractère inconciliable) des opinions à ce sujet, ont sans aucun doute acquis une maturité supérieure à celle du début du vingtième siècle.

Par conséquent, si l'on accepte d'affronter le thème de la déchéance également sur le plan dogmatique et si l'on accueille l'hypothèse selon laquelle la déchéance a une influence sur le pouvoir juridique (et non pas sur le droit subjectif, comme la prescription), le discours ne peut que porter sur le pouvoir juridique.

Le pouvoir juridique est toutefois une notion large et controversée qui comprend une multitude d'aspects[20]. De quel type de pouvoir s'agit-il, si l'on se réfère à la déchéance?

La réponse à cette question pose un problème non négligeable d'une part parce que, pour définir la notion de pouvoir, il est nécessaire de définir de nombreuses autres notions fondamentales connexes à celle de pouvoir juridique (droit subjectif, potestà, faculté, etc.), et d'autre part parce que ce terme a été utilisé par différents auteurs sous des

[20] De plus, la notion de pouvoir comme situation juridique subjective ne fait pas l'unanimité en doctrine. Selon G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Milano 1990, 10: «il concetto di potere come situazione giuridica va bandito dal nostro vocabolario». Selon G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova 1953, 45 le pouvoir n'est pas une position, mais une force active qui participe à la production d'une modification juridique. Niant même toute importance juridique à la notion de pouvoir, S. CASSARINO, *Le situazioni giuridica e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 1956, 218 ss. Sur la notion de pouvoir en théorie générale, voir V. FROSINI, voce *Potere (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino 1966, 440. Pour un aperçu synthétique et une tentative de classification dans le droit privé, pour tous, A. LENER, voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985 610 ss. Parmi les théoriciens du droit administratif, une contribution importante sur ce sujet est offerte par A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali E.C.*, Messina, 1981.

Copyleft – Ius Publicum

sens différents, si bien qu'il est extrêmement difficile de décrire clairement le contenu d'un débat doctrinal aussi complexe. Cependant, l'objectif de ces brèves notes n'étant que d'apporter des éclaircissements sur les caractères du pouvoir qui est éteint par la déchéance, l'on se limitera à ne recueillir que certaines données s'avérant utiles à la définition du lien entre déchéance et pouvoir.

Nous connaissons bien la parabole historique ayant porté à l'apparition et au détachement progressif de la notion de pouvoir de celle du droit subjectif pour en souligner les aspects les plus dynamiques[21]. Nous savons également que c'est Chiovenda qui, en Italie, a défini les droits potestatifs – ou droits du pouvoir juridique ou, plus simplement, les pouvoirs juridiques: les définitions sont ici utilisées sans distinction[22] – suite à un débat particulièrement vif ayant animé la doctrine allemande. Selon cet illustre auteur «questa categoria risulta da numerosissime facoltà racimolate in tutti i campi del diritti privato e pubblico: (…) In tutti questi casi noi ci troviamo di fronte a un potere dell'avente diritto, di produrre, mediante una manifestazione di volontà, un effetto giuridico a cui ha interesse, o la cessazione di uno stato giuridico svantaggioso; (…) Il lato praticamente importante di queste figure giuridiche, è la *soggezione* delle persone di fronte a cui il potere spetta: la soggezione della loro volontà, in quanto non può volere che l'effetto non si produca»[23]. Indépendamment des problématiques découlant de la notion désormais sclérosée de « droit potestatif », il convient simplement, ici, de préciser en quoi consiste le pouvoir juridique qui est soumis à la déchéance.

[21] Pour un aperçu synthétique, B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. Giur*. IX, Roma 1989.

[22] Distingue le droit potestatif des notions similaires B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, cit.

[23] G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna 1903, actuellement in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930, en particulier 21. Egalement en italique dans le texte original.

Copyleft – Ius Publicum

Disons en premier lieu, de façon approximative, qu'il est possible de définir le pouvoir comme un droit dont l'exercice entraine la modification d'une situation juridique existante[24]. Cette définition est cependant trop générique et doit être affinée.

Précisons que l'on entend ici par « modification d'une situation juridique existante » le pouvoir de constituer, de modifier ou d'éteindre – en un seul mot: d'innover – la situation subjective spécifique d'un tiers par un acte unilatéral. Ce pouvoir met le sujet passif du rapport juridique dans une situation d'assujettissement, c'est-à-dire dans l'impossibilité de se soustraire à la modification juridique.

Ces premières affirmations permettent de mettre en évidence certaines caractéristiques essentielles des pouvoirs concernés par la déchéance: en premier lieu, le fait que le pouvoir en question, qui consiste à modifier la situation subjective d'un tiers, implique la préexistence d'un rapport juridique entre les deux personnes[25]. Sont donc exclus de la catégorie des pouvoirs soumis à la déchéance les pouvoirs qui n'impliquent pas un rapport juridique préexistent entre le titulaire du pouvoir et le destinataire de ce dernier (par exemple, le pouvoir administratif).

En second lieu, il est possible d'affirmer que le pouvoir en question constitue un instrument et non pas une fin pour la satisfaction d'un intérêt propre. L'exercice de ce pouvoir ne satisfait donc pas directement l'intérêt de son titulaire, mais accorde de

[24] Une définition encore pus générique et, pour cette raison, moins utile est offerte par S. ROMANO, *Poteri, potestà*, cit. 179, qui oppose aux pouvoirs innovants ceux qui n'ont pas cette qualité dans la mesure où ils sont destinés «a far valere, realizzare, conservare, tutelare condizioni giuridiche preesistenti, senza novarle o modificarle». Cette orientation est également suivie par A. LENER, voce *Potere (dir. priv.)*, cit. 616. Les exemples de pouvoirs conservateurs offerts par ce dernier conduisent toutefois à considérer que l'intention de l'auteur était exclusivement de ne pas exclure *a priori* de la catégorie des pouvoirs les pouvoirs produisant des effets déclaratifs.

[25] Cf. B. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti*, Napoli 1977, 97.

Copyleft – Ius Publicum

l'importance à un fait, produisant ainsi la modification juridique[26]. Etant un instrument et pas une fin en soi, le pouvoir qui est soumis à la déchéance ressemble au droit de créance. Mais, contrairement à ce dernier, le résultat visé par l'exercice de ce pouvoir ne dépend pas de l'activité du sujet passif, mais uniquement de celle de son titulaire. Par conséquent, le pouvoir en question est une notion rigoureusement formelle, qui opère uniquement sur le plan de la réalité juridique et pas matérielle et, plus exactement, sur le plan de l'efficacité juridique[27].

En troisième lieu, il est donc possible d'affirmer que l'efficacité juridique du pouvoir en question est une efficacité constitutive. Le pouvoir soumis à la déchéance est en effet un pouvoir dont l'exercice produit des transformations externes, qui se caractérisent par le fait qu'elles transforment toujours, de façon plus ou moins substantielle, la situation juridique considérée[28].

La nécessité de limiter dans le temps la possibilité de mise en œuvre de ces modifications se pose en raison de leur capacité de transformer, en l'innovant, une situation subjective spécifique dans laquelle se trouve le sujet passif. Cette nécessité n'existe pas, en revanche, dans le cas d'évolutions internes, c'est-à-dire de transformations juridiques

[26] En ces termes, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 60 ss, en particulier 72, repris presque textuellement par R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza,* cit. 51 -52.

[27] Pour l'affirmation selon laquelle le droit potestatif est une notion purement formelle, B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, cit. 1.

[28] S'opposent aux transformations externes les évolutions internes qui ne transforment pas *la* situation juridique, mais qui introduisent un changement passant *à travers* la situation, en laissant intact le contenu structurel et substantiel, si le changement concerne le sujet ou l'objet qui représente les éléments structurels d'identification de toute situation juridique, il ne peut y avoir que transformation externe. Pour cette distinction, amplement: A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, 432 ss. en particulier 494 – 495.

Copyleft – Ius Publicum

cohérentes avec la situation considérée et qui s'insèrent dans sa ligne de développement originaire[29].

Il convient à présent d'illustrer ces concepts par des exemples. Sont généralement comprises dans cette catégorie de pouvoirs, sur le plan substantiel : l'option (art. 1331 du Code civil), l'option dans les obligations alternatives (art. 1285 du Code civil), la résolution du contrat (art. 1456 du Code civil), la déclaration des vices de la chose vendue (art. 1495 du Code civil); la vente à réméré (art. 1500)[30], le droit de préemption, le recours contre le licenciement et, sur le plan processuel, outre le recours contre les décisions administratives, les recours négociés, le recours contre des délibérations d'assemblées de société par actions et contre des délibérations de syndics de copropriété[31].

S'agissant des modalités d'exercice, la doctrine considère généralement de la même façon les droits potestatifs – ou pouvoirs juridiques – qu'ils opèrent sur le plan substantiel ou sur le plan processuel. Elle estime que dans les deux cas, la structure du cas d'espèce est identique[32]. La différence – qui fait écho à la doctrine allemande distinguant

[29] Pour cette terminologie et pour plus de précisions, v. encore A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit. 494

[30] Pour plus d'exemples, v. A. LENER, voce *Potere*, cit., 628. Le fait que dans de nombreux cas cités, le Code civil s'exprime en termes de droit et non de pouvoir ne doit pas surprendre excessivement ni être considéré comme un facteur particulièrement important pour nier la qualification de cette situation comme pouvoir.

[31] Il est intéressant d'observer que la doctrine qui adhère à cette orientation théorique du problème considère que sont également des délais de déchéance les délais appliqués à l'action en annulation du contrat pour vices du consentement et ceux appliqués à l'action en rescision, malgré le contenu littéral des articles 1442 et 1449 du Code civil, qui se réfèrent expressément à la prescription de l'action. V. sur ce point A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, cit., 225, R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, cit. 53, également C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, II, *Profili generali*, Padova 2008, 138; A. DI MAJO, *Diritti potestativi o rimedi: in margine alla revocatoria fallimentare*, in *Corr. Giur.* 1997, 180-181.

[32] Outre A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit. 60 ss. sur ce point v. également M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989, 165.

Copyleft – Ius Publicum

entre *Gestaltungrechte* et *Gestaltungklagerechte* – résiderait uniquement dans la façon dont l'effet modificateur se produit: dans le premier cas, pour qu'une modification ait lieu dans la sphère juridique d'un tiers, une déclaration unilatérale de la part du sujet suffit. Dans le second cas, une vérification préalable, de la part du juge, de l'existence des conditions requises est également nécessaire.

Aux fins de cette étude, ce sont surtout les pouvoirs nécessitant une action judiciaire qui sont importants. Notre attention se concentrera donc sur ces derniers. Selon l'orientation traditionnelle, il s'agit des actions constitutives.

Celles-ci se caractérisent justement par le fait que le procès a pour objet un pouvoir de modification juridique et par le fait que l'effet innovant (de constitution, de modification ou d'extinction, conformément à l'art. 2908 du Code civil) est légalement subordonné, sur le plan substantiel, à la vérification, de la part du juge, de l'existence des conditions légitimant l'exercice de ce pouvoir et à la mise en œuvre de la modification juridique qui en découle[33]. Dans ce type de procès, l'intérêt à agir est déterminé par le fait constitutif du droit potestatif lui-même et se traduit, justement, par l'intention d'obtenir la modification juridique.

L'efficacité particulière des décisions constitutives dépend donc, selon l'orientation traditionnelle, de la nature du droit dont l'existence est constatée, qui est constitué par le pouvoir juridique d'obtenir du juge la production d'un effet juridique[34].

Nous savons également que cette orientation – qui, aujourd'hui encore, est largement partagée par les théoriciens de la procédure civile[35] – a suscité quelques doutes

[33] G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1928, 179-180 qui, à son tour, est débiteur de la doctrine allemande, et en particulier de HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, Jena, 1900 (rist. Aalen, 1967).

[34] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1950, 173.

[35] Cf. par ex. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, (a cura di A. CARRATTA), I, Torino 2012, 83-84.

Copyleft – Ius Publicum

portant d'une part sur l'existence d'un véritable pouvoir substantiel de modification juridique pour le particulier, et d'autre part – corrélativement – sur l'identification exacte du moment « génétique » de la mutation juridique : se situe-t-il, justement, dans le droit substantiel dont l'existence est constatée par le juge ou, plus exactement, dans le jugement constitutif [36]?

Il ne s'agit pas ici d'examiner les différentes thèses proposées en doctrine pour fonder une théorie générale du jugement constitutif. Nous tenterons, plus modestement, sur le plan conceptuel, de répondre à l'objection – qui donne évidemment lieu à de nombreuses et importantes conséquences, aussi bien du point de vue théorique que pratique – portant sur l'inexistence d'une position juridique de droit substantiel pouvant être représentée comme un pouvoir (ou droit potestatif) et pouvant donc faire l'objet d'une décision dans le procès constitutif.

Non pas parce que nous voulons identifier l'objet de ce procès et de sa décision[37], mais plutôt pour la raison suivante, qui est évidente: si une position juridique substantielle n'existait pas – comme l'affirme une partie de la doctrine qui rejette le concept de droit potestatif pour définir le procès constitutif, au moins par rapport aux actions constitutives nécessaires[38] – tout le raisonnement effectué jusqu'à présent sur le rapport entre déchéance

[36] Ces questions sont abordées, même si de façon synthétique, par C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv., Sezione civile*, VII, Torino 1991, 80 ss.

[37] Sur ces points de vue, v. A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006 912 ss. qui adhère également à la théorie selon laquelle l'objet du jugement est le droit potestatif à l'annulation.

[38] Cfr. R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano 1971, 39 ss. en particulier 47-48: «Al privato non va riconosciuto altro potere che quello di rivolgersi al giudice affinché pronunci il mutamento giuridico, ove ne sussistano i presupposti (…) Non si vede perciò quale contenuto, quel portata dovrebbe avere per il soggetto il diritto potestativo. (…) proprio quel soggetto che deve esercitare l'azione costitutiva per raggiungere il mutamento desiderato non ha il potere di modificare la realtà giuridica attraverso una dichiarazione negoziale (…) non si ha [quindi] un'autonoma situazione soggettiva di diritto civile, bensì il potere di azione».

Copyleft – Ius Publicum

et pouvoir serait vide de sens ou en tout cas redimensionné. Il est donc nécessaire de vérifier si cette situation existe ou bien si le particulier ne peut pas bénéficier d'un autre pouvoir que celui de l'action (au sens abstrait du terme)[39].

L'objection que nous venons de mentionner – selon laquelle le particulier peut seulement s'adresser au juge pour obtenir la modification souhaitée, puisqu'il n'a pas le pouvoir de modifier la situation juridique par le biais d'une convention – est le fruit d'un courant doctrinal, historiquement conditionnée, qui conçoit de façon nettement séparée le droit substantiel et le droit processuel. D'après ce schéma, les situations subjectives font exclusivement partie du droit substantiel; par conséquent, l'objet de la non-protection ne peut pas être considéré comme une situation subjective de droit civil[40].

Or, il ne fait aucun doute que les situations subjectives ont un fondement dans le droit et que le droit substantiel et le droit processuel sont considérés sur des plans distincts et autonomes.

Cependant, le fait concevoir de façon trop séparée le droit substantiel et le droit processuel risque de ne pas nous aider à cueillir la genèse des situations subjectives. Il peut être utile, ici, de faire brièvement appel au droit administratif pour éclairer le contenu de ces propos, tout en maintenant le discours sur le plan de la théorie générale. En effet, dans le droit administratif, et cela est encore plus évident que dans le droit civil (où la codification fait apparaître ce phénomène comme étant exceptionnel) « le situazioni soggettive non siano interamente riconducibili né al diritto sostanziale né al diritto processuale, ma si generino dallo scarto che esiste tra la legge sostanziale e lo strumento processuale. (…) Nel diritto amministrativo, mancando una tipizzazione legislativa delle situazioni sostanziali che spettano ai singoli nei confronti della pubblica amministrazione, la loro identificazione avviene necessariamente caso per caso, senza l'ausilio di quelle definizioni e di quelle

[39] R. VILLATA, *ibidem.*

[40] R. VILLATA, *ibidem*

Copyleft – Ius Publicum

clausole generali che conferiscono alle situazioni soggettive di diritto civile la loro caratteristica evidenza *a priori*[41]. « A priori », dans la mesure où il n'est pas possible, dans le droit administratif substantiel, d'identifier exactement la consistance réelle de la situation de l'administré à l'égard de l'administration. En effet, les normes substantielles qui règlementent le pouvoir de l'administration reposent largement sur l'intérêt public, et ne concernent qu'indirectement les situations subjectives dont l'administré est titulaire.

Si l'on se limite au droit substantiel tel qu'il émerge des normes règlementant le pouvoir de l'administration, donc, il est évident qu'il est impossible d'identifier un pouvoir de modification juridique attribué à l'administré. Mais il ne s'agit pas là de la seule perspective possible. La consistance de la situation juridique de l'administré à l'égard de l'administration ne peut pas, en effet, être considérée uniquement à travers son aspect statique, comme cela arrive généralement pour les droits subjectifs dans le droit civil. Nous devons également nous efforcer de considérer les situations juridiques dont l'administré est titulaire à l'égard de l'administration en suivant leur propre dynamisme. Nous constaterons alors que, sur le plan substantiel, la situation de l'administré par rapport à l'administration se dessine progressivement, d'abord de façon spéculaire dans le cadre de l'exercice du pouvoir administratif puis, plus clairement, à travers et suite à la décision du juge, qui reflètera la constatation d'un exercice correct de ce pouvoir administratif[42]. En effet,

[41] Ces mots sont de B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo, in Quaderni del Seminario di studi e ricerche parlamentari S. Tosi*, Torino 2009, 122- 123 qui poursuit: « il diritto soggettivo e l'interesse legittimo non sono situazioni soggettive nel senso specifico e concreto in cui lo sono i diritti codificati, ma sono pure sintesi verbali … È indubitabile che i diritti soggettivi e gli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, per quanto abbiano una base nel diritto sostanziale, prendono forma nel processo. In assenza di una codificazione delle regole dei rapporti tra l'amministrazione e i destinatari della sua azione, le situazioni soggettive sono riconosciute caso per caso dalla giurisprudenza. Quella che appare una situazione limite del diritto civile, cioè il nuovo bisogno di tutela giuridica, è evenienza normale nel diritto amministrativo».

[42] Cf. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, (a cura di E. Cardi e A. Nigro), Bologna 2002, 254: «il processo amministrativo non si fa tanto – come accade per il processo civile – per verificare una realtà sostanziale esterna e definita (il diritto soggettivo); quanto per concorrere a creare l'oggetto stesso della verifica (il potere di annullamento nella sua fisionomia concreta quale risulta dalla "consistenza" dell'interesse legittimo a

Copyleft – Ius Publicum

contrairement à ce qui se passe en droit civil, le recours contre la décision n'implique pas l'attribution du bien de la vie, mais s'insère dans le flux des rapports entre pouvoir administratif et intérêt légitime.

L'on comprend, donc, aisément que si elle ne peut pas être constatée *a priori*, l'existence d'un pouvoir de modification juridique apparait en revanche *ex post*, comme le reflet de la vérification de la règle sur le pouvoir administratif. En définitive, le fait que le pouvoir d'annulation de la décision constitue une situation de droit substantiel ne signifie par que la protection qui lui est accordée par l'ordre juridique se situe dans le droit substantiel. Cela signifie, en revanche, que cette position naît du droit substantiel – par l'effet du dommage causé par la décision administrative – et qu'elle se reflète dans le droit substantiel, par le biais de la décision[43].

A la lumière des observations qui précèdent, et pour revenir à la théorie générale, il est à présent possible d'exclure que le pouvoir s'inscrivant dans une action judiciaire et soumis à la déchéance coïncide avec le simple pouvoir d'action au sens abstrait du terme[44]. Ce pouvoir coïncide plutôt avec l'action au sens concret du terme, c'est-à-dire avec le pouvoir du sujet d'obtenir une décision favorable sur le fond. Plus exactement, l'objet de la

dall'accertamento del corretto modo di esercizio del potere amministrativo nella specie), fissando la regola del concreto operare dell'amministrazione in relazione all'interesse sostanziale dell'amministrato e stabilendo così il giusto rapporto fra interesse sostanziale e potere amministrativo».

[43] A travers une argumentation différente, il parvient enfin, à envisager la nature substantielle de la situation subjective extinctive dans le procès administratif: A. SQUAZZONI, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, Giuffré, Milano, en cours de publication**,** qui formule des considérations approfondies et assez intéressantes sur le fonctionnement du phénomène extinctif et, en l'espèce, sur le problème de la sauvegarde des effets de la demande d'annulation en cas de décision judiciaire. Voir en particulier Cap. II, Sez. II, §§ 8, 9, 10 e, surtout, Cap. IV, Sez. V, § 3.

[44] Sur la relativité des différentes conceptions de l'action, P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi sul processo civile*, V, Padova 1947, 1 ss.; R. ORESTANO, voce *Azione in generale a) Storia del problema*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano 1959, 785 ss. en particulier 817.

Copyleft – Ius Publicum

déchéance est le pouvoir de la partie d'obtenir du juge une décision favorable consistant à constater l'existence du pouvoir de modification juridique et, par conséquent, la mise en œuvre de ce pouvoir, et donc de la modification.

Avant de poursuivre, il est opportun de résumer ce que nous avons vu jusqu'à présent.

Le point de départ du discours portait sur la nécessité d'éclairer le contenu de la déchéance sur le plan de la théorie générale. En suivant le courant traditionnel, qui définit la déchéance par opposition à la prescription, le raisonnement s'est développé en suivant deux trajectoires: celle considérant l'aspect fonctionnel, et celle considérant l'aspect dogmatique.

Du point de vue fonctionnel, nous avons vu que la déchéance a une finalité homogène à celle de la prescription, c'est-à-dire celle de sauvegarder la certitude des rapports juridiques. Cependant, le mode d'opérer de chacune d'elles est différent. Avec la prescription, en effet, l'incertitude est résolue successivement, par le biais de la consolidation de la situation de fait en situation de droit. Avec la déchéance, par contre, le remède contre l'incertitude est utilisé préventivement, à travers la fixation d'une limite temporelle à la possibilité d'apporter une modification juridique.

Du point de vue dogmatique, nous avons vu que la prescription et la déchéance diffèrent en ce que la première a une influence sur les droits subjectifs, et la seconde sur les pouvoirs juridiques. Plus précisément, les pouvoirs juridiques soumis à la déchéance se caractérisent schématiquement de la façon suivante: ils s'insèrent dans le cadre d'un rapport juridique préexistent; ils constituent une situation instrumentale et non finale opérant uniquement sur le plan de l'efficacité juridique ; ils sont innovants, c'est-à-dire destinés à produire une modification juridique dans la sphère juridique d'un tiers. Ces pouvoirs peuvent opérer aussi bien sur le plan substantiel que sur le plan processuel. Dans le second cas, qui est le plus courant, l'on parle de pouvoir nécessairement subordonné à l'exercice judiciaire parce que le législateur subordonne l'effet juridique à la constatation préalable, de la part du juge, de l'existence d'un fait au quel l'exercice du pouvoir accorde de l'importance. Le pouvoir soumis au délai de déchéance, qui est ainsi identifié, correspond à

Copyleft – Ius Publicum

la notion d'action au sens concret du terme, c'est-à-dire au pouvoir d'obtenir une décision judiciaire favorable sur le fond. Plus exactement, comme nous l'avons vu, le pouvoir visé par la déchéance du point de vue processuel coïncide avec le pouvoir d'action visant à obtenir un jugement constitutif.

Les deux perspectives précédemment examinées (fonctionnelle et dogmatique) non seulement ne sont pas en contradiction entre elles, mais sont parfaitement complémentaires. En les examinant sur des plans différents, les deux profils donnent une idée de la façon d'être de la déchéance et aident, comme nous le verrons, à comprendre et à systématiser la déchéance sur le plan de la théorie juridique.

3. DÉCHÉANCE ET RECOURS CONTRE LA DÉCISION

Après avoir apporté des éclaircissements sur la déchéance du point de vue de la théorie générale, il convient à présent de porter notre attention sur le procès administratif. A cet effet, il parait utile, ici, de placer le problème examiné sous un angle différent: alors que dans le paragraphe précédant, nous avons abordé la déchéance dans le cadre des situations subjectives en essayant de préciser les caractéristiques du pouvoir nécessairement subordonné à l'exercice judiciaire qui est éteint par la déchéance, nous approfondirons ici nos propos en portant notre attention sur les effets indirects de la déchéance même sur la décision administrative. En effet, bien que la première perspective ne soit pas du tout étrangère aux études de droit processuel administratif (il suffit de penser aux contributions de Nigro) il est vrai que le courant qui met au centre de l'enquête la décision susceptible de recours plutôt que le pouvoir de modification semble plus fidèle à la genèse et au développement historique du procès administratif. Il sera ensuite utile d'affronter le thème de la déchéance à partir des effets qu'elle produit sur la décision, pour renforcer ce que nous avons déjà dit sur le plan général au sujet des situations subjectives.

Copyleft – Ius Publicum

Dans cette perspective, l'expiration du délai de déchéance donne lieu à la consolidation des effets produits par la décision administrative. Ce phénomène est appelé «inoppugnabilità», et constitue une garantie particulière de l'efficacité de la décision[45]. L'expiration du terme, en effet, donne lieu à l'incontestabilité de certains effets de la décision dont bénéficie l'administration publique à l'égard d'éventuelles contestations de la part de personnes, puisque l'acte est inattaquable.

Même s'ils apparaissent exacts d'un point de vue intuitif, ces propos méritent quelques précisions.

Tout d'abord, il convient de noter que les délais de protection juridictionnelle sont liés à l'efficacité plutôt qu'à la validité. Non seulement parce qu'une décision non encore efficace ne peut pas faire l'objet d'un recours, mais aussi parce que l'invalidité même doit être considérée comme un cas d'espèce produisant ses propres effets juridiques, totalement ou partiellement différents de ceux du cas d'espèce valide[46].

La totale ou partielle assimilation des effets de l'acte invalide à ceux de l'acte valide[47] et la possibilité de recourir – et par conséquent de remettre en question les effets – impliquent qu'une fois le délai de déchéance expiré, ces effets acquièrent une incontestabilité relative. Par conséquent, le caractère définitif n'entraine pas la transformation du cas d'espèce invalide en cas d'espèce valide[48] et l'échéance du terme ne

[45] Sur la notion de inoppugnabilità, voir P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano 1970, *passim.*

[46] Sur ce point, voir pour tous, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, 299.

[47] La modalité d'assimilation, sur la base de laquelle la décision invalide produit des effets jusqu'à ce qu'elle ne soit pas annulée par l'administration ou par le juge est celle qui correspond le plus à l'ordre juridique italien a ce sujet: M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.* 1963, 523 ss., en particulier 537.

[48] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 304.

Copyleft – Ius Publicum

peut pas être considérée comme une forme de régularisation de l'acte invalide[49]. En effet, la déchéance qui frappe le pouvoir de former un recours ne produit pas des effets régulateurs de l'invalidité de la décision mais a des conséquences significatives sur le pan de l'efficacité, en termes d'incontestatibilité des effets.

Il est pourtant vrai qu'il existe des cas dans lesquels l'invalidité peut également faire obstacle à l'efficacité, comme dans le cas des actes nuls. D'où, de façon générale, le caractère imprescriptible de l'action en nullité. Même si nous retournerons sur la règlementation de l'action en nullité dans le Code du procès administratif, nous ne souhaitons, pour l'instant, que souligner le fait qu'en l'absence d'effets juridiques à sauvegarder, il n'est pas nécessaire de fixer un délai de déchéance. Ceci confirme que c'est la production concrète des effets qui conditionne le régime des délais d'exercice d'une action destinée à annuler la décision.

D'autres indications en ce sens nous viennent de la règlementation de l'annulation d'office. En effet, comme nous le savons, dans ce cas également, la jurisprudence et puis le législateur ont établi qu'une longue période entre la date du jugement et celle de la décision de l'annuler d'office impose une évaluation soigneuse de la confiance attribuée aux destinataires et, en cas de résultat positif de la vérification, l'impossibilité d'une autoprotection. Ici également, la logique est celle d'éviter de remettre en cause les effets d'une décision (même illégitime) qui se sont consolidés, de façon à sauvegarder la certitude de l'existence du droit et la protection des fonctions attribuées[50].

[49] E. CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl*. 1962, 26.

[50] Cette orientation existe également en droit européen; cf., parmi les premières, CGCE 13 janvier 2004 cause C-435/00 in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 723, avec le commentaire de D. DE PRETIS, *"Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, e in *Urb. app.*, 2004, 1151 con note de R. CARANTA, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*; et CGCE 19 septembre 2006, cause C-392/04 e C-422/04, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 235, avec note de G. GRUNER, *L'annullamento d'ufficio in bilico*

Copyleft – Ius Publicum

Le facteur temps joue, en définitive, un rôle décisif du point de vue de l'efficacité, c'est-à-dire que l'écoulement de ce dernier entraine l'incontestabilité des effets que la décision a produits, indépendamment de sa conformité au paradigme normatif qui le règlemente.

Naturellement, l'expiration du délai de déchéance n'entraine pas la production d'autres effets que ceux de la décision. Simplement, l'expiration du délai rend stables des effets qui, en revanche, auraient été exposés à la possibilité d'être annulés.

Une fois établi que le délai de déchéance sert à assurer l'incontestabilité des effets de la décision, il est aisé de comprendre pourquoi l'efficacité est une condition requise par la norme processuelle aux fins de la recevabilité du recours.

D'ailleurs, l'efficacité de la décision est une condition obligatoire mais non suffisante pour identifier l'acte susceptible de recours. Comme nous le savons, en effet, il est également nécessaire que l'acte porte atteinte à la sphère juridique du sujet concerné par la décision.

Le problème de la qualification de l'acte de préjudiciable est important sur le plan processuel; la jurisprudence le résout par le biais de la vérification de l'existence d'un intérêt à former recours. Ce dernier est la clé de lecture par laquelle la jurisprudence identifie l'acte susceptible de recours. Par contre, les cas dans lesquels la jurisprudence exclut la recevabilité du recours sont nombreux et hétérogènes. Pour faciliter l'exposé – et donc au prix d'une certaine généricité – ces décisions sont généralement organisées par catégories. Sont donc généralement considérées non attaquables les décisions favorables, les actes préparatoires et les actes précédant la décision, les actes normatifs et administratifs généraux, les règlements et les appels d'offres (sauf s'ils sont immédiatement préjudiciables, c'est-à-dire s'ils peuvent immédiatement et directement avoir des

tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro.

Copyleft – Ius Publicum

répercussions sur la sphère juridique des destinataires), les actes exécutifs et purement confirmatifs[51]. Au-delà des classifications, il est important, pour identifier l'acte susceptible de recours, de savoir si la décision est en mesure de porter atteinte à la sphère juridique d'un destinataire déterminé, soit en lui soustrayant des utilités juridiques, soit en lui imposant des obligations.

Le caractère préjudiciable de la décision est donc connexe d'un coté au caractère constitutif des effets de l'acte et, d'un autre coté, à l'existence effective de destinataires de ces effets. En effet, seules des décisions susceptibles de produire à l'extérieur et de façon ponctuelle des effets constitutifs, modificateurs ou extinctifs du rapport juridique entre l'administration et des administrés semblent être susceptibles de transformer, en la lésant, la sphère juridique subjective des administrés.

En revanche, les actes de l'administration qui ne modifient pas de façon autoritaire la situation juridique subjective sur laquelle ils ont des répercussions sont, par définition, capables de revêtir un caractère de préjudiciables. Par exemple, les actes déclaratifs ne possèdent pas ce caractère, dans la mesure où ils se caractérisent précisément par le fait que leurs effets se produisent dans un déroulement interne à la situation juridique frappée. Les actes administratifs généraux ne possèdent pas non plus ce caractère, dans la mesure où, par définition, ils ne peuvent pas avoir une influence concrète sur des situations juridiques déterminées[52].

Vu sous cet angle, le système semble répondre à une logique solide et cohérente, aussi bien du point de vue interne que par rapport aux catégories théoriques générales qui

[51] Pour les indications relatives à la doctrine et à la jurisprudence à ce sujet, voir A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, cit., 97.

[52] Sur la distinction entre efficacité constitutive et déclarative de la décision administrative, v. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento*, Milano 1969, 37 ss. qui reprend l'élaboration de A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, XIV, Milano 1965, 432 ss. et en particulier 494.

Copyleft – Ius Publicum

ont précédemment été décrites. Le caractère préjudiciable et le caractère attaquable, en effet, découlent de l'application d'un critère fondé sur le type d'efficacité juridique dérivant de la décision à laquelle, symétriquement, est lié le pouvoir d'agir en justice pour demander l'annulation de cette dernière[53].

Cependant, si l'on passe de l'étude des concepts à celle des cas d'espèce et des applications jurisprudentielles, le discours n'est plus aussi linéaire.

Il résulte en effet clairement de l'analyse de la jurisprudence que la définition d'acte susceptible de recours ne découle pas toujours de l'application de catégories conceptuelles rigoureuses, et qu'elle dépend le plus souvent de la nécessité pratique d'apporter la solution juste au cas concret[54].

Pour autant que cela nous intéresse ici, il résulte des cas d'espèce jurisprudentiels que le juge administratif, en misant sur le délai de déchéance, met les actes d'administration et l'intérêt public à l'abri de possibles contestations lorsqu'il considère – sur la base d'un jugement de valeur et pas sur la base de critères conceptuels rigoureux – que cet intérêt doit

[53] La symétrie entre pouvoir de l'administration et pouvoir de l'administré d'agir en justice est soulignée par M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989, 152 ss.: «Il minimo comune denominatore tra le due fattispecie è rappresentato dal fatto che entrambe sono strumentali alla produzione di un effetto costitutivo. Nel primo caso l'effetto costitutivo consiste nel venire meno (*ex tunc*) dell'efficacia del provvedimento impugnato in seguito all'emanazione di una sentenza di accoglimento. Nel secondo caso, l'effetto costitutivo consegue al carattere più tipico del provvedimento amministrativo, cioè all'imperatività (o autoritarietà), che è generalmente definita, appunto, come l'attitudine del provvedimento a produrre in modo unilaterale modificazioni giuridiche nella sfera giuridica del destinatario, costituendo, modificando o estinguendo situazioni giuridiche soggettive del medesimo».

[54] Pour l'analyse et la discussion de certains cas en jurisprudence, en particulier des actes déclaratifs et des actes généraux, voir A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, cit., 101 ss. sur le caractère attaquable des actes administratifs généraux, v. également M. RAMAJOLI e B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, publié prochainement in *Diritto amministrativo* 2013.

Copyleft – Ius Publicum

être, dans la situation concrète, soustrait au risque d'une annulation. Certains exemples peuvent illustrer concrètement ces propos.

Il suffit de penser aux actes ayant une efficacité déclarative et qui, par définition, ne peuvent pas causer une lésion à la sphère juridique des destinataires, dans la mesure où ils ne modifient pas la situation juridique sur laquelle ils ont des répercussions, mais se limitent à en mettre en œuvre le contenu[55].

Pensons surtout à la déchéance du permis de construire. En schématisant, il est possible de distinguer deux courants jurisprudentiels fondamentaux. Selon une première orientation, d'ailleurs minoritaire, l'acte de l'administration aurait un contenu purement déclaratif de déchéance, laquelle se produit automatiquement suite à la simple expiration du délai, si les travaux n'ont pas été entrepris ou n'ont pas été achevés. Dans ce cas, même à défaut d'acte administratif, il est tout de même possible de considérer que l'effet s'es produit (et par conséquent, l'administré ne dispose pas des garanties découlant de l'existence de la décision administrative). Nous nous trouvons dans ce cas, en particulier, lors d'un nouveau plan d'urbanisation qui n'autorise plus l'édification de la zone sur laquelle porte le permis de construire.

En revanche, une seconde orientation considère nécessaire le prononcé de la déchéance par l'administration aux fins de la production de l'effet lorsque aucun problème de *ius superveniens* ne se pose. Ainsi, par exemple, le refus de prorogation du permis de construire est généralement considéré illégitime lorsque, malgré l'expiration des délais, la déchéance n'a pas été déclarée. Dans ces cas, la vérification est tout de même considérée nécessaire pour la production de l'effet.

[55] En réalité, le problème est plus articulé qu'il ne l'est décrit dans le texte. La schématisation devrait toutefois être compensée par la clarté de la description du problème. Pour tout approfondissement sur le thème de l'efficacité des actes déclaratifs, voir :B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova 2001, en particulier 209 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Comme on le voit à travers ces rapides exemples, le cadre ne s'inscrit pas dans un schéma conceptuel rigoureusement imposé. Les différentes décisions que prendra le juge administratif seront en revanche fondées sur un jugement de valeur qui privilégiera soit l'intérêt public pour lequel le plan d'urbanisme a été adopté, soit l'intérêt du citoyen.

Les conclusions de la jurisprudence relative au caractère non attaquable des appels d'offres sont analogues. Dans ces cas également, l'identification de l'acte susceptible de recours (l'appel ou bien, conjointement à ce dernier, l'acte applicatif) ne dérive qu'apparemment du type d'efficacité et de la capacité de l'acte à causer une lésion. En réalité, elle est d'avantage liée à des raisons de praticité dérivant, par exemple, de l'exclusion raisonnablement prévisible du concours plutôt que du caractère effectivement préjudiciable de l'acte. Ce dernier, en effet, n'est jamais en mesure, en soi, de causer une lésion, puisqu'un acte applicatif est toujours nécessaire. Le recours immédiat contre des appels d'offre constitue plutôt une garantie spéciale pour l'administration et pour l'intérêt public qui pourra, dans un bref délai, être mis à l'abri des possibles recours.

Par conséquent, le caractère préjudiciable de l'acte applicatif ou son caractère purement confirmatif d'une lésion déjà causé par l'appel d'offre n'est pas la conséquence rendue nécessaire par l'application d'une théorie juridique cohérente, mais plutôt une solution dérivant d'un ensemble de catégories dogmatiques et de jugements de valeur, chaque fois qu'il est opportun de mettre à l'abri de contestation des actes et des décisions de l'administration.

Vice-versa – et ce qui confirme ces conclusions – lorsque le problème de sauvegarder la stabilité des effets de la décision ne se pose pas – comme par exemple dans le cas des décisions ayant une efficacité temporaire – le juge administratif se montre particulièrement sensible à l'intérêt du requérant[56].

[56] Pour les indications sur la jurisprudence, voir encore A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, cit., 112 ss. Pour la jurisprudence antèrieure, voir M. CLARICH, *Giudicato e potere*

Copyleft – Ius Publicum

Dans ces cas, la persistance de l'intérêt au recours (et donc l'élargissement du concept d'intérêt au recours, outre la simple suppression de la lésion) est reconnue par le juge administratif non seulement dan les cas où le requérant cultive l'intérêt à obtenir la réparation du dommage – ce qui est tout à fait évident – mais également – et c'est surtout cela qu'il est important de souligner ici – dans le cadre de la demande d'annulation, en fonction des effets conformatifs de la décision[57]. Dans ces cas, donc, la disparition des effets de la décision en raison de l'écoulement du temps ne conduit pas à une décision de carence d'intérêt à l'annulation. En valorisant au maximum l'utilité des effets conformatifs de la décision, le juge considère que l'intérêt à recourir persiste, même si ce dernier est tout à fait distinct de l'existence d'une lésion à éliminer.

Cependant, si l'intérêt du requérant reconnu par le juge porte uniquement sur la constatation du comportement que l'administration aurait du adopter en exerçant son pouvoir (ainsi que l'ordre de se conformer à l'avenir à la décision), il n'y a aucune raison d'exclure le fait que cet intérêt puisse être reconnu non seulement de façon résiduelle – une fois que, l'action en annulation avant la fin du délai de déchéance a été introduite, l'efficacité de la décision a cessé – mais aussi de façon directe et principale, par le biais d'une action déclarative non soumise au délai de déchéance. Il s'agit là d'un point crucial.

Si la jurisprudence parvient à reconnaitre un intérêt au recours totalement distinct de la suppression de la lésion, c'est justement parce que, dans les cas en question, le risque de compromettre la stabilité des effets de l'acte et par conséquent la protection par l'administration de l'intérêt public n'existe plus. Une fois que la décision et ses effets sont

amministrativo, cit., 107 nota 232. Voir également E. CANNADA BARTOLI, *Persistenza dell'interesse al ricorso giurisdizionale*, note Conseil d'Etat, sez. V, 10 mars1997 n. 242 in *Giur. it*, 1998, III, 814.

[57] Sur la distinction entre effet d'élimination, effet de réparation et effet de conformation de la décision d'annulation, voir M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 313 ss. e anche ID., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in ID., *Scritti giuridici*, III, cit., 1521 ss. et in *Atti del XVI convegno di studi amministrativi*, Milano 1983.

Copyleft – Ius Publicum

mis à l'abri, le juge n'a aucune difficulté à accorder la protection la plus large possible au requérant.

Les considérations qui précèdent visent à mettre en évidence l'écart entre la théorie juridique et l'application jurisprudentielle.

Plus précisément, il résulte de ces brefs exemples jurisprudentiels que l'application de la part du juge administratif des règles sur la déchéance ne répond pas toujours à des critères conceptuels rigoureux, et qu'elle est souvent influencée par des jugements de valeur. Ainsi, il a souvent été souligné que la jurisprudence administrative a tendance à étendre la catégorie et le régime juridique de la décision administrative autoritaire come une garantie des intérêts de l'administré. Toutefois, ce que nous venons de voir montre que d'autres fois, cette extension, et le régime de la déchéance du recours qui en découle, opère en faveur de l'administration, dont les intérêts peuvent ainsi être mis à l'abri du risque de recours. La déchéance subit ainsi une torsion: instrument pour limiter dans le temps l'exercice d'un pouvoir de modification juridique pour garantir la certitude des rapports de droit public, elle devient l'instrument d'une protection impropre de l'intérêt public. Cependant, l'intérêt public que doit garantir l'administration est une chose, l'intérêt de l'ordre juridique à assurer la certitude des rapports juridiques de droit public en est une autre[58]. Le premier est garanti par l'administration sur le plan substantiel; le second est garanti par le juge à travers le contrôle de la régularité des conditions processuelles. Même s'ils sont liés entre eux, ces deux éléments doivent être distingués d'un point de vue conceptuel: l'intérêt public garanti par l'administration constitue le fondement de l'application du délai de déchéance, alors que la certitude des rapports juridiques qui s'exprime par le caractère définitif de l'acte constitue la raison pour laquelle cet intérêt public bénéficie d'une protection particulière. Il est vrai que la valeur de la certitude se traduit souvent, fatalement, par une protection de l'intérêt public garanti par l'administration, mais il n'est pas dit qu'il en soit toujours ainsi. Il peut arriver, en effet, que

[58] Pour cette distinction, A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, cit., en particulier 82 - 83 et 128.

Copyleft – Ius Publicum

l'intérêt à la stabilité d'une certaine portion d'intérêts réalisée par la décision ne coïncide pas avec l'intérêt public dont la sauvegarde est confiée à l'administration. La valeur de la certitude a donc, dans le procès, une autonomie importante, c'est-à-dire indépendante des éléments substantiels externes au procès qui est, justement, l'intérêt public garanti par l'administration.

4. DÉCHÉANCE ET ACTION EN RÉPARATION

Il est à présent possible d'affronter le problème que nous avons évoqué au début de cette étude, c'est-à-dire celui lié à la fixation d'un délai de déchéance, y compris pour des actions qui ne visent pas à obtenir un jugement constitutif. En effet, l'analyse effectuée dans les paragraphes précédents permet de vérifier la cohérence de la nouvelle règlementation de la déchéance sur le plan de la théorie juridique, aussi bien pour l'action en réparation que pour l'action en nullité.

S'agissant de l'action en réparation de dommages dérivant de l'atteinte à des intérêts légitimes, il s'agit avant tout d'examiner, à la lumière des considérations qui précèdent, la cohérence, sur le plan théorique, des dispositions de l'article 30 du Code du procès administratif dans la partie où il soumet l'action à un délai de déchéance plutôt qu'à un délai de prescription.

Cette question, qui a déjà été soumise à la Cour Constitutionnelle, a été jugée inadmissible, dans la mesure où le juge s'était prononcé *extra petita*[59]. Sur le fond, le

[59] La question de la constitutionnalité de l'art. 30 alinéa 5 c.p.a. a été soulevée par le TAR Sicilia, Palermo, sez. I, ordonnance du 7 septembre 2011, n. 1628, in *Foro amm. TAR* 2011, 2564 et déclarée inadmissible par la Corte cost. par décision du 12 décembre 2012 n. 280, in *www.cortecostituzionale.it.*

Copyleft – Ius Publicum

problème n'a pas été tranché. D'autant plus que, comme nous l'avons déjà précisé, les cas de déclaration d'illégitimité constitutionnelle pour violation des articles 2, 24 et 113 de la Constitution de dispositions prévoyant, aux fins de la protection de droits subjectifs, l'assujettissement de l'action juridictionnelle à des délais de déchéance plutôt qu'à des délais de prescription ne manquent pas dans la jurisprudence constitutionnelle.

Plus précisément, en déclarant l'inconstitutionnalité de certaines normes assujettissant au délai de déchéance l'action contre des décisions en matière de pension de retraite devant la Cour des Comptes, la Cour Constitutionnelle a fait une distinction – opérée à la fin des années 30 par la jurisprudence du Conseil d'Etat[60] – entre actes administratifs autoritaires et actes paritaires.

Ces derniers, comme nous le savons, ne sont pas l'expression d'un pouvoir autoritaire de l'administration et sont comparables aux déclarations unilatérales d'une partie dans un rapport entre particuliers[61]. Il en découle qu'en présence d'un acte paritaire, le recours ne doit pas être soumis à un délai de déchéance[62].

[60] A partir de la décision historique de la 5ème Section du Conseil d'Etat du 1er décembre 1939 n. 795 (décision Fagiolari), in G. PASQUINI e A. SANDULLI (de), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano 2001, 247 ss. Avec le commentaire de R. DI PACE.

[61] Voir Cons. d'Etat, sec. V, n. 795/1939 cit.

[62] Le Conseil d'Etat a surtout applique cette règle en matière de demandes patrimoniales dans le rapport du fonctionnaire, en considérant que le droit à la rémunération n'est pas conditionné par le recours contre un acte de l'administration dans le respect d'un délai de déchéance. Cette règle a successivement été étendue aux droits non patrimoniaux du fonctionnaire (cf., pour toutes, Cons. d'Etat, A. P., 15 février 1994 n. 3, in *Foro amm*. 1994, 348 relativement au recours contre le refus de confirmation des fonctions d'un professeur universitaire) et les actes de l'administration par lesquels sont déterminés les contributions de construction et les charges d'urbanisation (*ex multis*: Cons. d'Etat, sec. IV, 16 janvier 2009 n. 216, in *Foro amm. CdS*, 2009, 132; Cons. d'Etat, sec. V, 17 février 1998 n. 206, in *Foro amm.* 1998, 442; Cons. d'Etat, sec. V, 3 juillet 1995 n. 993, *ivi*, 1995, 1502).

Copyleft – Ius Publicum

En suivant ce raisonnement, la Cour Constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité pour violation de l'article 3 de la Constitution de certaines normes prévoyant un délai de déchéance de quatre-vingt-dix jours pour introduire des recours en matière de pension de retraite devant la Cour des Comptes. Selon la Cour, il n'y a aucune raison de distinguer, du point de vue de la protection, les droit patrimoniaux découlant de la qualité de fonctionnaire (protégés devant les Tribunaux administratifs régionaux et devant le Conseil d'Etat) de ceux qui, en revanche, découlent de la cessation e l'emploi et qui sont liés à la pension de retraite du salarié (protégés devant la Cour des Comptes).

En effet, dans ce cas comme dans celui des demandes de nature patrimoniale inhérentes à la qualité de fonctionnaire, le procès porte sur un droit subjectif de nature patrimoniale et l'acte administratif qui le reconnait ou qui l'exclut est un acte «privo di ogni carattere autoritativo, perché si limita ad accertare i presupposti stabiliti dalla legge, in ordine sia alla spettanza del diritto al detto trattamento, sia alla determinazione del suo ammontare. Donde la conseguenza che non esistono, in rapporto a un provvedimento siffatto, quelle esigenze che legittimano la previsione di un breve termine di decadenza per l'impugnazione, invece, dei provvedimenti autoritativi»[63].

A la lumière de ces considérations, la Cour a affirmé que le fait de soumettre la protection de droits portant sur des prestations patrimoniales de l'administration à un délai de déchéance plutôt qu'à un délai de prescription constitue une violation du 1er alinéa de l'article 3 de la Constitution. Ces motivations sont cohérentes avec les élaborations théoriques décrites dans les paragraphes précédents, en ce qu'elles sont fondées sur la nature du droit subjectif de la situation faisant l'objet de l'action et sur la nature de l'acte (paritaire et non autoritaire).

Il est donc possible, à la lumière de cette jurisprudence constitutionnelle, d'affronter la question de savoir s'il est constitutionnellement possible que le Code du

[63] Il s'agit cette fois d'un passage de la décision de la Cour Constitutionnel n. 8/1986, cit.

Copyleft – Ius Publicum

procès administratif soumette l'action en réparation engagée à l'encontre de l'administration à un délai de déchéance.

Avant l'entrée en vigueur du Code du procès administratif, les délais pour former un recours devant le juge administratif étaient différents suivant que le juge était appelé à se prononcer sur des droits subjectifs ou sur des intérêts légitimes[64]. Ainsi, lorsque le requérant agissait pour la protection d'un intérêt légitime – même dans le cadre de la juridiction exclusive[65] – le délai applicable était le délai de déchéance traditionnel, alors que lorsque le requérant était titulaire d'un droit subjectif, en l'absence de tout acte autoritaire dont il était nécessaire de garantir la stabilité, le délai pour agir coïncidait avec la prescription du droit dont il se prévalait[66].

[64] Cette distinction est présente dans la jurisprudence administrative depuis la décision du Cons. d'Etat, sez. V, n. 795/1939 cit.

[65] Cons. d'Etat, A. P., 26 mars 2003 n. 4 in *Foro amm. CdS* 2003, 877; Cons. d'Etat, sec. VI, 1 décembre 2009 n. 7507, *ivi*, 2925; Cons. d'Etat, sec. V, 3 mai 2006 n. 2463, *ivi*, 2006, 1433; Cons. D'Etat, sec. V, 27 octobre 2000, n. 5742 in *Foro amm.* 2000, 3194; Tar Umbria Perugia, sez. I, 30 mai 2008 n. 216 in *Foro amm. TAR* 2008, 1307; Tar Liguria Genova, sez. I, 18 octobre 2006 n. 1234, in *Riv. Giur. Ed.* 2007, 784; Tar Lombardia Milano, sez. II, 26 avril 2006 n. 1064 in *Foro amm TAR* 2006, 1214.

[66] F. G. SCOCA souligne, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. Cost*. 2010, 439 ss. que la prévision d'un délai de prescription plutôt que de déchéance pour le recours contre les actes paritaires est « l'unica innovazione, di scarso rilievo statistico, e comunque estranea allo schema processuale propriamente inteso» et au sein de la juridiction exclusive, alors que pour le reste, «la tutela dei diritti soggettivi è stata incanalata dal giudice amministrativo nello schema del processo impugnatorio, avente ad oggetto (la legittimità del) l'atto, e finalizzato unicamente al suo annullamento».

Copyleft – Ius Publicum

Indépendamment des problèmes soulevés par le retours au critère de la situation juridique à faire valoir[67] devant la juridiction exclusive, il convient ici de souligner comment, à partir de cette position, émergeait le parallélisme suivant: devant le juge administratif, la protection des intérêts légitimes est soumise à un délai de déchéance (aussi bien devant la juridiction de légitimité que devant la juridiction exclusive); la protection des droits subjectifs, par contre, est soumise à la prescription[68].

Le Code du procès administratif n'a pas modifié cette position, bien qu'il ait réglementé les actions de façon unitaire, c'est-à-dire sans distinguer entre juridiction générale de légitimité et juridiction exclusive. Plus précisément, en restreignant le champ uniquement à l'action en réparation, il résulte des articles 30 et 34 du Code du procès administratif que le juge administratif peut condamner la partie à la réparation d'un dommage (par équivalent ou sous une forme spécifique) en cas de lésion d'intérêts légitimes ou, dans les cas de juridiction exclusive, de droits subjectifs.

[67] Concrètement, en effet, il pourra être assez problématique de distinguer clairement si le requérant agit pour protéger un droit subjectif ou un intérêt légitime et, d'autre part, cette difficulté représente l'une des raisons ayant inspiré la naissance de la juridiction exclusive et le recours au critère de la matière plutôt que celui de la nature de la situation juridique subjective invoquée.

[68] La seule exception, pour ainsi dire, à ce schéma résiderait dans le droit d'accès, au moins si on le considère comme un droit subjectif. Dans ce cas, nous serions en présence d'un droit soumis à la déchéance. A cet égard, la doctrine ne semble pas s'être posé de problèmes particuliers puisqu'elle considère que rien n'interdit au législateur de soumette au délai de déchéance l'action vivant à protéger un droit subjectif et que la technique de protection juridictionnelle est neutre par rapport à la situation juridique subjective protégée. Pour cette orientation, voir C. CACCIAVILLANI, *Le droit d'accès est un intérêt légitime* in *Dir. proc. amm.* 1999, 148 ss. et L. BERTONAZZI, *Note sur la consistance du droit d'accès et sur son régime substantiel et processuel: critique des décisions n°6 et 7 de 2006 par laquelle l'Assemblée Plénière opte, sans le déclarer ouvertement, pour la qualification de la demande démonstrative en terme d'intérêt légitime déclaratif, conformément à la décision n. 16 de 1999*, *ivi*, 2007, 165 ss. Ajoutons ce pendant que l'Assemblée Plénière du Conseil d'Etat n'a jamais, dans sa décision n.16/1999 et dans celles n. 6 et 7 de 2006 adhéré ouvertement à la thèse selon laquelle le droit d'accès est un droit subjectif. Au contraire, c'est la soumission de l'action à un délai de déchéance représentait pour la jurisprudence un élément symptomatique de la nature de l'intérêt légitime d la situation actionnée.

Copyleft – Ius Publicum

Dans le premier cas (atteinte à des intérêts légitimes), la demande de réparation est introduite dans un délai de cent vingt jours à compter de la date à laquelle s'est produit le dommage ou bien à compter de la date à laquelle le requérant a été informé de la décision, si le dommage découle de cette dernière (cf. art. 30 alinéa 3 du c.p.a.). Dans le second cas (atteinte à des droits subjectifs), aucun délai n'est prévu par exercer l'action ; il est donc possible d'en déduire que l'action en réparation d'une atteinte à des droits subjectifs est soumise à la prescription du droit invoqué. Mais c'est ici que les difficultés se présentent.

Indépendamment des autres problèmes posés par les dispositions de l'article 30 du Code du procès administratif – par exemple celui relatif au sens de la première partie de la norme qui, en reproduisant la formule de l'article 2947 du Code civil, fait courir le délai pour engager l'action à compter du « moment où s'est produit l'évènement »[69]– nous examinerons la question de l'applicabilité d'un délai de déchéance à l'action en réparation.

A cette fin, il est avant tout nécessaire de savoir quelle position juridique subjective est protégée. En effet, la situation subjective – droit ou intérêt légitime – à laquelle il a été porté atteinte et dont la réparation est demandée est une chose. La consistance de droit subjectif ou non de cette demande en est une autre.

Il est vrai qu'aux fins de la détermination de la juridiction compétente, cette question pourrait (peut-être), après les décisions de la Cour Constitutionnelle n° 204/2004 et n° 191/2006, être considérée sans importance[70] puisque la loi, selon laquelle il est à cette fin préférable de considérer la situation subjective concernée par l'exercice illégitime du

[69] Sur ce problème et sur la coordination de cette première partie de la norme avec la seconde, qui lie le *dies a quo* du délai de recours à la connaissance de la décision le dommage découle de cette dernière, voir R. GISONDI, *Commento all'art. 30* in F. CARINGELLA - M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, cit., 376.

[70] Considérations problématiques sur la compétence du juge administratif à se prononcer sur des litiges de réparation naissant de la lésion de droits subjectifs sont toutefois exprimées par F.G. SCOCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm*. 2008, 1 ss.

Copyleft – Ius Publicum

pouvoir administratif en fonction de l'effectivité de la protection, ne viole aucun principe constitutionnel[71]. Il est vrai, toutefois, qu'il n'en est pas toujours ainsi.

Plus précisément, il est important d'établir la nature de la situation subjective invoquée dans l'action en réparation afin de vérifier, s'il est possible de la qualifier de droit subjectif à la réparation, si: *a)* de façon abstraite, il est possible de soumettre l'exercice à un délai de déchéance par le biais d'une action juridictionnelle de ce droit ; *b)* s'il est raisonnable, à la lumière de l'article 24 de la Constitution, de modifier le champ d'application du droit à la réparation –par exemple en soumettant l'action à un délai de déchéance plutôt qu'à un délai de prescription – seulement parce que la situation subjective à laquelle il a été porté atteinte et dont la réparation est demandée est différente.

Sur la question de savoir si la demande de réparation revêt la qualité de droit subjectif, l'on peut ici adhérer à ce qu'a illustrement affirmé à ce propos par une partie de la doctrine du droit administrative[72].

S'agissant, d'autre part, de la soumission abstraite de l'action en réparation devant le juge administratif à un délai de déchéance, il convient d'observer que non seulement cette éventualité a été proposée par la Cour de Cassation (sauf à exclure la possibilité qu'il s'agisse d'un délai égal à celui prévu pour l'action en annulation[73]), mais aussi que, comme

[71] S'exprime en ces termes R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano 2010, 181.

[72]Cf. sur ce point R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 897 ss., en particulier 901-903; ID., *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, *ivi*, 2007, 271 ss., en particulier 277-278 e A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2013, 173.

[73] Ainsi, Cass., SS.UU., arrêt n. 13660 del 2006, cit.: «Tuttavia, una norma che oggi manca e che in modo esplicito assoggettasse ad un termine di decadenza la domanda di solo risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo non porrebbe essere formulata nel senso di rendere il termine sostanzialmente eguale a quello cui è soggetta la domanda di annullamento, perché ciò varrebbe a porre il diverso problema della legittimità di una

Copyleft – Ius Publicum

l'a rappelé la Cour, l'ordre juridique italien prévoit déjà, dans le domaine des rapports civils, certains cas d'action en réparation soumises au délai de déchéance[74]. Ici aussi, comme nous l'avons vu pour d'autres aspects, il existe un parallélisme avec, en particulier, le droit des sociétés et plus précisément avec les dispositions de l'article 2377 alinéa 6 du Code civil qui soumet le recours contre des délibérations d'assemblées ou pour la demande de réparation du dommage à un délai de 90 jours[75].

Mais cette remarque n'est pas décisive.

En effet, si le législateur peut, comme il l'a fait, soumettre l'action en réparation à un délai de déchéance, cela ne signifie pas qu'il respecte tout à fait la garantie constitutionnelle de l'action prévue par l'article 24 et l'article 3.

Plus précisément, pour ce qui concerne l'action en réparation dans le procès administratif, si l'on part du principe que l'objet de la demande est toujours un droit de

disciplina che tornasse a negare la tutela risarcitoria autonoma per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione».

[74] Cass., SS.UU., n. 30254/2008, cit. en particulier les points 12.4.3 et suivants. Ce même rapport illustratif du Code civil, d'un autre coté, précise que «la previsione di termini decadenziali non è estranea alla tutela risarcitoria, vieppiù a fronte di evidenti esigenze di stabilizzazione delle vicende che coinvolgono la pubblica amministrazione».

[75] Il s'agit, comme il l'est évident, du même délai aussi bien pour l'action en annulation que pour l'action en réparation, conformément à ce qu'affirment les Chambres Réunies dans l'arrêt n° 13660/2006. Les Chambres Réunies sont d'ailleurs revenues sur cette question par l'arrêt n° 30254/2008, sans renouveler cette fois l'affirmation sur la nécessité que le délai pour exercer l'action en réparation soit différent de celui de l'action en annulation. La solution adoptée par le Code du procès administratif, enfin, même si elle est conforme à ce que demande la Cassation, représente une solution de compromis entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat dans le contexte le plus ample du problème de la «pregiudizialità amministrativa», mais n'est pas convaincante du point de vue systématique. Pour les critiques de la doctrine relatives à l'application d'un délai de déchéance à l'action en réparation, voir plus loin dans le texte.

Copyleft – Ius Publicum

créance, il faut établir s'il existe des raisons légitimes pouvant justifier, devant le même juge administratif, un traitement différent du droit à la réparation selon qu'il découle de l'atteinte à des intérêts légitimes (action soumise à un délai de déchéance) ou à des droits subjectifs (action soumise à un délai de prescription).

Une partie de la doctrine a de sérieux doutes à ce propos. Ainsi, certains auteurs considèrent que le droit à la réparation du dommage ne peut pas être soumis à un délai de déchéance dans la mesure où il est garanti par la Constitution et par la Convention des Droits de l'Homme, et qu'il peut seulement être soumis à la prescription[76]; d'autres auteurs, se basant sur la question de l'inconstitutionnalité, parlent de transformation illégitime d'un délai pouvant ontologiquement être prescrit (…) par le biais d'un délai de déchéance[77]; d'autres encore, qui admettent par hypothèse la compatibilité d'un délai de déchéance avec le principe d'effectivité de la protection, dénoncent toutefois le manque de tenue, sur le plan théorique, du système applicable à l'action en réparation édifié par le législateur[78]; d'autres, enfin, estiment que le système «appare scarsamente giustificabile, poiché introduce un termine, definito di decadenza per la sua evidente brevità e per impedire l'applicazione dell'istituto dell'interruzione, che è diverso e peggiorativo rispetto a quelli che sono, di norma, i termini di prescrizione per le azioni risarcitorie, con, perciò,

[76] Cette orientation est soutenue par F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *www.giustamm.it*, commentaire du projet du Code du procès administratif, après l'intervention du gouvernement.

[77] Cf. P. DEL VECCHIO, *Art. 30* in G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova 2010, 269.

[78] R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, in ID., *Il nuovo processo amministrativo*, cit. 644: « Logicamente, se il termine è di decadenza, non può essere interrotto, neppure dalla proposizione del ricorso impugnatorio. Il termine, dice il comma 3, decorre "dal giorno in cui il fatto [dannoso] si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento", giorno evidentemente anteriore a quello di proposizione del ricorso in annullamento. Ma si fa finta che non sia mai decorso … Il legislatore, pur di premiare la proposizione del ricorso in annullamento, non si preoccupa delle esigenze di coerenza».

Copyleft – Ius Publicum

l'attribuzione di una posizione di privilegio all'amministrazione pubblica che la Corte costituzionale ha già in passato ritenuto ingiustificata»[79].

Or, indépendamment de l'existence d'autres délais de déchéance appliqués à l'action en réparation – dont le caractère raisonnable devrait tout de même être évalué en fonction du procès dans lequel ils sont appliqués – il n'en reste pas moins que le fait de soumettre à un délai de déchéance l'action en réparation d'une lésion à des intérêts légitimes est, d'un point de vue strictement juridique, difficilement compréhensible, ne serait-ce qu'à la lumière des paragraphes précédents.

Dans l'action en annulation, la prévision de délais de déchéance relativement brefs correspond à la nécessité de limiter dans le temps la possibilité de produire une modification juridique et se justifie par la nécessité de garantir la stabilité des rapports juridiques de droit public.

Le problème, comme nous l'avons vu, se situe sur le plan de l'efficacité de l'acte préjudiciable. Dans l'action en réparation – contrairement à ce qui est affirmé dans le Rapport d'accompagnement du Code, qui justifie l'application d'un délai pour d'évidentes besoins de stabilisation des affaires qui concernent l'administration publique – nous nous situons en-dehors de ce problème. En effet, ce qui est remis en cause, ce n'est pas l'efficacité de l'acte préjudiciable, mais uniquement sa légitimité. L'accueil de la demande de réparation, en effet, ne touche pas les effets de l'acte et n'empêche pas que l'acte étant à l'origine du préjudice puisse continuer à produire ses effets[80].

[79] Ces propos sont de C. E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. app.* 2010, 1019 qui poursuit en affirmant qu'il y a deux alternatives possibles: «o si ritiene che nei confronti della pubblica amministrazione si possa agire entro il termine ordinario di prescrizione o si assoggetta la possibilità di pretendere il risarcimento all'avvenuto ottenimento dell'annullamento del provvedimento impugnato».

[80] Cf. pour une ex position rigoureuse du problème A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it*. 2008, III, 3 ss. en particulier 6.

Copyleft – Ius Publicum

Les raisons qui sont à la base de la solution adoptée par le Code – et ce n'est pas un hasard si elle est le fruit d'un compromis laborieux entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat – semblent plus liées à des questions d'opportunité pratique, de protection des finance publiques, qu'à des questions strictement juridiques. Il s'agit, en définitive, d'un privilège pour l'administration, privilège qui dans le passé a justifié de singuliers phénomènes de modification légale, en augmentant et en diminuant des délais de prescriptions selon ce qui convenait aux caisses publiques. Toutefois, ces choix n'échapperont pas forcément, à l'avenir, à la censure la Cour Constitutionnelle[81].

5. DÉCHÉANCE ET ACTION EN NULLITÉ

S'agissant de l'action en nullité – à l'exclusion du cas de la nullité pour violation de la chose jugée, qui relève de la juridiction exclusive et qui est soumis au délai de prescription décennal – le Code du procès administratif a fixé un délai de déchéance, cette fois de cent quatre-vingt jours (art. 31 alinéa 4, première partie). Cependant, la nullité de l'acte peut toujours être opposée par le défendeur ou bien être soulevée d'office par le juge (art. 31 alinéa 4, deuxième partie).

[81] Cette référence se trouve à l'art. 2 alinéa 19 du d.l. 12 septembre 1983 n. 463, converti en loi du 11 novembre 1983 n. 638 qui prévoyait la suspension pendant trois ans des délais de prescription (décennale) relatifs aux contributions dues et dont le recouvrement était confié à l'INPS et à l'INAIL dans le but déclaré, dans l'introduction du décret de limitation des dépenses publiques et à l'art. 3, alinéa 9 de la loi du 25 octobre 1985 n. 592 qui, en revanche, a introduit un délai de 5 ans lorsque le contentieux entre organismes de prévoyance et entreprises était devenu insoutenable. Cf. à ce sujet F. ROSELLI e P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in U. RESCIGNO (de) *Trattato di diritto privato*, XX, Torino 1985, 555.

Copyleft – Ius Publicum

Donc, dans ce cas également, il s'agit d'établir si cette règlementation est cohérente par rapport aux données théoriques précédemment indiquées. La réponse à cette question ne peut être, ici encore, que négative.

Pour revenir à ce qui a déjà été observé précédemment, il est avant tout opportun de rappeler que, selon la théorie générale, les actes nuls sont par définition dès l'origine incapables de produire des effets, et c'est justement pour cela qu'ils ne doivent pas contestés dans un certain délai. Conformément à cette position classique, la jurisprudence administrative estimait largement, avant le Code du procès administratif, que l'action en nullité contre les décisions administratives ne devait pas être soumise à un délai de déchéance[82].

D'autre part, le délai bref actuellement en vigueur pour agir en nullité pourrait être justifié sur la base du raisonnement exposé précédemment et consistant à fixer les délais de protection en fonction de l'efficacité de l'acte. En effet, puisqu'il ne produit pas d'effet, l'acte nul peut avoir une certaine importance juridique dans la mesure où il pourrait tout de même avoir été appliqué ou avoir constitué la base, même si seulement apparente, de nouvelles décisions de la part de l'administration. L'acte nul peut également avoir donné lieu à l'attribution de fonctions à des administrés. D'où la nécessité de limiter dans le temps la possibilité d'une contestation pour protéger la certitude du droit et l'attribution de fonctions. L'ordre juridique prévoit d'ailleurs d'autres cas dans lesquels une dérogation au caractère imprescriptible de l'action est prévue, même en présence d'un acte nul. Et ceci,

[82] Parmi les nombreuses décisions à ce sujet: Cons. d'Etat, sec. V, 9 juin 2008 n.2872, in *Comuni d'Italia*, 2008, 84 et en première instance Tar Puglia Bari, sez. I, 29 avril 2008 n. 1043, in *Urb. app*. 2009, 193, Tar Lazio, Roma, sez. I, 3 mars 2009 n. 2192, in *Foro amm. TAR* 2009, 710. Une partie de la doctrine a une opinion plus articulée. Selon A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.Giustamm.it* les délais pour engager une action en nullité sont « variabili in ragione della dimensione temporale di azionabilità dell'interesse cui essa è asservita». Par conséquent, les délais peuvent être de prescription ou de déchéance, selon que l'action en nullité sert à garantir des droits subjectifs ou des intérêts légitimes et, dans ce dernier cas, la longueur du délai pourra varier selon qu'il s'agisse d'intérêts déclaratifs ou d'opposition.

Copyleft – Ius Publicum

par exemple, dans les recours contre les délibérations d'assemblées des sociétés par actions, qui sont entachées de nullité[83]. De façon analogue, l'action en nullité contre une décision administrative doit est introduite dans un bref délai pour éviter que l'acte puisse être remis en cause après une trop longue période.

Par conséquent, il est nécessaire de limiter dans le temps la possibilité d'une contestation, pour défendre la stabilité de la décision et l'attribution de droits, non seulement lorsque l'acte produit des effets, mais également lorsqu'il a été exécuté en dépit de son inefficacité, et ceci même si la divergence entre l'acte et la norme qui le règlemente est macroscopique.

Cependant, même s'il est bref, le délai applicable à l'action en nullité ne pourra jamais être un délai de déchéance, mais seulement un délai de prescription. Il convient ici de se référer aux précédentes considérations relatives l'aspect fonctionnel de la prescription et de la déchéance: lorsque l'acte invalide a produit des effets juridiques devant être soustraits au risque d'une modification, nous nous trouvons en présence d'un délai de déchéance, alors qu'il s'agira d'un délai de prescription si l'acte invalide n'a pas produit d'effet juridique, mais seulement factuels et que la certitude est garantie par le biais d'une mise en conformité de la situation de droit à la situation de fait.

[83] Pour exercer l'action en nullité contre des délibérations d'assemblées de sociétés par actions, un délai de trois ans est prévu; alors que les délibérations modifiant l'objet social en prévoyant des activités illicites ou impossibles peuvent etre attaquées sans q'il soit nécessaire de respecter un délai. Il convient ce pendant se rappeler que le délai de trois ans a successivement été réduit à 180 jours en cas de nullité de la délibération augmentant ou réduisant le capital social ou émettant des obligations et, en cas d'absence de convocation de l'assemblée, à 90 jours à compter de l'approbation du bilan au cours duquel la délibération a partiellement été exécutée. Parmi les nombreuses lectures, voir à ce sujet A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, in *Riv. dir. comm. e Dir. gen. obbl*., 2004, 55-77; G. MUSCOLO, *Il nuovo regime delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (prima parte): cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, in *Le società* 2003, 535-544; ID., *Il nuovo regime delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (seconda parte): l'impugnazione*, *ivi*, 2003, 673 ss.; ID., *L'impugnazione delle deliberazioni assembleari di operazioni sul capitale, emissione di obbligazioni e approvazione del bilancio*, *ivi*, 2003, 931 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Les aspects dogmatiques de la déchéance confirment également le caractère illogique du délai de déchéance appliqué à l'action en nullité: nous avons vu, en effet, que le pouvoir frappé de déchéance est un concept rigoureusement formel qui opère uniquement sur le plan de l'efficacité juridique. Or, justement, dans le cas d'un acte nul, aucune modification de l'état juridique existent ne peut être provoquée par l'exercice du pouvoir, puisque l'acte nul est improductif d'effets depuis l'origine et que, par conséquent, l'objet de la modification serait inexistant. D'autre part, l'action en nullité devrait être regroupée parmi les actions en déclaration et donc, à la lumière des précédentes considérations relatives aux caractéristiques du pouvoir frappé de déchéance, être soumise à la prescription et non pas à la déchéance. Sur ce point, la position ici mentionnée se détache (et non de peu) de la théorie juridique élaborée par Santi Romano. Selon cette position, en effet, vu que l'action est toujours – sans aucune autre spécification – un pouvoir, elle ne peut jamais faire l'objet d'une prescription, mais seulement d'une déchéance. Nous avons vu précédemment, au contraire, que seuls les pouvoirs que Santi Romano lui-même appelait «innovativi», c'est-à-dire productifs d'effets constitutifs, sont soumis à la déchéance. En l'espèce, au contraire, vu que l'action en déclaration est un pouvoir visant à « realizzare, conservare, tutelare, condizioni giuridiche preesistenti senza novarle o modificarle», il ne pourra pas y avoir de déchéance, mais seulement une prescription[84].

La prévision explicite d'un délai de déchéance applicable à l'action en nullité est donc tout à fait excentrique au regard de la théorie juridique.

Ce n'est pas un hasard si la doctrine a évoqué à ce propos un inexorable rapprochement entre cette action et celle de l'annulation, au point que pour certains, il s'agit d' «un regime processuale che rischia di fare della nullità una super-annullabilità di incerti contorni»[85] et pour d'autres «annullabilità rafforzata, quasi una sottospecie

[84] Les propos entre guillemets sont de SANTI ROMANO, voce *Poteri, potestà*, cit. 178. V. également A. LENER, voce *Potere (dir. priv.)* cit., 616.

[85] R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, cit., 242

Copyleft – Ius Publicum

qualificata, con la conseguenza di conferire alla logica decadenziale dell'annullabilità il valore di principio sommerso del sistema»[86].

Il convient d'ajouter à cela que le délai de déchéance de cent quatre-vingt jours doit être considéré applicable également dans le cas d'actes nuls ayant une incidence sur des droits subjectifs relevant de la juridiction exclusive du juge administratif, avec la conséquence, tout à fait déraisonnable, que les formes de protection des actes nuls de l'administration acquièrent une consistance diverse selon le juge compétent.

Dans ce cas également, comme nous l'avons déjà observé au sujet de l'action en réparation, les raisons à la base de l'application, par le Code, d'un délai de déchéance à l'action en nullité, sont liées à des motifs d'opportunité pratique et de protection spéciale de l'administration. Le régime global de l'action en nullité, qui vise clairement à protéger l'intérêt public dans le procès, le démontre parfaitement. Citons, dans ce même sens, l'asymétrie qui existe entre la règlementation de l'action (soumise au délai de déchéance) et la règlementation de l'exception (qui peut être soulevée à tout moment par le défendeur qui, normalement, est l'administration). De même, la faculté de soulever d'office la nullité d'actes nuls, puisque celle-ci n'est admise par le juge administratif que pour rejeter la demande du requérant et jamais pour l'accueillir[87].

[86] B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm*. 2011, 269 ss.

[87] Cf. à ce sujet M. RAMAJOLI, Legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio della nullità, in Dir. proc. amm. 2007, 999.

Copyleft – Ius Publicum

6. CONCLUSIONS

L'examen du degré de cohérence, sur le plan de la théorie juridique, du régime de la déchéance que le Code applique à l'action en réparation et à l'action en nullité, n'a pas conduit à des résultats satisfaisants. L'extension du champ d'application du délai bien au-delà de ses limites d'origine – qui coïncident avec le périmètre d'opérativité de l'action d'annulation – renforce la centralité du délai de déchéance et, en même temps, porte atteinte à la logique sur lequel il est fondé.

Comme nous l'avons vu, en effet, l'application de délais de déchéance à l'action en réparation et à l'action en nullité est totalement en décalage par rapport à la théorie juridique, du moins telle qu'elle est décrite ici. D'autre part, comme nous avons pu l'observer précédemment, la jurisprudence n'est pas toujours rigoureuse du point de vue de la cohérence conceptuelle, dans la mesure où elle est souvent conditionnée par des jugements de valeur. Nous avons vu, en particulier, que les écarts les plus flagrants par rapport à la théorie juridique de la déchéance se produisent lorsque le juge administratif considère qu'il doit protéger l'intérêt public qu'il est chargé de garantir du risque de contestation. Par conséquent, étant donné l'importance du rôle que le juge administratif a joué dans la rédaction du Code, il n'est pas étonnant que le délai de déchéance soit utilisé de façon injustifiée comme un instrument de protection de l'intérêt public.

Il est naturellement possible de contester cette observation et d'affirmer qu'il existe depuis longtemps, dans d'autres domaines de l'ordre juridique – et plus spécifiquement dans le droit des sociétés – d'autres actions que l'action en annulation soumises au délai de déchéance. Parmi ces actions, citons également l'action en nullité et l'action en réparation.

Toutefois, cette objection n'est pas du tout convaincante. Au mieux, elle souligne le fait que le délai de déchéance est un instrument de plus en plus souvent utilisé par le législateur (et par le juge) pour mettre rapidement à l'abri d'éventuelles contestation l'intérêt de l'une des parties du rapport juridique (par exemple l'administration publique ou les sociétés par actions) dont la position est socialement dominante. Cela ne signifie pas,

Copyleft – Ius Publicum

cependant, que le recours à cet instrument soit théoriquement acceptable d'un point de vue strictement juridique. Même si, bien entendu, l'intérêt public (quel qu'il soit, y compris la protection des finances publiques) peut être considéré digne de la plus ample protection sur le plan de la politique du droit. Pourtant, cela n'enlève rien au fait que la soumission de l'action en nullité et de l'action en réparation à un délai de déchéance est difficilement justifiable du point de vue de la théorie juridique. La science juridique a le devoir de mettre de l'ordre dans un droit positif aussi irrationnel[88].

[88] En ce sens, M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2010, 347 ss. En particulier 384: « La scienza giuridica è in grado di acquisire un ruolo centrale solo se tende alla costruzione di un diritto orientato sistematicamente. In un'epoca complessa, confusa e ambigua come la nostra, è il momento del rigore concettuale, del sistema, della sintesi costruttiva, degli orientamenti di fondo irrinunciabili del diritto amministrativo. La scienza del diritto, di fronte alla dispersione e al disordine, deve assumere un atteggiamento di dominanza e non di legittimazione dei medesimi. È compito della dottrina costruire un quadro per i cambiamenti in una prospettiva che sia al tempo stesso generale e speciale».

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

EUROPEAN ANTITRUST COMMITMENTS FROM THE VIEWPOINT OF ITALIAN STATUTE LAW

Dott.ssa Carmela LEONE[1]

INDEX

1. ARTICLE 9 OF REGULATION (EC) NO 1/2003 AND ARTICLE 14 *TER* OF LAW 241/1990
2. COMMITMENTS BETWEEN AUTHORITY AND FREEDOM
3. VOLUNTARY NATURE OF COMMITMENTS AND REDUCED APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE COURT OF JUSTICE DECISION IN THE *ALROSA/DE BEERS* CASE
4. THE NATURE OF COMMITMENTS: LEGAL RULING OR CONTRACT? THE AGREEMENTS PURSUANT TO ARTICLE 11 OF LAW 241/1990 IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM
5. NECESSARY LIMITS OF APPLICATION OF THE INSTITUTION

This paper focuses on the European antitrust commitments from the viewpoint of Italian statutory law. Firstly, the aforesaid commitments relate to the ongoing debate which

[1] Assistant Professor in Administrative Law at the University of Milan "Bicocca".

Copyleft – Ius Publicum

predominantly characterise antitrust issues: the conflict between authority and freedom. Secondly, this article aims at contributing to the discussion regarding one of the most problematic aspects of this field of interest. This concerns the disputed possibility for undertakings to offer commitments which "exceed" what is necessary to terminate the anti-competitive behaviour subject to investigation. Lastly, the paper will dwell upon the legal nature of the aforesaid instruments and the limits of their application.

1. ARTICLE 9 OF REGULATION (EC) NO 1/2003 AND ARTICLE 14 TER OF LAW 241/1990

Article 9 of Regulation (EC) No 1/2003[2] authorises undertakings to present viable commitments, deemed appropriate to remove the antitrust concerns pointed out in the

[2] For an in-depth analysis of the commitments under European law see F. WAGNER -VON PAPP, *Best and even better practice in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law''*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 929; J. TEMPLE LANG, *Commitment decisions under Regulation 1/2003. Legal aspects of a new kind of competition decision*, in *European competition law review*, 2003, p. 347: M. FURSE, *The decision to commit: some pointers from the US*, in *European competition law review*, 2004, pp. 5 et seq.; C. J. COOK, *Commitment decisions: the law and practice under Article 9*, in *World Competition*, 2006, p. 206. In Italian law, with several references to the European system: M. BOCCACIO and A. SAJA, *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, p. 285; C. CAZZELLA, *Proporzionalità e diritti della difesa nei procedimenti per abuso di posizione dominate: la sentenza Alrosa*, in *Giust. Civ*. 2008, p. 293; V. CERULLI IRELLI, *"Consenso" e "Autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza"* in *20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato,* (edited by) C. RABITTI BEDOGNI and P. BARUCCI, Torino, 2010, p. 325; F. CINTIOLI, *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento,* in *www.giustamm.it;* ID., *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. Comm.*, 2008, p. 109; ID., *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust;* (edited by) F. CINTIOLI e F. DONATI, Torino, 2008, p. 7; L. DE LUCIA-M. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza, Mercato, Regole*, 2010, p. 510; P. DURET, *Gli accordi "novativi" della procedura: le "decisioni con impegni" nella disciplina antitrust*, in *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione* (edited by) D. CORLETTO, Napoli, 2012. L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'autorità garante,* in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, p. 233; G. FONDERICO, *Il caso "Alrosa" e la*

Copyleft – Ius Publicum

preliminary assessment of the antitrust proceedings to the Commission without any time limits.

Undertakings have the right to present corrective measures. This thereby suspends the assessment whose outcome, in case of positive finding, could entail: an order to terminate anti-competitive behaviour; the identification of the steps required to bring such anti-competitive behaviour to an end; and the decision to impose fines.

Provided commitments appear adequate to end the concerns expressed to the parties, the Commission can make such commitments binding, even for a limited period of time. This is achieved through proceedings where the commitment is progressively established through close interaction between the undertaking, the Commission and thir

proporzionalità delle decisione con impegni, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, p. 250; G. FAELLA, *Decisioni d'accettazione degli impegni, consent order e consent decree: l'antitrust e i limiti del potere, XX Colloquio biennale di diritto comparato*, Università di Ferrara, 2007; F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi dell'enforcement della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana, in Riv. Soc.,* 2008, p. 1395; let me to refer to C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust,* Milano, 2012; L. LIBERTINI, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 1283; P. MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitario,* in *I Nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, (edited by) F. CINTIOLI and G.OLIVIERI, Milano, 2007, p. 1; G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi,* in *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, cit., p. 1; A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, cit., p. 85; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale, in Poteri e garanzie nel diritto antitrust, L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione,* (edited by) G. BUZZONE, Bologna, 2008, p. 61; C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità garante nell'ultimo triennio tra crisi economica e nuovi poteri,* in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato,* (edited by) C. RABITTI BEDOGNI and P. BARUCCI, Torino, 2010, p. 174; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisione con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto amministrativo,* 2010, p. 503; M. SIRACUSA, *Le decisioni con impegni,* in *20 anni di Antitrust*, cit., p. 385.

Copyleft – Ius Publicum

parties[3]. The latter can participate in the proceedings by introducing remarks and amendment proposals regarding the commitments during the market test stage.

Therefore, it can be stated that commitment procedures involve the interaction of three players. The undertaking is obviously the first player, as identified by the legislators. The undertakings can stop proceedings shortly after they start, by submitting suitable commitments to the Authority, aimed at terminating the anti-competitive behaviour subject to investigation.

The second player is the Commission. They are called upon not only to assess that the commitments are at least appropriate to terminate the anti-competitive behaviour subject to investigation, but also to re-open the proceedings in cases covered by article 9 of Regulation No 1/2003. These relate to where there has been a material change in any of the facts on which the decision was based; where the undertakings concerned act contrary to their commitments; or where the decision was based on incomplete, incorrect or misleading information provided by the parties.

It appears, based on the reading of the rule, as well as its interpretation by case law, that the power given to the Commission does not refer to finding antitrust regulation infringements which are consequent to the undertakings' behaviour, but to assessing the

[3] Regarding the participation of third parties there is a special rule (article 27, para. 4 of Regulation No.1 of 2003) which provides that "*where the Commission intends to adopt a decision pursuant to Article 9 or Article 10, it shall publish a concise summary of the case and the main content of the commitments or of the proposed course of action. Interested third parties may submit their observations within a time limit to be fixed by the Commission in its publication and which may not be less than one month. Publication shall have regard to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets".* With regard to the establishment of the commitment during the proceedings it must be noted that while the European rules do not provide for this, it is possible to infer from the practices of the Commission that the acceptance of the commitments is the result of several interlocutory meetings between the undertakings and the Commission. In other words, the commitments presented by the undertakings in the proceedings are amended during those proceedings to facilitate acceptance by the Commission.

Copyleft – Ius Publicum

suitability of the commitment aimed at solving the alleged anti-competitive issues the Commission identified in the preliminary assessment. In fact, the Court of Justice has clarified[4] that *"the Commission is not required to make a finding of an infringement, its task being confined to examining, and possibly accepting, the commitments offered by the undertakings concerned in the light of the problems identified by it in its preliminary assessment and having regard to the aims pursued. Application of the principle of proportionality by the Commission in the context of Article 9 of Regulation No 1/2003 is confined to verifying that the commitments in question address the concerns it expressed to the undertakings concerned and that they have not offered less onerous commitments that also address those concerns adequately".*

Article 9 of Regulation No 1/2003 further provides that the Commission acts as guarantor of public interest by assessing, even later, the commitment's aptness to pursue the actual safeguard of the market.

The other players are all third parties participating in the commitment procedure. They can be categorised in two: a) third parties (often numerous) looking for proceedings that end with extending and broadening the commitment originally proposed by the party; and b) third parties (if any) acting as contractual parties of the undertaking presenting commitments, who, in contrast to (a) desire changes constricting the commitments proposed. As will clearly emerge below the latter third parties' participation in the commitment procedure is has been quite problematic in relation to applicability of the institution. As a result the General Court[5] and the Court of Justice have reached divergent conclusions.

[4] Court of Justice, Grand Chamber, decision of 29 June 2010, case C-441/07P, *Alrosa*, in *www.curia.eu.int.*

[5] See General Court, 11 July 2007, T-170/06, *Alrosa Company Ltd v Commission*, in *www.curia.eu.int*.

Copyleft – Ius Publicum

Of importance here is that the Italian legislator[6] used Article 9 of Regulation No 1/2003 as a model to enhance the instruments available to the Italian Antitrust Authority [AGCM] in the framework of the antitrust law of 1990. It is thus appropriate to taking both rules into consideration, not only because the Italian legislator has envisaged applying the instrument of commitment decisions *"within the limits of the principles of community law*", but also because the national dogmatic categories can help to clarify the understanding of the application an instrument that is considered having a "hybrid"[7] character.

Analysing the commitments aims at bring and understanding, firstly, where the debate between authority and freedom, which always characterises antitrust issues, is actually leaning. This is bearing in mind that an attempt to reconcile this conflict involves progressively discontinuing a necessarily punitive approach.

Secondly, it is worth taking into account the aspect which appears most problematic regarding the application of the commitments. That is to say the disputed possibility for undertakings to offer commitments which "exceed" what is necessary to terminate the anti-competitive behaviour subject to investigation.

[6] The rule was also transposed in Italy through Decree Law 223 of 2006, turned into Law No. 248 of 2006, which introduced article 14-*ter* in Law 287 of 1990. The rule provides that *"1.Within three months of serving a notice of the opening of an investigation to find an infringement of articles 2 or 3 or of articles 81 and 82 of the EC Treaty, undertakings concerned can present commitments aimed at reducing the anti-competitive behaviour subject to the investigation. The Authority, having assessed the suitability of the commitments, can, within the limits set out in community law, make them binding for the undertakings and close the proceedings without finding the infringement. 2. The Authority, in the case of a failure to observe the commitments made binding under paragraph 1, can impose a financial fine of up to ten per cent of the turnover. 3. The Authority can automatically re-open the proceedings if: the de facto situation has changed regarding an element on which the decision was based; the undertakings involved contravene their commitments; the decision is based on information sent in by the parties that is incomplete, inaccurate or misleading*".

[7] F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law*", cit., p. 933.

Copyleft – Ius Publicum

Lastly, it appears necessary to discuss the legal nature of the aforesaid instruments and the necessary limits of their application.

2. COMMITMENTS BETWEEN AUTHORITY AND FREEDOM

The commitments are part of the "*consensual competition law enforcement"*[8] framework and constitute an attempt to balance between a policy of effective protection of competition and a simplified control system, which induced the legislator to identify

[8] F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law*", cit., p. 929, note 1; D. WAELBROECK "*The Development of a new 'settlement culture' in competition cases",* in GHEUR and PETIT (Eds.), *Alternative Enforcement Techniques in EC Competition Law*, Bruylant, 2009, p. 221. The commitments actually run alongside the leniency programmes. In identifying the ratio and the function of the leniency programmes it is doubtless important to acknowledge what the Commission wrote in its Communication on leniency of 2002, where it clarified that *"the advantage that consumers and citizens draw from the certainty that secret agreements are discovered and punished is primordial compared to the interest in inflicting financial sanctions on undertakings which allow the Commission to discover and prohibit practices of this type".* According to the Commission it is increasingly difficult, in the absence of cooperation from the undertakings, to discover and punish the cartels, which are of a "secret" nature, and to find the proof needed for the findings, even though the Authority can avail itself of substantial investigative tools. In European law it was therefore considered that the main public interest was to encourage the emergence of the collusive behaviour which was most serious and damaging for competitors and consumers and extremely hard to find, rather than the interest in punishing the single undertaking that, albeit taking part in such conduct, denounces the most serious antitrust unlawful deeds.

Copyleft – Ius Publicum

adequate solutions aimed at achieving streamlined procedures, by leveraging the consent of the undertakings and thus protecting their freedom, the driving force of market growth.

It is worth looking into the debate concerning the conflict between protection of competition and undertakings' freedom by analysing European case law[9].

What becomes apparent based on the decisions is that undertakings' freedom takes multiple meanings. Sometimes entrepreneurial merit is protected, even when this means achieving a dominant position and the refusal, in some cases, to sell or to change supply and provisioning policies[10]. At other times it can be identified as contractual freedom which includes not only the freedom to conclude contracts (positive contractual freedom)[11], but

[9] The Commission wrote in its 1st Annual Report on competition policy, April 1972, that competition produces *"the major stimulus to economic activity, in that it ensures for its participants the maximum possible freedom of action...it facilitates the constant adjustment of demand and offer to technical developments... it is likely to ensure the best possible use of the production factors for the maximum profit of the economy in general, and in particular in the interest of consumers".*

[10] General Court, 26 October 2000, T- 41/96, *Bayer*, in *Coll.*, II, page 3383, point 180, where it is noted that *"the case law of the Court indirectly recognises the importance of protecting the undertaking's freedom when applying the rules of the Treaty concerning competition, where it expressly admits that also an undertaking in dominant position can, in certain cases, refuse to sell or to change its supply and provisioning policy without falling within the prohibition of article 86".*

[11] Court of Justice, 14 February 1978, C- 27/76, *United Brands*, in *Coll.*, pages I-207, points 182-191. See also Court of Justice, 26 November 1998, C-7/97, *Bronner*, in *Coll.* 1998, I page 7791, which considers that "*the refusal by a press undertaking which holds a very large share of the daily newspaper market in a Member State and operates the only nationwide newspaper home-delivery scheme in that Member State to allow the publisher of a rival newspaper, which by reason of its small circulation is unable either alone or in cooperation with other publishers to set up and operate its own home-delivery scheme in economically reasonable conditions, to have access to that scheme for appropriate remuneration does not constitute the abuse of a dominant position within the meaning of Article 86 of the EC Treaty*".

Copyleft – Ius Publicum

also the freedom not to conclude contracts (negative contractual freedom)[12]. Finally, it is the freedom to choose suitable measures to re-establish competition rules after the finding of the infringement by the Commission[13], and the voluntary presentation of the suitable measures to bring to an end the concerns of the Commission before the finding of the infringement, but after the opening of the investigation (commitments)[14].

The freedom of undertakings to act in the market (and to choose the measures needed to terminate anti-competitive behaviour) and the powers of the Commission (to protect the market)[15] fall within a framework that encompasses the authority/freedom

[12] Advocate General Julianne Kokott, in her conclusions presented on 17 September 2009, C-441/07P, in the *Alrosa* case in *www.curia.eu.int*, considered that "*in adopting decisions concerning competition law, the Commission must take into account the principle of contractual freedom or the freedom of the undertaking. Contractual freedom does not however imply only the freedom to conclude contracts (positive contractual freedom) but also the freedom not to conclude contracts (negative contractual freedom)*". Advocate General Jacobs, in his conclusions of 28 May 1998 in the cited Bronner case, point 56, expressed this concept in the following way: "*The right to choose one's own commercial partners and that of freely disposing of one's own assets corresponds to generally accepted principles recognised in the laws of the member states, in some cases at the constitutional level. To interfere with such rights requires careful justification*".

[13] Sentence of the General Court of 18 September 1992, T-24/90, *Automec*, in *Coll.*, p. 2223. The Court stated: "*Given that contractual freedom must remain the rule it cannot, in principle, grant the Commission, in the framework of the powers of injunction it possesses in order to put an end to the breaches at article 85 No. 1, the power to enjoin one party to establish contractual relations, given that, in general terms, the Commission has specific means to impose the termination of an infringement on an undertaking. In particular, there cannot be held to be any justification for such a restriction on freedom of contract where several remedies exist for bringing an infringement to an end. This is true of infringements of Article 85(1) arising out of the application of a distribution system. Such infringements can also be eliminated by the abandonment or amendment of the distribution system. Consequently, the Commission undoubtedly has the power to find that an infringement exists and to order the parties concerned to bring it to an end, but it is not for the Commission to impose upon the parties its own choice from among all the various potential courses of action which are in conformity with the Treaty*".

[14] Court of Justice, 29 June 2010, C-441/07, *Alrosa Company*, in *Coll.*, 2010, p. 2600.

[15] M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in *www.agcm.it*.

Copyleft – Ius Publicum

dichotomy. Acceptance, by legislation, of undertakings' freedom is counterbalanced by the Commission, by checking that the individual undertaking's behaviour does not go against public interest[16].

It can be inferred, based on the aforementioned decisions, that undertakings' freedom faced the powers of the Commission in both Regulations (No 17/1962 and No 1/2003) that followed one another, both aimed at protecting competition.

These Regulations involved conferring different powers. Article 3 of Regulation No 17/1962 provided inhibitory powers, whereas Article 7 of Regulation No 1/2003 provided conforming powers. Article 9 of the same Regulation introduced the commitment procedure covering abuse of dominant position and *agreements.*

It is useful to consider firstly article 3 of Regulation No 17/1962, which is the same as interpreted by European case law. In fact, the rule established that the Commission, having ascertained the infringement, could order undertakings to bring an end to the breach of the provisions laid down in articles 101 and 102 of the Treaty. This formulation was picked up by Italian legislation. Article 15 of Law 287 of 1990, in fact, provides that, "*where, following the investigation covered by article 14, the Authority identifies infringements of articles 2 or 3, it imposes a deadline on the undertakings and entities concerned to bring the infringements to an end*".

Article 3 of the aforementioned Regulation No 17/62, which is the same as article 15 of the Italian antitrust law, can be placed in the category of the "*cease and desist orders*"[17]. This is whereby the Commission orders undertakings to bring the infringement it

[16] These undertakings, as the doctrine indicates, (T. ASCARELLI, *Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 1955, p. 275) operating in the market have no guarantee of profit, which can be a bonus following a tender bid conducted with legitimate instruments but with an uncertain outcome.

[17] For an analysis of the "*cease and desist orders*" category see P. FATTORI, *I poteri dell'Autorità garante in materia di intese ed abusi di posizione dominante: diffide e sanzioni,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, p.883.

Copyleft – Ius Publicum

found to an end and invites them to thereafter abstain from engaging in the behaviour subject to prohibition.

Legislation chose to assign inhibitory powers to the Commission, leaving it to the undertakings to choose between the measures necessary to restrain infringements. However, the application of this rule by the Commission and its interpretation by European Judges have highlighted a conflict between authority (which includes conforming powers) and undertakings' freedom.

With regard to case law, the court of justice established, in 1974, that exercising inhibitory powers *"obviously assumes different forms in relation to the type of transgression noted and can consist in an order to adhere to certain behaviour or to provide certain services, illegally omitted, or in an order not to persist in certain behaviour or practices and not to continue with certain situations contrary to the treaty*"[18]. Whereas, later, the general court, in an important decision, ruled[19] that the commission must not impose its own decision where the parties can choose between several alternatives, provided all conform to the rules of the treaty. According to the court, the confirming power of the commission must respect undertakings' freedom to define the necessary measures for terminating the infringement in all the cases where several types of legitimate behaviour exist, amongst which the undertakings can choose[20].

The Commission, with Regulation 17 in force, transformed the inhibitory powers into conforming powers, with the sole limitation of not ordering structural remedies. This is probably because it considered the interference caused by such remedies as excessive for

[18] Court of Justice of 6 March 1974, joint cases 6 and 7/73, *Commercial Solvents*, in *Coll.*, 1974, p. 223.

[19] General Court, 18 September 1992, *Automec*, T-24/90, cit.

[20] P. FATTORI- M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, p. 371.

Copyleft – Ius Publicum

the running of the undertaking[21]. This body, which exercises (firstly under article 3 of Regulation 17/ 1962 and then under article 7 of Regulation No 1/2003) an authoritative and unilateral power, must respect the principle of proportionality, which prevents the imposition of disproportionate corrective measures on undertakings in order to eliminate the anti-competitive effects of their behaviour.

Relevant decisions of European Courts show that, precisely by virtue of the said principle, the Commission cannot impose structural corrective measures - such as, by way of example, the obligation to transfer assets (production plants, brands, companies, production divisions) or to sell shareholdings, when there exists an equally effective behavioural remedy such as the obligation to change trade practices[22].

Within such a system there was increasing awareness of the need to supplement the inhibitory, conformative and punitive instruments with corrective measures, capable of reconciling the effectiveness of the community checks on agreements[23] and on abuses of dominant positions with allowing the undertakings to make their own choice of suitable measures to eliminate the anti-competitive behaviour before being checked by the Commission.

[21] S. AMADEO, *Decisioni della Commissione,* in *L'applicazione del diritto comunitario della Concorrenza, Commentario al regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, cit.,in particular at p. 109.

[22] Court of Justice, 6 April 1995, C- 241/91 and C- 242/91, *Radio Telefis v. Commission*, in *Coll.*, p. 1529. The Court writes: *"in the context of the application of Article 3 of Regulation No 17, the principle of proportionality means that the burdens imposed on undertakings in order to bring an infringement of competition law to an end must not exceed what is appropriate and necessary to attain the objective sought, namely re-establishment of compliance with the rules infringed*". The General Court of 18 September 1992 ruled in a similar way, case T-24/90, *Automec*, cit.

[23] See P. MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitario, in I nuovi strumenti di tutela antitrust*, cit., 1, which emphasises the importance of antitrust commitments in matters of concentration.

Copyleft – Ius Publicum

The preferred instruments for this purpose were the commitments, originally regulated only for concentrations and accepted by the Commission as practice for the excluding abuses. The European legislator specifically regulated concentration commitments well before Regulation No 1/2003 went into force[24]. By 1989 the Council had adopted Regulation No 4064/89 which, at article 8, gave the Commission the possibility of establishing, when deciding on the authorisation, conditions and obligations assumed by the parties after starting the preliminary proceedings (i.e., stage two). The possibility of presenting commitments was later broadened through Regulation No 1310/1997[25], which extended the possibility of presenting commitments even during the first stage of concentrations, that is, before initiating the preliminary proceedings.

Commitments relating to concentrations are now governed by article 6, para. 2 of Regulation No 139/2004[26],which provides the possibility of subordinating the decision, by which concentrations are declared compatible with the EU market, *"Conditions and obligations intended to ensure that the undertakings concerned comply with the commitments they have entered into vis-à-vis the Commission with a view to rendering the concentration compatible with the common market*".

In cases where the problem which arises in the context of competition is easily identifiable and can be easily resolved[27], these commitments, by virtue of the thirtieth recital of said Regulation, can be presented before starting proceedings. Alternatively, they

[24] See R. CAIAZZO, *Antitrust, Profili giuridici*, Torino, 2007, p. 249.

[25] See eighth recital in the EC Council Regulation No 1310 of 1997, in GUCE L180, of 9 July 1997.

[26] EC Council Regulation No 139/2004, in *GUUE*, 29 January 2004, L24, p. 1.

[27] In this case the commitments can be presented on an informal basis, even before the notification, at the time of the notification or within 25 working days of the date of receipt of the notification by the Commission.

Copyleft – Ius Publicum

may be presented after the beginning of the preliminary proceedings[28]. In both cases, the commitments must be presented in a timely manner and suitably described in detail, specifying how the anti-competitive behaviour will be *"fully"* resolved.

With regard to the powers of the Commission, it is important to note that European case law has extended even further the discretion which it enjoys in the acceptance of commitments, sustaining that the said Authority has *"a wide margin of discretion in assessing the need to obtain commitments to dissipate the serious doubts raised by concentration*"[29].

In fact, according to the Court, the main aim of these new protective instruments is to guarantee the competitive structure of the markets[30] and, in this sense, the commitments considered most suitable to eliminate anti-competitive behaviour were the structural ones, particularly burdensome for the undertakings[31], but legitimate inasmuch as proposed and accepted by them.

The limit of proportionality was considered manageable by virtue of the undertaking's consent to use any suitable means to eliminate the infringement. The introduction, of a specific reference to the proportionality principle in the Regulation on

[28] In this case the undertakings must present commitments before the expiry of the period within which the Commission is required to make a pronouncement, i.e. within 90 working days of the date the proceedings were started.

[29] General Court, , 4 July 2006, T-177/04, *Easy Jet Airlineco.Ltd. v. Commission*, in *www.curia.eu.int*, point 128.

[30] Court of Justice, 25 March 1999, T-102/96, *Gencor v. Commission*, in *Coll.*, 753, point 316.

[31] Examples of structural commitments are cited below, all viewable on *www.eu.lex*: *Pfizer/Farmacia*, 2003 (commitment to transfer a business); *Royal Canin*, 2002 (sale of a series of domestic animal foodstuff brands); *Solvay/Montedison*, 2002 (sale of a production plant); *Ras Degussa*, 2006 (sale of a company in The Netherlands); *Haniel/Ytong*, 2010 (sale of a firm in a member state).

Copyleft – Ius Publicum

concentrations of 2004[32], did not affect the conviction. The Commission continues to accept, and prefer, the structural remedies proposed by the undertakings. The General Court[33] understood the principle of proportionality as binding for the Commission, in terms of focusing its assessment of the suitability of the commitments to resolve the problems of competition only in the markets concerned (according to the Court, it is not necessary for the Commission to extend the scope of this assessment of suitability of the commitments to non-concerned markets). Thus, that it can be said that this principle does not limit the will of the party, but rather it limits the assessment of the commitment by the Commission.

In conclusion, the limit of the Commission's discretion which EU case law had identified in reference to the order to cease the infringements (unilateral power), was not applied to the commitments in the concentrations (based on a bilateral agreement between Commission and undertakings). The consent of the undertaking to terminate the anti-competitive behaviour allows disregarding the proportionality limit.

Also with regard to agreements and abuse of dominant position, it shall be noted that, well before Regulation No 1/2003 went into force, the Commission had introduced a practice which already involved acceptance of commitments in matters of excluding abuses[34]. The latter are different from the commitments accepted by the Commission in reference to concentrations, where an *ex ante* perspective dominates (the measures are established before effecting the operations). Commitments in matters of abuse of dominant position and agreements are aimed at terminating the anti-competitive aspects of illicit behaviour, whose effects had already affected the market, and therefore was already the subject of antitrust proceedings (the Commission is thus acting in an *ex post* perspective).

[32] Recital 30.

[33] General Court, 4 July 2006, T-177/04, *Easy Jet Airlineco.Ltd. v. Commission,* cit.

[34] M. BOCCACCIO - A. SAJA, *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni,* cit., in particular at p. 288.

Copyleft – Ius Publicum

The practice of also accepting *ex post* commitments has allowed two main issues. Firsty, the Commission is able to achieve the mission entrusted to it rapidly and with simple procedures. Secondly, it has allowed undertakings to contribute in identifying the measures needed to terminate the anti-competitive behaviour subject to investigation, thus avoiding the finding of the infringement and the risk of compensation actions to the benefit of competitors or consumers[35].

Examples of this practice which are advantageous for both the Commission and the parties, are the commitments presented by *IBM*[36] and *Coca Cola*[37] and accepted by the Commission. In the first case the commitment consisted in the duty assumed by the company to disclose the information needed to permit contenders to compete under fair conditions. In the second case the company had decided to change the behaviour contested by the Commission and to stop including exclusivity clauses in its contracts with suppliers.

It can be immediately perceived that informally accepted commitments concerned cases of exclusivity abuse, whereas agreements restricting competition were largely left outside the commitments' scope of application, by being taken out of the "negotiation" with undertakings and subjected to sanctions. Commitments in matters of abuse of dominant position, accepted informally, did not ensure transparency and effectiveness of the action of the Commission in the following ways[38]. a) They did not include the participation of third parties; b) they prevented the undertaking presenting the commitments from appealing against any denial thereof; and c) they obstructed their actual implementation inasmuch as,

[35] S. AMADEO, *Decisioni della Commissione,* in *L'applicazione del diritto comunitario della Concorrenza, Commentario al regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, cit., in particular at p. 124.

[36] See EC Bulletin, 1984, n. 10, as well as *XIV Report on Competition Policy* (Brussels, 1986), paragraphs 94-95.

[37] The informally concluded commitment was noted by the Commission in its *XIX Report on Competition Policy* (Brussels, 65).

[38] S. AMADEO, *Decisioni della Commissione*, cit., p. 125.

Copyleft – Ius Publicum

in the absence of a specific regulatory provision enforcing execution, the Commission could not impose pecuniary sanctions. These limits were remedied by the relevant provisions contained in article 9, inserted in Regulation No 1/2003, through which a decentralised antitrust protection system was set out[39].

The introduction of Regulation No 1/2003 entailed a change in the balance of powers attributed to the Commission for the protection of competition. It can be stated that after the introduction of this Regulation the legislative limitation to undertakings' freedom of choosing the measures to re-establish competition (following a check by the Commission) was offset by the possibility as set out in legislation, of offering commitments also covering agreements and abuse of dominant position.

Article 7 of Regulation No 1/2003, in fact, permits the Commission[40] not only to order the termination of infringement, but also to impose on undertakings *"the adoption of all the structural remedies proportionate to the infringement and necessary to effectively*

[39] The decentralisation of the application of articles 81 and 82, introduced by Regulation No 1/2003, was announced in 1999 in the *White Paper on modernisation of the application of articles 81 and 82 TCE*. This reform, with regard to Regulation 17/62, envisaged the elimination of the exclusive competence of the Commission for the assignment of exemptions under article 81, para. 3 TCE (article 9 para 1 of Reg. 17/62) with its extension also to the Authority and to national judges. On the basis of the White Paper, in December 2000, the Commission issued a regulation proposal under article 83 TCE (Proposal for a Council Regulation concerning application to undertakings of the competition rules covered in articles 81 and 82 of the Treaty bearing a change to regulations 1017/68, 2988/74, 4056/86, and 3975/87 in GUCE 2000, C-365). See A. TIZZANO, *Appunti sulla cooperazione internazionale in tema di concorrenza*, cit., 695, which remarks how the centralised protection system, set out in Regulation 17, gave way to an extraordinary expansion of the role of the Commission.

[40] This is only to the Commission and not to States because, by virtue of article 5 of Regulation No 1 /2003, the national authorities *"acting ex officio or following a report, can adopt the following decisions: - order the termination of an infringement; - impose precautionary measures; - accept commitments; - inflict fines, late payment penalties or any other sanction set out in national law".* The power, attributed by article 5 to the national authorities, appears to be different from that set out for the Commission alone by article 7 of EC Regulation 1 of 2003. For further details refer to Chapter II, paragraph 1.3.

Copyleft – Ius Publicum

bring the infringement to an end". Establishing, however, that such structural remedies "*can only be imposed where there is no equally effective behavioural remedy or where an equally effective behavioural remedy would be more burdensome for the undertaking concerned than the structural remedy*". This last detail constitutes an explanation of the observance of the principle of proportionality, which had already been affirmed by the case law of the Court of Justice and by whose virtue *"the burden imposed on undertakings aimed to bring the infringement of competition rules to an end must not exceed the limits of what is appropriate and necessary to achieve the established goal, that is to say, restoring the situation to its compliance with the law, with reference to the infringed rules at issue"*[41].

Thus, while observing the principle of proportionality, the Commission can identify structural measures that impact the structure and the organisation of the undertaking, and it can also inflict fines[42].

Undertakings' freedom, which in this case means freedom to choose appropriate measures to eliminate the anti-competitive aspects of certain behaviour, and which the new

[41] Court of Justice, 6 April 1995, C - 241/91, *Radio Telefis Eireann*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1996, p. 115.

[42] Article 23 of this regulation sets out that *"the Commission can inflict fines on undertakings which infringe the instructions contained in articles 81 and 82 of the Treaty".* The power to fine remained, in the new system of responsibilities, an important instrument for the Commission. In fact the latter is competent to deal with the most serious cases of infringement of competition, removing these from the authority of the States. See: The Communication of the Commission on cooperation within the network of Guarantor Authorities for competition, 2004/C 101/3 in *GUCE* 101 of 27 April 2004. In the fourteenth recital it is held that *"the Commission is in the most ideal position where one or more agreements or practices, including network agreements or similar practices, impact on competition in more than three member states (trans-border markets which include more than three member states or several national markets)".* At the fifteenth recital it is added that "*the Commission is in a particularly suitable position to deal with cases which show a close relationship with other community provisions for the application of which the Commission has exclusive competence or which can be better applied by the Commission; this also applies to cases in which the protection of community interest requires the adoption of a decision by the Commission to align community competition policy with novel competition problems or to ensure effective observance of competition rules*".

Copyleft – Ius Publicum

formulation of article 7 of Regulation No 1/2003 (that transformed inhibitory powers into conformative powers) has weakened, re-emerges in the possibility, set out in article 9 of the same Regulation, of offering commitments in matters of agreements and abuse of dominant position.

In the new framework outlined by Regulation 1/2003, the commitments appear indeed as sound instruments for antitrust protection, where deemed suitable for removing anti-competitive concerns. But their application has generated two different problems. On the one hand the application of the proportionality principle to commitments has proved controversial, and on the other hand the limits to their application appeared hard to identify.

3. VOLUNTARY NATURE OF COMMITMENTS AND REDUCED APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE COURT OF JUSTICE DECISION IN THE ALROSA/DE BEERS CASE

The first problem that arose from the institution of the commitments concerned the application of the proportionality principle. The principle understood as the choice of the easiest means. It led to two well-known and contrasting decisions, one by the General Court[43] and the other by the Court of Justice. This certainly makes the *Alrosa/De Beers*[44] relevant and well-worth of attention.

[43] See General Court, 11 July 2007, T-170/06, *Alrosa Company Ltd v. Commission*, in *www.curia.eu.int*.

[44] Court of Justice, 29 June 2010, C- 441/07P, *Alrosa Company*,cit.

Copyleft – Ius Publicum

In order to understand the relevant topics emerging from the decision of the General Court and from the judgment of the Court of Justice, we must start with the facts that led to these decisions.

The proceedings started when the two companies De Beers and Alrosa Company Ltd., both prominent leaders in the world market for the production and supply of uncut diamonds, notified the Commission of the terms of a trade agreement they had signed, where *Alrosa* undertook to sell its production to De Beers for the next five years.

The Commission, considering the agreement potentially anti-competitive, served a notice with the charges to *Alrosa* and De Beers, where it stated that the agreement as notified was potentially in breach of article 101 No 1 of the EC Treaty. In addition, the Commission served a separate notice to De Beers for alleged abuse of dominant position, forbidden under article 102 of the EC Treaty.

The fact that the Commission served two separate notices, one to De Beers and the other to both Alrosa and De Beers that had signed the agreement, enabled the following. First, the two companies, within the proceedings for agreements could, jointly submit to the Commission a commitment aimed at progressively reducing the sales of diamonds. Secondly, De Beers, within the alleged abuse of dominant position proceedings, could separately present its own commitments, after the Commission had considered the joint commitments inappropriate for terminating the anti-competitive behaviour subject to the investigation.

With regard firstly to the joint commitment of De Beers and *Alrosa*, the Commission rejected such commitment after having assessed the remarks of the twenty-one concerned "third parties" that took part in the market test.

Following the rejection, De Beers decided to present new individual more cogent commitments. These are as compared to the first commitment presented with *Alrosa*. The Commission adopted a decision that made these commitments binding and thereupon closed the proceedings.

Copyleft – Ius Publicum

Considering itself directly involved and harmed by this ruling, *Alrosa* challenged this decision before the General Court. The appeal was on the grounds of breach of the principle of proportionality in the application of antitrust legislation, given that De Beers could have proposed less restrictive commitments to the Commission, compared to those offered and accepted.

The General Court and the Court of Justice took different and diametrically opposed positions.

According to the General Court, the limitations arising from observance of proportionality also apply to the commitments. In fact, the objective of article 7 is the same as article 9 and coincides with the main objective of Regulation No 1/2003, which guarantees effective application of the competition rules set out in the Treaty. The Commission disposes, for this purpose, of a margin of discretionary judgement in choosing to make the commitments offered by the undertakings concerned binding, and to adopt a decision pursuant to article 9, or to follow the path set out in article 7 of the same regulation, which requires the finding of an infringement. However, the existence of this margin of discretion concerning the choice of which path to follow does not exempt the Commission from the obligation to observe the proportionality principle when it decides to make commitments offered pursuant to article 9 of Regulation No 1/2003 binding.

For the General Court, a check on the proportionality of a measure is thus an objective check, as the suitability and necessity of the decision challenged must be assessed in comparison with the aim pursued by the Institution. For decisions adopted in application of article 7 of Regulation No 1/2003, the aim is to bring the infringement found to an end. For decisions adopted in application of article 9 of said Regulation, the aim is to meet the concerns expressed by the Commission in the framework of the preliminary assessment.

The Court of Justice, on the contrary, reached a conclusion of "attenuated" application (with the detail which will be given shortly) of the principle of proportionality on the basis of two arguments. Firsty, the voluntary nature of their presentation and secondly the peculiarity of the proceedings for commitments, "*aimed to ensure that the*

Copyleft – Ius Publicum

competition rules laid down in the EC Treaty are applied effectively, by means of the adoption of decisions making commitments, proposed by the parties and considered appropriate by the Commission, binding in order to provide a more rapid solution to the competition problems identified by the Commission, instead of proceeding by making a formal finding of an infringement. More specifically, Article 9 of the regulation is based on considerations of procedural economy, and enables undertakings to participate fully in the procedure, by putting forward the solutions which appear to them to be the most appropriate and capable of addressing the Commission's concerns"[45].

It is worth taking separately into account the two aforesaid arguments, which gave grounds to the decision of the Court of Justice.

With regard to the first argument, it seems that the Court of Justice, and perhaps even more the Advocate General[46], in her conclusions, have well emphasised the freedom of the undertakings, in the sense of contractual freedom.

The conclusions of the Advocate General make clear a willingness to protect negative contractual freedom, i.e. the freedom to break contracts previously stipulated, possibly exceeding concessions made to the Commission. These arguments have been taken up by the Court, in the part of the decision in which it is stated that "*undertakings which offer commitments on the basis of Article 9 of Regulation No 1/2003 consciously accept that the concessions they make may go beyond what the Commission could itself impose on them in a decision adopted under Article 7 of the regulation after a thorough*

[45] Point 35 of the decision of the Court of Justice.

[46] Conclusions of Advocate General Juliane Kokott, presented on 17 September 2009, C-441/07 P, point 225: "*contractual freedom is part of the general principles of community law. It constitutes the corollary of the freedom of action of persons. It is also firmly bound to the freedom of undertakings protected at constitutional level. In a Community one is required to observe the principle of an open market in free competition; guaranteeing contractual freedom is indispensable. Also the case law of the Court acknowledges that economic operators are entitled to contractual freedom".*

Copyleft – Ius Publicum

examination. On the other hand, the closure of the infringement proceedings brought against those undertakings allows them to avoid a finding of an infringement of competition law and a possible fine"[47].

The principle of proportionality, understood as a choice of the mildest means, which limits authoritative and unilateral powers (and is necessarily applied in antitrust proceedings which end with the finding), does not apply to commitment procedures (based, instead, on a consensual logic). Within such proceedings the proportionality principle must be understood in the sense of the suitability of the commitment to resolve the anti-competitive concerns. Protection of public interest cannot be sacrificed by the offer of commitments.

In other words, given that the concern of the Commission must be to check that the commitments are suitable to bring the contested infringements to an end, the proportionality principle consists in the check on the suitability of the commitment to remove the anti-competitive concerns which gave rise to the proceedings[48].

In addition, according to the Court of Justice, the framework of the commitment procedure, "*created in order to provide a more rapid solution to competition problems*"[49], impedes the Commission (as well as the national Authorities) from seeking less restrictive solutions for the interests of the trade partners of the undertaking offering the commitments.

In truth, the Court specified that the Commission must take into consideration the less restrictive commitments as concerns third parties (linked to the undertaking by

[47] Point 48 of the decision of the Court of Justice.

[48] G. FONDERICO, *Il caso "Alrosa" e la proporzionalità delle decisione con impegni,* cit., p. 250. The writer sustains that in most cases there isn't a problem of necessity but of suitability or relevance of the measure with regard to the unlawful act charged.

[49] Point 35 of the decision of the Court of Justice.

Copyleft – Ius Publicum

contractual relationships), where these commitments are offered by the parties during the proceedings.

In the present case, the Commission had fulfilled this check, carefully assessing the less restrictive commitment, presented jointly by the two companies but opposed by the twenty-one opposing third-party undertakings during the market test, because it considered inappropriate for resolving the anti-competitive concerns set out in the preliminary assessment.

The Court stated: "*Since the Commission is not required itself to seek out less onerous or more moderate solutions than the commitments offered to it, as was observed in paragraphs 40 and 41 above, its only obligation in the present case in relation to the proportionality of the commitments was to ascertain whether the joint commitments offered in the proceedings initiated under Article 81 EC were sufficient to address the concerns it had identified in the proceedings initiated under Article 82 EC. As the Advocate General observes in point 80 et seq. of her Opinion, the Commission concluded, after taking note of the results of the market test it had conducted, that the joint commitments were not appropriate for resolving the competition problems it had identified*"[50].

The latter clarification is especially important. The Court of Justice does not limit the ability of the Commission to judge all the commitments offered by the parties and to choose, amongst them, the measure which appears the least restrictive in the context of the undertakings, but on condition that such measures are suitable to resolve the competition concerns shown in the preliminary deed. Therefore, proportionality is applied in the choice between the various commitments offered by the undertakingsand and it is not negated by the Court, but rather "attenuated". On the basis of this observation, recent doctrine has

[50] Point 61 of the decision.

Copyleft – Ius Publicum

established the "salami tactics"[51]. The parties, rather than offering the Commission only two commitments, should formulate a wide series of alternatives, amongst which the Commission could choose the least restrictive. In truth, the same doctrine which proposes this theory also points out its limits[52]. The presentation of a wide range of commitments would increase the discretional capabilities of the Commission, would restrict the range of challenges of the undertakings and would not resolve the "deficit" in the protection of the partner of the undertaking which offered commitments.

With regard to the latter's position, one cannot fail to note that the decision of the Commission to make the commitments binding does not result in the contract automatically becoming null and void and "*does not mean that the other undertakings are deprived of the possibility of protecting the rights they may have in connection with their relations with that undertaking"*[53].

In conclusion, the Commission, by accepting the commitments and making them binding, is acting as administrative authority that protects competition; it does not relinquish its role as Authority. It undertakes to carry out an accurate test of proportionality on the suitability of the commitment (offered by the undertakings and the expression of their widest possible autonomy, which shall be acknowledged, above all in terms of antitrust) to terminate the anti-competitive behaviour, to the advantage of all the third parties who are present in the market (competitors, new businesses, consumers). The decision of the Commission does not have direct repercussions on the downstream contract and cannot relieve the undertaking – subject to proceedings – from assuming the civil

[51] F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law*", cit., page 937 et seq.

[52] F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Arosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law*", cit., page 937 et seq.

[53] Point 49 of the decision.

Copyleft – Ius Publicum

liability linked to contractual non-fulfilment. The decision of the Court, in my opinion, constitutes the point of arrival in the development of antitrust protection, which has attempted a difficult balancing between the freedom of undertakings to act (and even react after the start of proceedings) and the antitrust function intended as *"protection of public interest, undertakings and consumers"*.

The commitments are aligned, without replacing them, with the powers originally attributed to the Commission. The undertakings can decide to propose the remedies needed to terminate the presumed anti-competitive behaviour to the Commission, with the sole insuperable limit of having to choose the remedy suitable for eliminating the infringement (and suitability is one of the components of proportionality). All this suggests a consensual reconstruction of the commitments. The undertakings can decide for themselves the extent of offering any measures which they consider necessary to terminate the anti-competitive behaviour subject to investigation. This is done without ending the function of the Commission who are tasked with rigorously checking the commitments' suitability for removing the anti-competitive behaviour subject to investigation. Both the Commission and the undertakings work "side by side". The Commission can suggest suitable amendments for acceptance of the commitments to the undertakings.

4. THE NATURE OF COMMITMENTS: LEGAL RULING OR CONTRACT? THE AGREEMENTS PURSUANT TO ARTICLE 11 OF LAW 241/1990 IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

The thesis proposed by the Court of Justice, is worth repeating. It leverages the voluntary nature of the presentation of the commitments, and seems to tend towards a consensual reconstruction of the institution, standing halfway between public-law and

Copyleft – Ius Publicum

contract-law paradigms. As this does not exactly respond to the characteristics of one or the other law, it has been seen as a sort of "hybrid"[54].

In truth, Italian statute law could help in this dogmatic uncertainty of the institution, by recalling the framework of the commitments within the more general scenario of the agreements, mentioned in article 11 of Law No 241/1990[55].

As a matter of fact, the commitments can be hardly framed in the category of private-law contracts, not because of the power differences between the Commission and

[54] F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law*", cit., p. 933.

[55] The rule states: "1. *In acceptance of the observations and proposals presented pursuant to article 10, the administration can conclude, without prejudice to third party rights and in any case in pursuit of the public interest, agreements with the interested parties in order to determine the discretionary content of the final ruling, or in replacement thereof. 1.bis. In order to encourage the conclusion of the agreements covered at paragraph 1, the person heading the proceedings can prepare a calendar of meetings to which he may invite, separately or at the same time, the recipient of the ruling and any opposing parties. 2. The agreements covered in this article must be stipulated, on pain of nullity, in a written deed, unless the law provides otherwise. To these are applied, where not otherwise provided, the principles of the civil code in matters of obligations and contracts insofar compatible. 3. The agreements replacing the provisions are subject to the same controls set out for the latter. 4. For reasons of public interest the administration withdraws unilaterally from the agreement, except for the obligation to deal with the settlement of compensation in relation to any prejudices occurring to the detriment of the private interest. 4-bis. As a guarantee of the impartiality and the proper performance of the administrative action in all cases in which a public administration concludes agreements in the cases set out at paragraph 1, the stipulation of the agreement is preceded by a decision of the body which will be competent for the adoption of the ruling".* In favour of placing this case under article 14ter in that of the agreements, governed in general terms by article 11 1. No 241/1990, see V. CERULLI IRELLI, *"Consenso" e "Autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza"* in *20 anni di Antitrust*, cit., p. 325; L. DE LUCIA - M. MINERVINI, *Le decisioni con impegni*, cit., 525; M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust"*, cit., p. 283 and A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2008, p. 173; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit., p. 503.

Copyleft – Ius Publicum

the undertakings[56], but rather because of the different role which the Authority fulfils.

The latter, in deciding over the acceptance or denial of the commitments, does not question its own judicial sphere of action, but rather acts within its public interest duty directly granted by law. It acts as an "authority" that exercises a special administrative "multi-regulation" power over other parties' judicial sphere without acting within its own sphere of private autonomy[57].

In other words, the binding aim of pursuing public interest, which governs the formation of the commitment, precludes us from considering it as a mere private-law contract[58].

After all, sub-commitment procedures are strictly dependent on and linked to the ordinary finding proceedings. Offering of commitments is part of the ordinary proceedings[59]. This tight dependency supports the thesis of exercising administrative powers also in commitment procedures. In fact, while it is beyond doubt that the Antitrust body exercises, at the start of the antitrust proceedings, the function of market protection through exercising powers which distinguish it as an authority, similarly, this function is

[56] F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law"*, cit., p. 943.

[57] I wish to refer to the most accurate remarks in C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit., page 149 et seq.

[58] G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto,* Torino, 2003, pages 118-119, points out that the reiterated binding aim of the pursuit of public interest which governs the formation of the agreement constitutes the focal point of the entire institution. The author is critical of the doctrine and case law which consider that the binding aim also affects the public administration's private law cases; he also opposes this thesis by holding that the function of the effect of private law is either a merely superficial declaration which does not constitute a real limit, or it is hugely different from the function of administrative activity.

[59] C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit., p. 105 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

also necessarily exercised within the sub-proceedings, which start with a party's petition. This is all the more if one considers the interruptive effect which the first can cause on the second.

These arguments impose a publicistic frame to the present case which, therefore, cannot avoid the alternative between unilateral rulings and administrative agreements. Indeed, the answer largely depends on the nature of the proposed commitment, as advanced by the undertaking and accepted by the Authority. It is a question of establishing whether this proposal constitutes a mere assumption of a manifestation of will entirely ascribable to the Authority, or if the proposal is meant to "conform" this manifestation of will, contributing to its formation.

But when this occurs it is because the unilateral ruling widens the judicial range of the petitioner and conforms to a content typified by the ruling and not strictly limited to the type of proposal advanced. In the present case the effects are restrictive regarding the recipient, so that seen as a ruling we must think of an order (whether a command or a prohibition), whose content is not legally typified, outside the function being performed (the commitments must be "*such as to bring to an end the anti-competitive behaviour subject to investigation")*.

But this is not how the ruling frames the present case. It is not irrelevant that article 14 *ter* links this function to the commitments presented rather than to the act of the Authority. The said Authority is called upon not to impose performance *"so as to bring to an end competitive behaviour"*, but rather to assess *"the suitability of the commitments"* and to *"make them binding for the undertakings".*

So, these commitments are not, like other cases, beyond the mandatory content of an act, after all still unilateral, but they conform the possible content of the Authority's manifestation of will, as always happens when wills meet and proposals advanced by other parties are accepted. In other words the will of the private entity does not remain outside the function, but becomes part of the structure of a decision that certainly parallels the agreement concluded between the Antitrust and the undertaking which favours

Copyleft – Ius Publicum

"cooperation rather than competition"[60]. The Antitrust upholds the undertaking's proposal, thus supporting relationships based on agreed upon actions rather than unilateral decisions.

The private entity's will is thus essential and becomes part of this preceptive case's structure, so that it cannot be reduced to the role of a mere and inert supposition of an act of will which, by itself, constitutes the source of the effects produced.

Legislation does not say that the Authority can close the proceedings in advance during the preliminary investigation, imposing actions that bring the anti-competitive behaviour under investigation to an end. This task could not be envisioned by legislation, because this would have meant giving the Authority (inter alia based on summary proceedings) unlimited powers.

Should this be a unilateral ruling, it would have an atypical content, not even attributable to the power of issuing a warning (which follows the finding of the infringement), given that article 15 of the law circumscribes this power to an order to *"bring the infringements to an end".* Instead, the commitments' contents can be quite diverse and *"can bring the anti-competitive behaviour to an end"* with a wide range of interventions and obligations, which are not at all limited to the *"termination of the infringements".*

But this "*quid pluris*" can only arise from the participation and the intended content of the undertaking subject to the proceedings.

The proposal of commitment in fact "fills" the power of the Authority with content and places it beyond any criticism of unconstitutionality, because of its atypical nature, aggravated by the lack of any finding of infringement. Whereas the "unilateral ruling"

[60] G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici, diritto della concorrenza e funzioni dell'Autorità garante,* in *20 anni di Antitrust*, cit., p. 773.

Copyleft – Ius Publicum

would heavily impact on the judicial/economic area of other parties without any substantive supposition justifying it.

In fact, if one excludes each intended contribution of the undertaking from the circumstance constituting the limit, what would result is a punitive act, issued in a context where all the unfailing guarantees also required by the European Court of Human Rights[61] would be missing. This would actually prevent such a unilateral act from even legitimately coming to life. Instead, where the undertakings' contribution is valued, and where it commits to certain virtuous deeds, also the content of the obligations, as formally imposed by the Authority, assumes a different meaning. This framework of relationships is actually quite beneficial to the undertaking, because it is likely to cause less harm than the sanction.

Such outcome is typical of a process of formation of the source-act based on the *in idem placitum consensus*, that is, on the agreement of the parties rather than on the unilateral power of only one of them.

The "commitment", even in ordinary language, means an offer to provide burdensome services. Where these allow, if accepted, achieve an advantageous position, or avoid more taxing consequences. The decision of the Authority to make these commitments "binding" has the typical function (even if not the judicial garb)[62] of acceptance of proposal, which gives rise to the joining of intentions.

We are therefore faced with a case which, considered globally, can only be placed in the context of the administrative agreements pursuant to article 11 of Law 241/90.

[61] European Court, 8 June 1976, *Engel v. The Netherlands and the European Court*, 21 February 1984, *Ozturk v. Germany*, in *Riv. It., dir. Proc. Pen.*, 1985, 894; European Court, 23 November 2006, *Jussila v. Finland*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, p. 34. It emerges from this case that certain administrative sanctions can be considered criminal sanctions and consequently the sanctions proceedings must be observant of the many corollaries comprised in the principle of legality.

[62] See *infra* paragraph 5.

Copyleft – Ius Publicum

Whereas a unilateral and governing arrangement based on the Authority's decision appears in conflict with the role of the "commitments" presented by the undertaking, and with the aforesaid function of proposal of a shared relationship framework.

In addition, and for another salient reason, the commitment cannot be a unilateral act. All unilateral acts, on ex parte motion, do not exclude, even in the case of acceptance, that the ruling may be even just partly distinct from the motion itself. This occurs particularly where the case in question is not entirely constrained under applicable legislation: the power to at least introduce incidental elements (conditions, terms, tasks) in the public interest, without thereby altering the (wider-ranging) measure claimed, still stands[63].

The Authority is precluded from this. In fact, notwithstanding that its power is anything but prescriptively outlined in a binding way, the Authority is not allowed, in the case of acceptance, to distance itself from the proposal (or better from the latest proposal, after the intense negotiations referred to in the preceding chapter). The discretion of the antitrust authority ceases when it meets the solid barrier of the undertakings' freedom to decide the content of the commitment.

[63] See the recent T.A.R. della CAMPANIA, Sect. II, 2 April 2009, No 1277, in *Foro amm.*, 2009, p. 1201, which stated "*the constant doctrinal orientation on this point shows that such clauses (referred to the discretion of the administration) can be imposed at the discretion of the administrative authority, provided this does not alter the nature and the typical function of the act and does not harm the legal positions of the recipients, further clarifying that no incidental, impossible and unlawful elements are admitted which will be considered as not imposed. It is also noted that, these being clauses expressing administrative discretion, they are not permitted in a case where no discretion is given to the administrative authority in the matter [quid]":* Consiglio di Stato, Sect. IV, 23 January 1984 No. 23 in Consiglio di Stato, 1984, p. 10: *"the addition of accession clauses or incidental elements (this also includes the condition) to the administrative deed is still possible every time this is not forbidden by law or it appears incompatible with the nature and characteristics of the ruling".*

Copyleft – Ius Publicum

The power of the antitrust authority to make only the commitments proposed by the undertakings binding, without any chance of altering the content, has been upheld by the Consiglio di Stato[64].

This power is thus characterised by a precise and negative limit. The Authority cannot make other commitments, other than those offered by the party, binding, as there with it would betray the undertaking's intent, clearly expressed.

Again, this is typical of an agreement and not of a unilateral act, because only the agreement (but not the unilateral act) stems from the wishes of both parties and the perfect coincidence of their aims. So that neither of the two, not even a Public Authority, can move away from the proposal, after acknowledging that it can and must accept it[65].

This confirms that the institution stands in the category of agreements pursuant to article 1 of Law 241/ 1990. With the clarification, however, that this is still a special case, in that it presents some derogating connotations.

[64] Consiglio di Stato sect. VI, 19 November 2009, n. 7307, cit. The Consiglio di Stato maintains that *"the imposition of obligations on the undertaking postulates that the commitments are exactly those which the undertaking has proposed, as the Authority cannot add other obligations besides what the undertaking declared being ready to accept. In other words, the administration exercises a discretionary power in the assessment of the proposed commitments, but where it considers that these commitments are suitable for terminating the competitive behaviour that caused the finding procedure, it shall stop the proceedings and make the commitments binding without the possibility of supplementing what the undertaking previously envisioned and agreed upon. The Authority has the power to assess the commitments proposed as satisfactory or unsatisfactory for the purposes of competition and market protection, as institutionally appointed, but if it assesses the commitments as satisfactory, it stops the proceedings and makes these commitments, but no others, binding, whereas in the opposite case it pursues the proceedings aimed at finding the infringement* ".

[65] Please refer to what was recently declared by the TAR della Toscana, sect. II, 30 December 2011, n. 2077 in *www.giustamm*, which, precisely because of the presence of an administrative agreement, decided to forbid a unilateral amendment to the contractual riders.

Copyleft – Ius Publicum

5. NECESSARY LIMITS OF APPLICATION OF THE INSTITUTION

At this point we need to mention the limits of application of the institution, as can be acknowledged at a national level. These limits have not been systemically enunciated in recent Commission interventions[66]. In fact, European law has set out (with the thirteenth recital of Regulation No 1/2003) a single, primary, limit to the application of the institution. Hard-core cartels that is to say arrangements, between several independent producers of certain goods and services, aimed at establishing measures tending to limit competition in their market, by undertaking to fix pricing or share the markets between themselves.

The interpretational memorandum of article 9 of Regulation No 1/2003, and the examination, in concrete terms, of the cases where the Commission has accepted commitments, confirm that the limit to the acceptance of the commitments concerns hard-core restrictions.

But this limit does not appear sufficient to ensure legal certainty, which appears undermined by the use of the commitments instrument when novel legal issues arise. In fact, the commitment procedure impedes the Commission from finding the infringement and the undertakings from using this assessment to understand the effective anti-competitive reach of the behaviour.

The doctrine[67], specifically with references to cases involving novel legal issues, has cast light on *"the main criticism against the hands-off approach of the ECJ in Alrosa is that the severely limited judicial review of commitment decisions may result in a vicious*

[66]F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law"*, cit., 929.

[67]F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Arosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law"*,cit., p. 929.

Copyleft – Ius Publicum

circle: legal uncertainty about outcomes in the infringement procedure makes commitment decisions attractive for undertakings. The resulting decrease in the number of infringement decisions breeds further legal uncertainty about what the law demands. This results in an even greater demand for commitment decisions and accordingly fewer infringement decisions. Lacking authoritative statements of the law, undertakings look to previous commitment decisions and non-binding guidelines to estimate the threat points in the bargaining process. This reliance on "quasi case law" increases the Commission's discretion in future negotiations. The Commission, in turn, accommodates the increased demand for commitment decisions so as to profit from the increased discretion it enjoys, for example in framing proactive remedies".

So, neither in the *Best Practices for the conduct of proceeding concerning Arts. 101 and 102 TFUE*[68], nor in the *Antitrust Manual of Procedures* of March 2012[69], does one find limitations of some sort, which instead emerge in the most recent Italian case law.

In Italian law the proceedings which lead to the acceptance or rejection of the commitments presented by the parties highlight the importance of the will of the undertakings. It is through these commitments, that undertakings renounce defending themselves in the ordinary finding proceedings and submit the measures (shaped during negotiation) aimed at solving the anti-competitive circumstances to the judgement of the Authority.

Similarly, the Authority's assessment of the suitability of the commitment to solve the anti-competitive concerns subject to the investigation also occupies a central position. This does not remove the role of the Authority, called upon to carry out its core mission of

[68] Commission Notice of Best Practices for the conduct of proceeding concerning Arts. 101 and 102 TFUE, O.J. 2011, C308/6.

[69] Commission, Antitrust Manual of Procedures of March 2012.

Copyleft – Ius Publicum

protecting the market. As case law[70] and doctrine[71] have both recorded, the Autority therefore conducts a careful examination of the commitments proposed by the private entity from two different angles. Firstly, it carries out an assessment of technical suitability of the obligations assumed for resolving the problem identified in the preliminary assessment. Secondly, it evaluates the advisability of resolving the specific case through acceptance of commitments, taking into consideration any need to opt for an infringement decision.

In fact, administrative case law[72] has remarked, with regard to incorrect commercial practices, that "*the Authority therefore is called upon to assess – in exercising highly discretionary powers – not only the suitability of the corrective measures proposed for bringing the illegal behaviour to an end, but also the existence of an important public interest in the finding of any infringement*".

These very arguments can be deemed as valid also for commitments in matters of abuse of dominant position.

From the rulings of the Authority and later decisions of administrative judges, it is possible to understand the criteria the Authority adopted regarding its discretion in accepting or rejecting the commitments. This provides a track to the commentator.

The key public interest, referred to in the decision, can be identified as a) in the need to establish principles covering an unusual case, or a changed market arrangement[73]

[70] T.A.R. del LAZIO, Sect. I, 19 May 2010, n. 12281 in *giustizia-ammministrativa.it;* T.A.R. del LAZIO, Sect. I, 18 January 2011, n. 396, in *www.giustizia-amministrativa.*

[71] A. CATRICALA'- A. LALLI, *L'Antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento,* Milano, 2010, p.32.

[72] T.A.R. del LAZIO, Sect. I, 18 January 2011, n. 396, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[73] After all, also in the American system, although with some changes already described, it was noted (G. FAELLA *Decisions of acceptance of the commitments, consent orders and consent decrees: antitrust and the limits of power,* cit. 1) that *"the choice regarding the negotiated closure of the proceedings falls to the FTC, which can*

Copyleft – Ius Publicum

and b) in the existence of an interest on the part of the Authority to impose a fine (having a deterrent and warning function for market operators).

In the first place, the closure of the commitment procedure precludes the finding of anti-competitive circumstances, so that it is evident that faced with circumstances never before taken into consideration by the Authority, or changes in the market situation, it is appropriate to reject the commitment offered by the party and to continue with the ordinary finding proceedings.

In the second place, with regard to the limits of discretion in more serious cases, where a fine serves as a warning, it appears that since its initial decisions in this matter (in particular the *Producers of marine paints* ruling[74],whose argumentation was later fully upheld by the Consiglio di Stato)[75] the AGCM was inclined to consider that decisions making commitments cannot be adopted in relation to horizontal cartels vulnerable to sanctions.

The reason for this exclusion, according to the Authority, is identified in the need not to impede the effectiveness of the leniency programmes. These are conceived as the right instruments for bringing out and finding these horizontal agreements and for combatting them. Above all, howewer, they are to observe the canons of European case law, which has been sustaining for many years that it was impossible for the Commission to accept commitments covering secret horizontal cartels.

decide to pursue the investigations notwithstanding the offer of adequate corrective measures, where it considers it preferable to reach a court solution for reasons of public interest (including for example the need to clarify the interpretation of the antitrust laws in a doubtful or novel case)".

[74] AGCM, Ruling 16151 of 15 November 2006, in *www.agcm.it.*

[75] Consiglio di Stato, Sect. VI, 29 December 2007, n. 14157, in www.*giustizia-amministrativa.it.*

Copyleft – Ius Publicum

Therfore, in its decision of 2 March 2009, *Producers of wooden chipboard panels*[76], the Consiglio di Stato had a chance to further confirm the conclusions which had been reached by European case law. In particular, the it judged that, in the light of the principles affirmed at European level *"given that the national Authority is required to proceed with the same standards as the parameters set out in the European context, where the said Authority is considering imposing a financial administrative sanction in consideration of the type and scope of the agreements it can correctly reject the commitments, without being required to observe further motivating obligations".*

In this context and in the judgement of the Consiglio di Stato, the reference in the ruling to the parameter of the gravity of the *agreement* is *"by itself, only adequate to justify the rejection of the commitments" inasmuch as "acceptance of the commitments is not advised in cases of agreements which appear, at the time when the decision is to be taken, of significant gravity (so-called hard-core infringements)".*

Also the TAR del Lazio, in its decision of 2 December 2009, No. 12319 regarding the case of the price list for pasta[77], reaffirmed the full legitimacy of the Authority's action which, *"in exercising its own discretion, considers inadvisable accepting the commitments where it intends to impose a financial fine, that is to say in cases of agreements which, at the time of adoption of the decision on the commitments, seem to be of such gravity that acceptance of the commitments would deprive the sanction of its deterrent force".* Faced with this argument, the first instance judge concluded that *"the perception of the gravity of the agreements constitutes a correct parameter on which to effect, rebus sic stantibus* [in these circumstances], *the assessment relating to the acceptance or rejection of the commitments proposed",* and that *"the presence of serious restrictions on competition*

[76] AGCM, Ruling 16835, *Producers of chipboard panels in wood*, of 17 May 2007, in *Bollettino* n. 20 of 2007.

[77] AGCM, Ruling 17681 of 5 December 2007, in *Bollettino* n. 26 of 2007.

Copyleft – Ius Publicum

arising from a secret horizontal cartel (hard-core infringements) itself constitutes a sufficient reason to reject the commitments, consistent with community guidelines".

In light of the above, it is immediately obvious that the commitments instrument is particularly effective in cases of abuse of dominant position, with the necessary exclusion, which has recently emerged in the European context, of those cases where the abuse is perpetrated by means of particularly invasive behaviour that impacts other parties running their own businesses[78].

The rulings of the Authority so far examined and the decisions of the administrative judges seem to confirm the impossibility of accepting commitments in case of agreements restricting competition, where these agreements are horizontal or concern pricing. But then again there are cases in which the Authority has deemed commitments acceptable even with agreements falling in such categories[79]. These circumstances are worth being examined, because it can be assumed that in these cases the Authority has not observed the limit which it has itself repeatedly affirmed in its rulings and which arises from European law.

One such ruling concerned the "Abi/Co.ge.ban" Banking Agreements[80],where the commitments proposed by the parties that had implemented an agreement on the interbank fees charged to customers were considered acceptable, limiting the independence of the banks in determining their pricing policies. A similar case was the ruling concerning the Order of Veterinary Surgeons of Turin[81],where the Authority accepted the commitments

[78] Please refer to the quoted point *Guidelines on the priorities of the Commission in the application of article EC 82 to the excluding practices*,

[79] For a critical observation see L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni*, cit., p. 247.

[80] AGCM, Ruling 16709, cit.

[81] AGCM, Ruling 16500, cit.

Copyleft – Ius Publicum

proposed by the parties in a case where a horizontal cartel was apparent, albeit this time without secrecy. (This makes it perhaps less blameworth than if secret). It is clear that the distinctiveness of this professional activity tends to neutralise the secrecy of the agreements.

Indeed, these rulings appear to go beyond the dividing line between a legitimate act by the Authority, which has the discretion to make the commitments presented by the parties binding, and an unlawful act, inasmuch as it is in breach of the European guidelines that the Authority is required to comply with.

In fact, the picture emerging from European law has shown that the Commission not only advises against the conclusion of commitments in the cases it considers the most serious, namely the agreements on pricing or on market sharing, but that it has also progressively considered such commitments as forbidden. The evolution of the European protection system, with its intention to take into consideration (so as to assess any unlawfulness of behaviour by an undertaking) the effects of behaviour on the end consumers, and which considers agreements on minimum pricing and on market sharing as inherently forbidden, could only and without any doubt decisively exclude the hard-core agreements from the application of commitments.

For all the other cases, a discretionary assessment by the Authority will be necessary in order to compare the request for a commitment presented by the undertaking with the existence of a substantial public interest in the continuation of the finding judgement. This public interest can subsist, for example, apart from serious cases other than the ones above recalled, also where the complexity of the case could suggest continuing with the finding judgement.

In these cases national case law could set the example for the actions of the Commission, also restraining it from accepting commitments in all novel cases under antitrust law.

This being said, and in conclusion, we cannot avoid mentioning the limits of the institution and its being necessarily complementary to the sanction. The Authority must

Copyleft – Ius Publicum

"find" every time it has to examine cases that require a meticulous assessment whether they be novel, serious[82]or complex cases. The commitments cannot replace the original antitrust protection instruments but can only coexist with them. They can be chosen to protect public interest *"by offering the advantage of being also accepted by the private parties concerned and therefore providing stability in their regard"*[83].

[82] And not only in the cases of hard-core cartels. In fact the Authority could decide towards not accepting commitments in the cases such as the ones above recalled (chapter 1, paragraph 5) and identified in the recent Communication on the excluding abuses, point 22. That is, all those cases where it is possible to do without a detailed assessment of the anti-competitive impact of the excluding behaviour: where the dominant undertaking impedes its own producers/customers from using the competitive products, grants them financial incentives on condition that they do not use the competitive products or pays a distributor to delay the market entry of a competitive product.

[83] V. CERULLI IRELLI, "*Consenso" e "autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza*, cit., p. 344.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

ENVIRONMENTAL LEGISLATION

ANNUAL REPORT - 2012 - SPAIN

(March 2013)

Prof. Blanca LOZANO and Diana COGILNICEANU

INDEX

1. DECREE 278/2011, OF 27 DECEMBER, REGULATING FACILITIES CARRYING OUT POTENTIALLY POLLUTING ACTIVITIES

2. DECREE 5/2012, OF 17 JANUARY, REGULATING THE INTEGRATED ENVIRONMENTAL AUTHORIZATION AND AMENDING THE DECREE 356/2010, OF 3 AUGUST, WHICH REGULATES THE UNIFIED ENVIRONMENTAL AUTHORIZATION

3. DECREE 6/2012, OF 17 JANUARY, APPROVING THE REGULATION ON PROTECTION AGAINST NOISE POLLUTION IN ANDALUSIA, AND AMENDING THE DECREE 357/2010, OF 3 AUGUST, WHICH APPROVES THE REGULATION ON THE PROTECTION OF THE QUALITY OF THE NIGHT SKY FROM LIGHT POLLUTION AND ESTABLISHES ENERGY-SAVING AND ENERGY EFFICIENCY MEASURES

4. ROYAL DECREE 455/2012, OF 5 MARCH, ESTABLISHING MEASURES AIMED TO REDUCE THE AMOUNT OF PETROL VAPOUR EMITTED TO THE ATMOSPHERE DURING THE REFUELLING OF MOTOR VEHICLES AT SERVICE STATIONS

Copyleft – Ius Publicum

5. DECREE 73/2012, OF 20 MARCH, APPROVING THE ANDALUSIAN REGULATION ON WASTE

6. ROYAL DECREE-LAW 17/2012, OF 4 MAY, ON URGENT ACTIONS ON ENVIRONMENTAL MATTERS

7. DECREE 141/2012, OF 21 JUNE, APPROVING THE FRAMEWORK REGULATION OF THE PUBLIC SERVICE OF SANITATION AND WASTEWATER TREATMENT OF GALICIA

8. DECREE 112/2012, OF 26 JUNE, ON THE PRODUCTION AND MANAGEMENT OF CONSTRUCTION AND DEMOLITION WASTE REGULATION

9. REGULATION (EU) N.º 649/2012, OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, OF 4 JULY 2012, CONCERNING THE EXPORT AND IMPORT OF HAZARDOUS CHEMICALS

10. DIRECTIVE 2012/19/EU, OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, OF 4 JULY 2012, ON WASTE ELECTRICAL AND ELECTRONIC EQUIPMENT (WEEE)

11. DECREE 213/2012, OF 16TH OCTOBER, ON THE AUTONOMOUS´ COMMUNITY OF THE BASQUE COUNTRY NOISE POLLUTION

Copyleft – Ius Publicum

1. DECREE 278/2011, OF 27 DECEMBER, REGULATING FACILITIES CARRYING OUT POTENTIALLY POLLUTING ACTIVITIES

The Decree 278/2011 is applicable to all facilities carrying out potentially polluting activities located in the Autonomous Community of the Basque Country, regulating their construction, assembly, exploitation, transfer or substantial modification, according to the Annex I of the Royal Decree 100/2011, of 28 January, which updates the Potentially Polluting Activities Catalog and establishes the main provisions for its application. The administrative authorization will be granted for a maximum period of eight years, after which it will automatically renew for successive periods. Those facilities that have an environmental management system certified by EMAS may adapt to the Royal Decree until January 30th, 2015. The applicable rules on penalties are the ones contained in the legislation on air quality and protection of the atmosphere, or in the General Law on Environment Protection of the Basque Country.

2. DECREE 5/2012, OF 17 JANUARY, REGULATING THE INTEGRATED ENVIRONMENTAL AUTHORIZATION AND AMENDING THE DECREE 356/2010, OF 3 AUGUST, WHICH REGULATES THE UNIFIED ENVIRONMENTAL AUTHORIZATION

Published in the Official Gazette of the Andalusian Regional Government (BOJA n.º 18, of 27 January, 2012), the Decree 5/2012 regulates the submission of public or private facilities to the Integrated Environmental Authorization, located in the Autonomous Community of Andalusia, and develops some or part of the activities described in the Annex I of this Decree, regarding their construction, exploitation or transfer, as well as their substantial or partial modification.

The Integrated Environmental Authorization will aim to prevent, reduce and control the atmosphere, water and soil pollution; the efficient use of the energy, raw materials and

Copyleft – Ius Publicum

landscape; to integrate into a single administrative resolution the pronouncements, decisions and authorizations regulated by the Law 16/2002, of 1 July, on Integrated Pollution Prevention and Control, including the municipal waste authorization.

The entire procedure will have a maximum duration of ten months; the silence will be interpreted as a refusal. The Integrated Environmental Authorization will be granted for a maximum period of eight years and will be effective from the date of its notification.

3. DECREE 6/2012, OF 17 JANUARY, APPROVING THE REGULATION ON PROTECTION AGAINST NOISE POLLUTION IN ANDALUSIA, AND AMENDING THE DECREE 357/2010, OF 3 AUGUST, WHICH APPROVES THE REGULATION ON THE PROTECTION OF THE QUALITY OF THE NIGHT SKY FROM LIGHT POLLUTION AND ESTABLISHES ENERGY-SAVING AND ENERGY EFFICIENCY MEASURES

This Decree applies to any infrastructure, facility, machinery or construction project, public or private, carried out in the Autonomous Community of Andalusia that produces or may produce acoustic pollution, caused by noise or vibration, except military activities, domestic activities producing noise pollution within the limits established in municipal regulations and in the workplace.

The City Halls shall determine the acoustic sensitivity areas and drawn noise strategic maps, depending on predominant soil use, current or future. As regards public entertainment and recreation establishments, will not be allowed sound pressure levels higher than 90 dBA, except when is placed, at the entrance, a warning that the noise levels can cause permanent damages in hearing function.

Copyleft – Ius Publicum

4. ROYAL DECREE 455/2012, OF 5 MARCH, ESTABLISHING MEASURES AIMED TO REDUCE THE AMOUNT OF PETROL VAPOUR EMITTED TO THE ATMOSPHERE DURING THE REFUELLING OF MOTOR VEHICLES AT SERVICE STATIONS

The Royal Decree 455/2012 establishes the obligation of service stations to provide a system to reduce the amount of petrol vapour emitted to the atmosphere during the refuelling of vehicles, as well as the corresponding verification and monitoring procedures. The Royal Decree will be applied to new or existing service stations, whenever their actual or intended throughput is greater than 500 m3 /year, or their actual or intended throughput is greater than 100 m3 /year and it is situated under permanent living quarters or working areas.

However, these rules shall not apply to service stations exclusively used in association with the construction and delivery of new motor vehicles. This way, all service stations that have installed the Stage II petrol vapour recovery system shall inform about that the consumers and the Autonomous Community´s competent Body, indicating the exact type of the installed system.

The monitoring of each petrol vapour capture efficiency system will be carried out by an authorized Inspection Body at least once a year. The penalty system is the applicable under the Industry Law 21/1992, of 16 July (Title V) and under the Law 34/2007, of 15 November, on Air Quality and Protection of the Atmosphere.

5. DECREE 73/2012, OF 20 MARCH, APPROVING THE ANDALUSIAN REGULATION ON WASTE

The Decree entered into force after a month of its publication in the Official Gazette of the Andalusian Regional Government (BOJA n.º 81, 26 April 2012). It establishes the legal regime applicable to the waste production, possession and management, generated in the

Copyleft – Ius Publicum

Autonomous Community of Andalusia, as well as the waste generation and its reuse, recycling and other forms of waste recovery. It means that the waste deposition in landfill will be only accepted when there are no other viable options. Instead, this Decree does not apply to the emissions to the atmosphere, to uncontaminated excavated soils, to decommissioned explosiveseur and radioactive waste, etc.

As regards waste management, are subject to administrative authorization, granted by the competent Regional Government Ministry: the plants responsible for waste recovering and disposing; the entities carrying out waste treatment operations; the shipment of waste from or to other EU country; and the deposition in landfill of waste not submitted previously to a recovery operation.

6. ROYAL DECREE-LAW 17/2012, OF 4 MAY, ON URGENT ACTIONS ON ENVIRONMENTAL MATTERS

This Royal Decree-Law has approved the environmental urgent actions to be taken in Spain, in order to simplify and streamline the former procedures. The legal actions are directed to standardize the rules applicable to underground waters and the Natural Heritage and Biodiversity, as well as waste and contaminated soils.

In the field of water management, this Royal Decree-Law establishes actions designed to achieve a more appropriate use of water, employing a more effective and coordinated management scheme for the bodies of groundwater ante their proper maintenance. The Royal Decree-Law also reinforces the sanctioning powers of the Ministry of Agriculture, Nature and Food Quality, which ranges between ten thousand and one million Euros.

As regards the protection of the natural heritage, the Royal Decree-Law 17/2012 modifies the Law on Natural Heritage and Biodiversity, in order to unify in a single legal instrument all the protection and planning mechanisms, avoiding, this way, their overlap. It also modifies the Law on Waste and Contaminated Soils, simplifying and reducing the formal procedures (such as the waste shipment notifications), as to improve the recycling habits

Copyleft – Ius Publicum

and the application of the mandatory deposit and return system (SDDR). The collective systems on extended producer responsibility are subject to obtain an administrative authorization granted by the Autonomous Community in which the company has its registered office. This authorization has validity in all the Spanish territory. The sanctioning powers of Local Bodies will only be exercised regarding the waste collected and managed in their territory.

The Royal Decree-Law modifies, as well, the Spanish Securities Market Law, as to adapt it to the new European CO2 emission trade system. The first auction took place in 2012; Spain auctioned more than 10 million emission rights.

7. DECREE 141/2012, OF 21 JUNE, APPROVING THE FRAMEWORK REGULATION OF THE PUBLIC SERVICE OF SANITATION AND WASTEWATER TREATMENT OF GALICIA

This Decree, entered into force the 26th of July 2012, aims to regulate the Public Service of Sanitation and Wastewater Treatment of Galicia, regardless the competent Administration and the used management system. This way, are obliged to obtain a waist license to discharge into the public system of Sanitation and Wastewater Treatment non-domestic users whose activity is included in the corresponding headings of the CNAE-2009, those non-domestic users whose discharge is higher than 2,000 cubic meters annually, as well as those users with a volume of waste less than 2,000 cubic meters annually, all of them producing a special pollution, according to the terms of the Galician Water Law 9/2010.

Each user must take appropriate actions to prevent accidental discharges of waste that could be potentially dangerous to people's health or the safety of Sanitation and Wastewater Treatment installations.

As regards the system of infringements and sanctions applicable to discharges into the public service of Sanitation and Wastewater Treatment, and the precautionary measures, the Decree refers directly to the Galician Water Law 9/2010, of 4 November. The assessment

Copyleft – Ius Publicum

of the damage caused to hydraulic works will be carried out by authorized managing body, determined upon the operating costs and, where appropriate, the replacement of those hydraulic works.

8. DECREE 112/2012, OF 26 JUNE, ON THE PRODUCTION AND MANAGEMENT OF CONSTRUCTION AND DEMOLITION WASTE REGULATION

The Decree entered into force the 4th of September 2012, aiming to establish the legal regime applicable to the production and management of the construction and demolition waste in the Autonomous Community of the Basque Country, not applicable to waste resulting from prospecting, extraction, treatment and storage of mineral resources, as well as quarrying.

The Decree compels the City Halls to demand from the applicants to provide a bond to ensure the appropriate management of the construction and demolition waste, as a condition to obtain the urban licenses. On the other hand, the applicants who have the intention to execute the construction or demolition works shall submit to the owner a detailed plan, describing the fulfillment of the legal obligations regarding the construction and demolition works during the execution of the works.

9. REGULATION (EU) N.º 649/2012, OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, OF 4 JULY 2012, CONCERNING THE EXPORT AND IMPORT OF HAZARDOUS CHEMICALS

This EU Regulation is applicable to certain hazardous chemicals subject to the international prior informed consent (PIC) procedure, to certain dangerous chemicals that are banned or severely restricted within the EU or a Member State, and to exported chemical products, in terms of their classification, labelling and packaging.

Copyleft – Ius Publicum

In short, the operating methods implemented by this EU Regulation consists than when an exporter / importer is willing to export / import for the first time a chemical regulated by this EU Regulation, he will have to send a specific notification to the designated national authority of that Member State, within 35 days before the date of export.

10. DIRECTIVE 2012/19/EU, OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, OF 4 JULY 2012, ON WASTE ELECTRICAL AND ELECTRONIC EQUIPMENT (WEEE)

Entered into force the 13th of August 2012, this EU Directive lays down measures to protect the environment and human health, by preventing or reducing the adverse impacts of the generation and management of waste from electrical and electronic equipment (WEEE) and by reducing overall impacts of resource use and improving the efficiency of such use.

By the other hand, this Directive shall not apply to equipment necessary for the protection of the essential interests of the security of Member States (arms, munitions and war material intended for specifically military purposes); equipment which is specifically designed and installed as part of another type of equipment that is excluded from or does not fall within the scope of this Directive, which can fulfill its function only if it is part of that equipment; filament bulbs; and others.

Member States shall ensure that producers or third parties acting on their behalf set up systems to provide for the recovery of WEEE using best available techniques, and shall remit each three years to the Commission a report regarding the due compliance of the EU Directive on national level.

Member States shall prohibit the removal of separately collected WEEE that have not been yet treated, and shall ensure that the collection and transport of WEEE collected separately are carried out in optimal conditions to aloud the reuse, recycling and confinement of dangerous substances.

Copyleft – Ius Publicum

11. DECREE 213/2012, OF 16TH OCTOBER, ON THE AUTONOMOUS´ COMMUNITY OF THE BASQUE COUNTRY NOISE POLLUTION

This Decree establishes the legal rules to prevent, reduce and monitor the noise pollution, as to prevent and reduce the damage and discomfort which may be generated to human health, goods or the environment, as well as the establishing of mechanisms capable to improve the acoustic environmental quality in the Autonomous Community of the Basque Country. The Decree also regulates the legal requirements planned to protect new buildings.

Are subject to this Decree the road, rail and port infrastructures submitted to regional or provincial competition; the activities and works subject to licensing, authorization, prior communication or statement of responsibility; the urban roads and public works.

On the contrary, are excluded from its application the military activities; the pollution produced in a workplace; the road, railway, port and airport infrastructures submitted to State competition; and the domestic works and neighborhood behaviors.

All the City Halls of more than 10,000 inhabitants shall elaborate a noise map, to be able to evaluate the noise levels detected in their territory, identifying the relevant acoustic sources. The authorities in charge to elaborate noise maps will have to approve the Plans of Action within the period of one year from the adoption of each noise map

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

IL PRINCIPIO AUTONOMISTA NEL REGIONALISMO ITALIANO

REPORT ANNUALE - 2013 - ITALIA

(Aprile 2013)

Dott. Alessandro CANDIDO

INDICE

1. PREMESSA
2. DAL RISORGIMENTO A STURZO
3. IL PERIODO DELLA COSTITUENTE
4. I PRIMI TENTATIVI DI ATTUARE IL REGIONALISMO: GLI ANNI '50-'70
5. GLI STRUMENTI DI RACCORDO STATO-REGIONI NEL PREVIGENTE TITOLO V DELLA COSTITUZIONE
6. IL PRINCIPIO DI AUTONOMIA REGIONALE DOPO LE RIFORME DEL 1999-2001
7. ALCUNE CONCLUSIONI

Copyleft – Ius Publicum

1. PREMESSA

Sin dal Risorgimento il regionalismo è stato considerato un fattore di squilibrio politico e istituzionale, sia per il timore di un'eventuale compromissione dell'unità nazionale ma, più significativamente, per via della radicata diffidenza che i partiti politici, nelle varie fasi della storia, hanno nutrito verso i modelli che non risultino ben controllabili dal centro.

A tal proposito, basti pensare: all'intenso dibattito svoltosi in Assemblea Costituente sul tipo di Stato da adottare (1946-1947); alla lunga fase di inattuazione del regionalismo (1948-1970); al periodo del «regionalismo senza modello»[1] (1971-1998); da ultimo, al momento attuale (1999-oggi), in relazione al quale può dirsi che il regionalismo sia tuttora un'entità dai lineamenti sfuggenti[2]. Esso, dunque, resta ancora oggi alla ricerca di un valido modello, come dimostra il fatto che, a seguito delle riforme costituzionali del 1999 e del 2001, le esigenze di carattere unitario e la giurisprudenza della Corte costituzionale hanno via via giustificato l'attrazione al livello statale di quote di funzioni sempre più consistenti, favorendo un riaccentramento delle competenze ancor più marcato che nel passato.

[1] Si riprende il titolo di un noto contributo di M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, 131 ss.

[2] Come afferma G. FALCON, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2011, 249, «oggi come ieri, e più di ieri, il diritto regionale è una scienza iniziatica».

Copyleft – Ius Publicum

2. DAL RISORGIMENTO A STURZO

1. La questione dell'autonomia affonda le sue radici nel periodo risorgimentale di formazione dello Stato unitario.

Giuseppe Mazzini, ad esempio, mentre da un lato combatteva l'idea federalista, al medesimo tempo affermava la necessità di riconoscere le Regioni nell'ordinamento italiano.

L'importanza della realizzazione di uno Stato sì unitario, ma che tenesse conto delle differenze territoriali esistenti nelle varie realtà del Paese, veniva sottolineata anche da Cavour, che nel 1860 ricopriva la carica di Presidente del Consiglio dei Ministri.

Sulla stessa linea si collocavano prima Farini, poi il suo successore al ministero degli Interni Minghetti, il quale nel 1861 presentava una serie di disegni di legge sull'amministrazione regionale (che tuttavia non avrebbero trovato alcun seguito).

Almeno in questa prima fase il regionalismo era considerato quale strumento di decentramento (e non di autonomia), nonché quale mezzo utile per operare il passaggio dalle varie legislazioni dei diversi Stati preunitari a coordinamento e unità[3].

A differenza di Mazzini, Carlo Cattaneo nel 1860 sosteneva che ogni Regione d'Italia «non è un corpo meramente amministrativo, ma comprende un intero edificio legislativo»[4].

[3] Si rinvia alla ricostruzione di R. RUFFILLI, *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura*, Giuffrè, Milano, 1971.

[4] Cfr. C. CATTANEO, *L'ordinamento del regno*, tratto dalla Prefazione a "Il Politecnico", vol. IX, luglio 1860, ora in G. GALASSO (a cura di), *Antologia degli scritti politici di Carlo Cattaneo*, Il Mulino, Bologna, 1962, 148.

Copyleft – Ius Publicum

Per il politico milanese, che abbracciava un'idea positiva dell'autonomia e della differenziazione territoriale, la creazione dello Stato federale era il solo strumento in grado di garantire effettivamente il pieno esercizio della libertà contro ogni sopraffattrice tendenza centralistica e burocratica.

Accanto al federalismo cattaneaneo si collocava la soluzione federale pensata da Giuseppe Ferrari, secondo il quale in Italia non sarebbe stato concepibile un ordinamento unitario, dato che solo la federazione avrebbe consentito di valorizzare le diverse attitudini regionali. Quest'ultima avrebbe dovuto realizzarsi partendo dal basso, a seguito di una rivoluzione sociale delle masse contadine[5].

2. Si può dire che, prima di Sturzo, pochi altri avevano pensato alle Regioni quali enti dotati di autonomia, invece che come semplici soggetti amministrativi. L'opinione più diffusa era, infatti, quella di chi immaginava la Regione quale ente di mero decentramento burocratico (e gerarchico) o, al più, autarchico.

Parlando di decentramento burocratico, ci si riferisce allo spostamento di talune potestà deliberative dagli organi centrali agli organi locali. In tal caso, vengono in rilievo delle funzioni che, pur di spettanza dello Stato, sono attribuite alla competenza di un organo periferico, sulla base dell'idea per cui esso sia meglio in grado di soddisfare i bisogni delle collettività locali[6].

Di tutt'altra natura è, invece, il decentramento di tipo autarchico, che comporta il trasferimento della titolarità delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni e agli altri enti locali, i quali sono liberi di perseguirli con propri mezzi e organi elettivi, nonché sotto la propria responsabilità. Stando alla definizione di Zanobini, il cui ragionamento

[5] Cfr. G. FERRARI, *La Rivoluzione e i rivoluzionari in Italia*, F. DELLA PERUTA (a cura di), Univ. economica, Milano, 1952, 9-10.

[6] Cfr. C. VITTA, *Il regionalismo*, Soc. An. Ed. La Voce, Firenze, 1923, 5-6.

Copyleft – Ius Publicum

prendeva le mosse dal concetto di personalità giuridica, per autarchia doveva intendersi «la capacità, che è riconosciuta alle persone giuridiche i cui fini coincidono con alcuni fini dello Stato, di svolgere un'attività amministrativa, che ha la stessa natura e gli stessi effetti dell'amministrazione pubblica dello Stato»[7].

3. Se si vuole porre una data esatta in cui collocare la nascita del regionalismo in senso marcatamente autonomistico, è necessario citare la relazione tenuta da Don Luigi Sturzo a Venezia il 23 ottobre del 1921, in occasione del III Congresso nazionale del Partito Popolare Italiano[8], che – tra le altre cose – affrontava tre questioni cruciali per il regionalismo: il decentramento amministrativo, la riforma delle autonomie locali, l'istituzione della Regione.

Attorno a questi tre punti si sarebbe concentrato tutto il programma politico del sacerdote siciliano, rivolto a individuare un nuovo ente, non più soltanto autarchico, ma soprattutto autonomo, in grado di portare avanti un'azione governativa e legislativa nelle materie di propria competenza, dotato di autonomia finanziaria e composto da organi direttamente eletti dai cittadini.

La Regione sarebbe stata, quindi, una vera e propria *summa* degli interessi collettivi locali, configurandosi quale ente: elettivo-rappresentativo, cioè caratterizzato da elezioni a suffragio universale e diretto, con metodo proporzionale; autonomo-autarchico e non, dunque, mero ente di decentramento statale; amministrativo-legislativo, vale a dire in grado di avvalersi di leggi e regolamenti nel proprio territorio.

[7] V. G. ZANOBINI, *L'amministrazione locale*, Cedam, Padova, 1935, 139.

[8] Il testo della relazione di Venezia si legge in L. STURZO, *Il Partito Popolare Italiano*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1956, 194-231.

Copyleft – Ius Publicum

3. IL PERIODO DELLA COSTITUENTE

La questione regionale veniva posta al centro della discussione politica italiana all'indomani della caduta del regime, diventando un elemento essenziale dei programmi di tutte le forze antifasciste, che – come era già accaduto con Don Luigi Sturzo sin dagli anni '20 – avevano pensato alla Regione quale componente necessaria per ricostruire lo Stato su basi democratiche.

Un posto di primo piano tra i sostenitori del regionalismo era occupato da Gaspare Ambrosini, certamente tra i primi (se non il primo) a esaminare compiutamente il problema da un punto di vista giuridico (e non soltanto politico, contrariamente ai suoi predecessori).

La strada intrapresa per trasformare il precedente Stato accentrato di diritto in uno Stato sociale delle autonomie si rivelava però tutt'altro che in discesa: sin dall'assegnazione della materia alla Seconda Sottocommissione, alla quale nel 1946 sarebbe spettato il difficile compito di occuparsi dell'organizzazione costituzionale dello Stato, la decisione sul tipo di Stato da adottare non era stata per nulla scontata. Non sarebbero infatti mancate proposte estreme in senso federale o, addirittura, confederale, senza poi trascurare il fatto che c'era anche chi proponeva di abolire ogni forma di autonomia[9].

Soltanto dopo un lungo e travagliato dibattito la Seconda Sottocommissione approvava il noto ordine del giorno Piccioni, attraverso il quale venivano delineate ad ampio raggio le caratteristiche della Regione, che veniva intesa come ente:

a) autarchico, cioè dotato di fini propri di interesse regionale e con la capacità di svolgere l'attività amministrativa necessaria per il conseguimento di tali scopi;

[9] Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VII, Camera dei deputati, Segretariato generale, Roma, 1971, 819-894.

Copyleft – Ius Publicum

b) autonomo, ossia munito di poteri legislativi e regolamentari nell'ambito delle specifiche competenze attribuitegli, nonché nel rispetto dell'ordinamento giuridico dello Stato;

c) rappresentativo degli interessi locali, su basi elettive a suffragio universale diretto;

d) dotato di sufficiente autonomia finanziaria.

Tuttavia, nonostante gli sforzi profusi dal gruppo dei regionalisti, primo fra tutti Ambrosini, il *plenum* stravolgeva l'originario progetto, mostrandosi in linea generale sfavorevole alle Regioni e non condividendo il pensiero – troppo autonomista – dell'onorevole favarese.

Così, il disegno dei Costituenti si rivelava sin dall'inizio ben poco autonomistico tanto dal punto di vista della potestà legislativa, quanto per ciò che concerneva la potestà amministrativa e l'autonomia finanziaria. Peraltro, la disciplina dettata dal Titolo V della Costituzione appariva come un insieme di norme incompiute e di principio, necessitando queste ultime di essere al più presto attuate dal legislatore statale, nel tentativo di dare avvio a un regionalismo che, per la verità, avrebbe stentato a vedere la nascita e sarebbe a lungo rimasto senza modello.

4. I PRIMI TENTATIVI DI ATTUARE IL REGIONALISMO: GLI ANNI '50-'70

Dai primi tentativi di dare attuazione al previgente Titolo V della Costituzione (si pensi ad esempio alla l. n. 62 del 1953), emergeva a chiare lettere l'intenzione del legislatore nazionale di ridurre al minimo i poteri delle Regioni.

Copyleft – Ius Publicum

Il tutto, peraltro, era favorito da un clima politico sostanzialmente indifferente e sterile sul problema del regionalismo. Persino la Democrazia Cristiana, che con Ambrosini e Amorth aveva fatto della battaglia per l'autonomia regionale la propria bandiera, pur restando favorevole alle Regioni, avvertiva che il radicale ribaltamento della prospettiva delle sinistre avrebbe probabilmente segnato una loro possibile vittoria nelle Regioni del centro Italia, con la conseguente perdita del controllo di parti importanti del territorio nazionale. Le stesse sinistre, infatti, data la forte probabilità di un loro successo proprio nel centro Italia, consideravano quei territori quali luoghi di governo accessibili e alternativi rispetto alla capitale, al contrario ritenuta irraggiungibile. Ecco che allora si spiega la ragione della politica più attendista dei democratico-cristiani, i quali intendevano approvare un insieme di leggi quadro che, ricingendo le Regioni entro una rete di limiti e controlli alquanto stringenti, avrebbero conferito loro un carattere spiccatamente amministrativo.

Negli anni '50 e '60 la questione delle autonomie andava quindi a intersecarsi con il problema generale della struttura delle istituzioni e, dunque, con quello degli accordi partitici, circostanza che avrebbe contribuito a insterilire ulteriormente il dibattito sulle Regioni.

I Consigli regionali, finalmente eletti il 7 e l'8 giugno 1970, provvedevano subito all'approvazione degli Statuti regionali. Tuttavia, tale circostanza non risolveva i problemi di funzionamento dei nuovi enti che, per poter iniziare a operare nelle materie di propria competenza, necessitavano di appositi decreti delegati di trasferimento delle funzioni, degli uffici e del personale.

I decreti in questione venivano emanati tra il 14 e il 15 gennaio del 1972. Essi riconoscevano alle Regioni l'esercizio delle funzioni amministrative nelle seguenti materie: circoscrizioni comunali e polizia locale; acque minerali, cave e torbiere; assistenza scolastica, musei e biblioteche; assistenza sanitaria e ospedaliera; trasporti; turismo ed industria alberghiera; fiere e mercati; urbanistica, viabilità ed espropriazione; beneficienza pubblica; istruzione artigiana e professionale; agricoltura, caccia e pesca.

Copyleft – Ius Publicum

Tale trasferimento sortiva però accese polemiche tra i regionalisti, posto che non avveniva per settori organici di materie, bensì mediante una mera operazione di ritaglio delle funzioni.

Soltanto a seguito delle ripetute doglianze regionali, rivolte all'ottenimento di nuove attribuzioni e, soprattutto, dei mezzi finanziari indispensabili per l'attuazione dell'indirizzo politico di ciascuna Regione, veniva adottato il d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616 che, almeno per vent'anni, sarebbe stato considerato il testo fondamentale[10] – molto più dell'art. 117 della Costituzione – nella distribuzione dei poteri tra Stato e Regioni ordinarie.

Esso, infatti, realizzava un primo compiuto trasferimento di funzioni amministrative alle Regioni, accorpando l'elenco di competenze di cui all'art. 117 della Costituzione in quattro settori organici di materie: ordinamento e organizzazione amministrativa; servizi sociali; sviluppo economico; assetto e utilizzazione del territorio.

Era questo il punto di partenza e l'anno zero di un regionalismo che, operando finalmente un organico decentramento di funzioni, riusciva a vedere la luce dopo più di un secolo di dibattiti.

[10] Come affermava Giannini, il d.p.r. n. 616 del 1977 «si ascrive effettivamente fra le leggi fondamentali della Repubblica» (v. M.S. GIANNINI, *Prefazione*, in A. BARBERA, F. BASSANINI, *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali*, Il Mulino, Bologna, 1978, 7).

Copyleft – Ius Publicum

5. GLI STRUMENTI DI RACCORDO STATO-REGIONI NEL PREVIGENTE TITOLO V DELLA COSTITUZIONE

1. Lungo il periodo che si estende dall'entrata in funzione delle Regioni (vale a dire, dai primi anni '70) alla seconda metà degli anni '90, il principale problema del regionalismo risiedeva nella mancata previsione da parte del Costituente di adeguati strumenti di raccordo, nonché di clausole di coordinamento tanto nei confronti della legislazione ordinaria, quanto della prassi amministrativa. Chiamata costantemente a ricomporre in modo sistematico il quadro dei rapporti tra gli enti costituenti la Repubblica, la Corte costituzionale individuava nella clausola dell'interesse nazionale (prevista dal previgente art. 117 Cost., secondo cui le Regioni avrebbero potuto adottare norme legislative nelle materie *ivi* elencate, sempreché le stesse norme non fossero state «in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni») il meccanismo di chiusura dell'intero sistema. In particolare, sulla base della costante giurisprudenza di legittimità, era lo Stato – volta per volta – a decidere che cosa avrebbe dovuto essere considerato di interesse nazionale (e, dunque, quali competenze attrarre al centro), attraverso disposizioni sia generali che di dettaglio, "scavalcando" il testo costituzionale e, addirittura, ponendosi per certi versi al di sopra del medesimo; per converso, le Regioni avrebbero invece dovuto sottostare alle norme statali poste a tutela degli interessi nazionali.

Così facendo, i giudici di Palazzo della Consulta avevano nel tempo trasformato l'interesse nazionale da limite negativo di merito (eventuale e successivo) a presupposto di legittimità della legge regionale[11], sottraendolo al giudizio davanti alle Camere (sindacato previsto dal vecchio art. 127 Cost., ma mai effettuato nella storia repubblicana), tanto che non pare un'esagerazione affermare che le Regioni, quantomeno fino alla riforma del Titolo V della Costituzione, siano state di fatto degli enti dal carattere spiccatamente amministrativo.

[11] Cfr. R. BIN, *Legge regionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, 188.

Copyleft – Ius Publicum

2. Tra i meccanismi ideati dal legislatore nazionale per comprimere le competenze legislative delle Regioni, un ruolo determinante era svolto dalla funzione statale di indirizzo e coordinamento delle attività regionali, una delle più pregnanti manifestazioni dell'interesse nazionale affermatesi nel complesso modello autonomistico italiano. Trattavasi di uno strumento che fungeva da limite interno alle singole materie di competenza regionale, pensato come istituto unitario attraverso il quale avrebbe dovuto essere garantito il raccordo tra lo Stato e le Regioni nei settori di cui all'art. 117 della Costituzione[12]. Inoltre, secondo il giudice delle leggi, esso costituiva un mezzo necessario per assicurare un'unità di indirizzo nel caso in cui vi fossero delle esigenze unitarie da coordinare piuttosto che da sacrificare agli interessi regionali. Va detto che la funzione in questione sembrerebbe essere venuta meno a seguito delle leggi costituzionali del 1999 e del 2001 (cfr. par. 6).

3. Un ulteriore meccanismo di flessibilità nei rapporti tra lo Stato e le Regioni era costituito dai poteri sostitutivi, la cui *ratio* doveva individuarsi nella necessità di ovviare al pregiudizio che l'inerzia amministrativa regionale avrebbe potuto arrecare alla tutela di valori primari o al perseguimento di obiettivi comuni.

In effetti, sin dal 1972 la Corte costituzionale lamentava l'assenza nella Costituzione italiana di poteri sostitutivi che consentissero allo Stato di surrogarsi (eccezionalmente) alle Regioni rimaste inerti o inadempienti rispetto all'attuazione degli obblighi posti dall'ordinamento comunitario.

Tuttavia, una volta legittimata (in via legislativa e giurisprudenziale), la sostituzione normativa perdeva quasi da subito il carattere di eccezionalità in virtù del quale

[12] Cfr. F. PIZZETTI, *Autonomia della Regione e funzione di indirizzo e coordinamento*, in AA.VV., *Contributi allo studio della funzione statale di indirizzo e coordinamento*, Ministero dell'interno, Roma, 1978, 73.

Copyleft – Ius Publicum

era stata pensata e, progressivamente, si trasformava nel «prodotto più aggiornato del principio di supremazia dello Stato nei confronti delle autonomie regionali»[13].

4. Non può infine omettersi di ricordare un'ulteriore valvola di snodo caratterizzante il previgente sistema: la cedevolezza normativa.

Si trattava di un meccanismo (di creazione dottrinale[14], ma poi legittimato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 214 del 1985) in virtù del quale, nelle materie di competenza concorrente, lo Stato – al fine di prevenire eventuali vuoti normativi nelle legislazioni regionali – poteva porre non soltanto norme di principio, ma anche disposizioni di dettaglio c.d. cedevoli, che sarebbero venute meno una volta che le Regioni avessero deciso di esercitare le proprie attribuzioni. Tuttavia, anche in questo caso, una volta legittimata la prassi delle norme cedevoli, il legislatore – forte dell'appoggio della giurisprudenza costituzionale – iniziava a farne uso e abuso, finendo ancora una volta con il comprimere inevitabilmente la sfera di autonomia regionale.

6. IL PRINCIPIO DI AUTONOMIA REGIONALE DOPO LE RIFORME DEL 1999-2001

1. I limiti dell'assetto sinora delineato emergevano con evidenza nel corso degli anni '90, quando si cominciava a ripensare l'organizzazione dei rapporti tra Stato e Regioni, ritenendo che fosse giunto il momento di estendere le attribuzioni regionali ben al

[13] V. P. CARETTI, *Il potere sostitutivo statale: un problema di garanzie procedurali o sostanziali per l'autonomia regionale?*, in *Le Regioni*, 1990, 1857.

[14] Cfr. L. PALADIN, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 1979, 96.

Copyleft – Ius Publicum

di là delle materie assegnate dalla Costituzione e, allo stesso tempo, di ridurre al minimo la possibilità per lo Stato di ritagliarsi ulteriori spazi di competenza.

Fallito l'esperimento delle due Commissioni bicamerali del 1993 (De Mita-Iotti) e del 1997 (D'Alema), alle quali era stato attribuito il compito di predisporre un progetto di riforma organica della seconda parte della Costituzione, si tentava di perseguire ugualmente l'obiettivo di incidere sul riparto delle competenze attraverso una serie leggi ordinarie. Si tratta delle c.d. "leggi Bassanini", contenenti un gran numero di deleghe al Governo per il trasferimento di funzioni a beneficio delle Regioni, per la riforma della pubblica amministrazione e, infine, per la semplificazione amministrativa. In particolare, si fa riferimento alle leggi nn. 59 e 127 del 1997 e 191 del 1998, oltre che a una serie di decreti legislativi di attuazione (il più importante dei quali è senza dubbio il d.lgs. n. 112 del 1998[15]).

La logica ispiratrice della riforma era profondamente innovativa, mirando essa, in virtù del principio di sussidiarietà, a realizzare un decentramento di competenze alle autonomie regionali finalmente completo, senza avvalersi della tecnica del ritaglio delle materie e riservando allo Stato una serie tassativa di funzioni (ordine pubblico, difesa, affari esteri…).

Proprio in virtù dei contenuti di tali leggi (atti formalmente legislativi, ma materialmente costituzionali), si parlava di "federalismo amministrativo a Costituzione invariata". Difatti, i provvedimenti in esame introducevano un modello di rapporti tra Stato e Regioni in aperto contrasto con il vecchio Titolo V, tale da sollecitare un'immediata riforma costituzionale (riforma che, in effetti, sarebbe stata di lì a poco realizzata con le leggi costituzionali nn. 1 del 1999 e 3 del 2001).

[15] Cfr. G. FALCON (a cura di), *Lo stato autonomista: funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, Il Mulino, Bologna, 1998.

Copyleft – Ius Publicum

2. Si può dire che le leggi costituzionali nn. 1 del 1999 e 3 del 2001 abbiano, nel loro insieme, abrogato o modificato la maggior parte degli articoli che componevano in origine il Titolo V della Costituzione, ridisegnando il quadro delle fonti regionali e i loro rapporti con quelle statali[16].

In particolare, la riforma del Titolo V ha realizzato l'inversione del tradizionale criterio di riparto delle competenze, prevedendo: diciassette materie di esclusiva spettanza dello Stato, elencate tassativamente nell'art. 117, co. 2, Cost., che avrebbero dovuto sulla carta rappresentare una deroga al principio generale della competenza regionale; un elenco di materie di potestà concorrente (art. 117, co. 3, Cost.); una clausola di residualità (art. 117, co. 4, Cost.) dal contenuto non facilmente determinabile.

Sin da subito, tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza costituzionale hanno individuato nell'art. 117 Cost. un insieme di settori di tipo eterogeneo e multiforme[17]: sì che, oltre ad alcune clausole immediatamente intese come materie in senso tecnico, ve ne sono delle altre dal carattere trasversale (tutela della concorrenza, livelli essenziali delle prestazioni…) che la Corte, volta per volta, ha ridefinito a seconda del caso concreto, operando una ponderazione tra gli interessi in gioco[18]. In particolare, le competenze trasversali (note anche come "materie valore" o "materie non materie") rappresentano dei meccanismi di ingegneria costituzionale creati *ad hoc* per supplire alle lacune del Titolo V, attraverso le quali lo Stato può legittimamente estendere l'esercizio della propria funzione legislativa anche in aree che, sulla base di un'interpretazione oggettiva dell'elenco delle materie, sulla Carta spetterebbero alle Regioni. Esse, dunque, altro non sono se non un

[16] *Ex plurimis*, cfr. A. RUGGERI, *Le fonti del diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Giappichelli, Torino, 2001.

[17] Un'ampia trattazione delle problematiche inerenti l'art. 117 Cost. è contenuta in S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino, 2002, spec. 107 ss.

[18] Cfr. A. BARBERA, *La polverizzazione delle materie regionali e la (ormai necessaria) clausola di supremazia*, in *Le Regioni*, 2011, 557 ss.; R. BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, *ibid*., 2006, 889 ss.

Copyleft – Ius Publicum

esempio concreto di come l'interesse nazionale, pur depennato dal legislatore costituzionale, sia tornato nella Costituzione materiale assumendo una diversa natura.

3. Ulteriore strumento di flessibilità che la Corte ha utilizzato negli ultimi dieci anni per "riscrivere" il Titolo V della Costituzione è costituito dalla c.d. chiamata in sussidiarietà[19].

A partire dalla nota sentenza n. 303 del 2003, i giudici di Palazzo della Consulta hanno affermato che, laddove sorgano esigenze unitarie anche in materie di potestà legislativa regionale concorrente, ovvero residuale, non è esclusa la possibilità di interventi legislativi statali. È questa un'applicazione del principio di sussidiarietà (di regola operante in virtù dell'art. 118 Cost. sul solo livello delle funzioni amministrative) nell'esercizio della funzione legislativa, così che l'applicazione del criterio in esame sul piano dell'amministrazione finisce per riflettersi anche su quello della legislazione.

Ciò premesso, va osservato che la chiamata in sussidiarietà costituisce pur sempre una deroga al riparto di competenze tra Stato e Regioni costituzionalmente previsto, posto che essa può giustificarsi soltanto al sussistere di tre condizioni: a) deve esservi una valutazione proporzionata delle esigenze unitarie sottostanti all'attrazione verso lo Stato di determinate funzioni amministrative; b) occorre che detta deroga non risulti irragionevole; c) infine, essa deve essere oggetto di un'intesa con la Regione interessata. L'intesa diventa così una *condicio sine qua non* affinché il principio di sussidiarietà possa operare in modo dinamico, attraverso l'allocazione al centro di funzioni che altrimenti sarebbero di competenza delle Regioni[20].

[19] Per approfondire questo tema, si rinvia a C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni,* in *Le Regioni*, 2011, 455 ss.

[20] Cfr. R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2001, 1213 ss.

Copyleft – Ius Publicum

4. La richiamata sentenza n. 303 del 2003 ha altresì dichiarato l'inammissibilità del sistema delle norme cedevoli. Queste ultime, conseguentemente alla riforma del 2001, non potranno essere più utilizzate dallo Stato in materie di legislazione concorrente e, a maggior ragione, in materie di competenza residuale delle Regioni. Secondo la Corte, l'istituto della cedevolezza sopravvivrebbe unicamente negli straordinari casi in cui lo Stato attragga a sé funzioni amministrative per il soddisfacimento di esigenze unitarie (che non possono essere esposte al rischio dell'ineffettività): solo in tali ipotesi sarebbe allora possibile per la normativa statale intervenire, con norme di dettaglio cedevoli, nell'ambito della legislazione concorrente, in attesa delle nuove leggi regionali da parte degli enti competenti.

5. Infine, la riforma del 2001 ha costituzionalizzato all'art. 120 Cost. il meccanismo della sostituzione normativa. A quest'ultimo riguardo, è oggi possibile desumere l'esistenza di – almeno – tre tipologie di poteri sostitutivi[21]:

a) poteri sostitutivi introdotti dalla legge statale e regionale in rapporto a funzioni amministrative delegate. Qui il soggetto delegante conserva la titolarità della funzione, subentrando alle Regioni nel caso di inerzia di queste ultime delegatarie nella tutela di interessi pubblici propri;

b) poteri sostitutivi ordinari previsti dalla legge e relativi a funzioni amministrative attribuite. Qui l'interesse tutelato non è quello proprio di chi esercita il potere, ma quello generale a che la funzione sia effettivamente svolta;

c) poteri sostitutivi straordinari del Governo, riguardanti il compimento di atti normativi, esercitabili nei confronti di Regioni ed altri enti locali, in relazione a funzioni amministrative delegate e attribuite. In tal caso il valore in gioco è la salvaguardia di interessi unitari ritenuti essenziali per il funzionamento del sistema.

[21] Cfr. F. MERLONI, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *Le Regioni*, 2004, 1080 ss.

Copyleft – Ius Publicum

7. ALCUNE CONCLUSIONI

La più grande anomalia del regionalismo italiano è attualmente costituita dall'evidente scostamento, di cui l'emblema è rappresentato dall'art. 117 della Costituzione, che si configura tra il testo della Carta costituzionale e la realtà concreta[22]. Da questa norma viene infatti in rilievo un insieme di materie dai confini mobili, quasi sempre allocate in capo allo Stato (vuoi perché è la Costituzione a stabilirlo, vuoi per via dei numerosi meccanismi di snodo-accentramento creati dalla Corte costituzionale per supplire alle lacune del Titolo V), fatti salvi pochi e secondari ambiti di residualità riservati alle Regioni; sì che molte materie regionali «sono rimaste, per così dire, rami secchi»[23]. Inoltre, lo spirito della riforma è stato contraddetto ed è stato realizzato un testo costituzionale che, soprattutto in tema di potestà legislativa, contiene certamente delle previsioni vicine a quelle caratteristiche degli Stati federali, ma che in realtà non è mai riuscito ad adeguarsi alle effettive esigenze della società, risultando pertanto oggi «sprovvisto di legittimazione»[24].

Probabilmente, una delle cause del mancato affermarsi del principio autonomista è rappresentata dal perdurante ostruzionismo del sistema politico italiano, tanto che, come ha affermato Roberto Bin, «le Regioni sono state concepite dall'Assemblea costituente, "inventate" sotto ogni punto di vista, per un'esigenza squisitamente politica. Nell'incertezza dei destini politici del Paese, i partiti hanno visto nell'autonomia regionale

[22] Per una ricostruzione del principio dei modelli di regionalismo succedutisi in Italia, cfr. A. CANDIDO, *Confini mobili. Il principio autonomista nei modelli teorici e nelle prassi del regionalismo italian*o, Giuffrè, Milano, 2012.

[23] V. G. FALCON, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, cit., 245.

[24] V. T. GROPPI, *Il Titolo V cinque anni dopo, ovvero la Costituzione di carta*, in *Le Regioni*, 2007, 428.

Copyleft – Ius Publicum

una garanzia della loro sopravvivenza in caso di perdita delle elezioni politiche nazionali e di condanna a rimanere all'opposizione»[25].

A ciò si aggiunga che la riforma, oltre a complicare enormemente il quadro dei rapporti tra fonti statali e regionali, ha sortito quale effetto l'aumento spropositato del contenzioso costituzionale, spostando in capo alla Corte la responsabilità di interpretare volta per volta il dettato della Costituzione[26]. Ciò è stato fatto, dopo un periodo di sostanziale attesa, riconoscendo inizialmente alle Regioni alcuni spazi di autonomia, salvo poi operare un marcato riaccentramento delle funzioni nelle mani dello Stato, sulla scorta di nuovi strumenti di che si sono sostituiti al vecchio interesse nazionale.

Dal quadro complessivo emerge allora che, nella naturale tensione tra le ragioni dell'unità-uniformità e le istanze dell'autonomia-differenziazione, le prime, quelle del centralismo, stanno continuando a prevalere nettamente sulle seconde sotto tutti gli aspetti che dovrebbero rappresentare i capisaldi del principio di autonomia regionale: l'autogoverno, l'attribuzione di funzioni come proprie, l'autonomia normativa e finanziaria. Basti pensare, ad esempio, al ddl costituzionale n. 3520 dello scorso 15 ottobre 2012 (che intendeva perseguire la strada del riaccentramento delle competenze), o al fallimento della prospettiva di realizzare il federalismo fiscale, o ancora alla mancanza di un governo efficiente delle risorse e alla crisi di legittimazione di cui da tempo soffre la politica regionale.

Un'ampia riforma del sistema delle autonomie regionali si rende oggi particolarmente necessario, soprattutto in un periodo di acuta crisi economico-finanziaria globale, cui corrisponde la crisi dello Stato e delle sue finanze. Le Regioni, lungi dal costituire zavorre della Repubblica, dovrebbero infatti rappresentare enti efficaci ed

[25] V. R. BIN, *…e l'autonomia politica? Riflessioni del dopo-elezioni*, in *Le Regioni*, 2008, 244.

[26] Così afferma U. DE SIERVO, *Conclusioni*, in *Le Regioni*, 2011, 593.

Copyleft – Ius Publicum

efficienti, con un ruolo di impulso nella gestione della cosa pubblica e di fattiva partecipazione al processo di modernizzazione del Paese.

Sarà possibile perseguire tale scopo soltanto se si riuscirà a costruire un sistema solidale, in cui i diritti fondamentali vengano ugualmente garantiti a tutti i cittadini a prescindere dal contesto territoriale di provenienza ma, al tempo stesso, lasciando ampio spazio alle esigenze della differenziazione; ciò nella consapevolezza che un modello eccessivamente uniforme non avrebbe altro effetto se non quello di divaricare ulteriormente la forbice – già di per sé ampia – esistente tra le diverse aree della Penisola.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

THE AUTONOMY PRINCIPLE IN ITALIAN REGIONALISM

ANNUAL REPORT - 2013 - ITALY

(April 2013)

Dott. Alessandro CANDIDO

INDEX

1. INTRODUCTION
2. FROM "RISORGIMENTO AGE" TO STURZO'S PROJECT
3. CONSTITUENT PERIOD
4. THE FIRST ATTEMPTS TO ACHIEVE REGIONALISM: 50S-70S
5. THE CONNECTION BETWEEN STATE AND REGIONS IN THE OLD "TITOLO V" OF CONSTITUTION
6. THE AUTONOMY PRINCIPLE AFTER CONSTITUTIONAL REFORMS IN 1999-2001
7. SOME CONCLUSIONS

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUCTION

Regionalism had been considered as an institutional, political imbalance cause since the Risorgimento age. The reasons had been the fear of a potential damage of the national unity and especially the strong diffidence by the political parties towards models than cannot be controlled by the State.

In fact, it is to be recalled the intense debate on the model of State that the Constituent Assembly had to adopt (1946-1947), the long time necessary in order to achieve the regionalism system (1948-1970) and the long period of the «regionalism without a model»[1] (1971-1998). Currently (1999-today), regionalism is still an undefined entity[2]. It is still looking for a valuable model: that is quite evident because, after constitutional reforms in 1999 and 2001, the need of unity and the decisions of the constitutional Court have progressively justified an increased centralization of competences.

2. FROM "RISORGIMENTO AGE" TO STURZO'S PROJECT

1. The idea of autonomy originates from "Risorgimento age", during the period of unification of the State.

[1] See M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, *Le Regioni*, 1994, 131 ss.

[2] According to G. FALCON (*Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, *Le Regioni*, 2011, 249), today, like yesterday and more than yesterday, regional right is a science of initiation.

Copyleft – Ius Publicum

For instance, Giuseppe Mazzini, both used to contrast federalism and to affirm Regions needed to be recognized by the Italian system. The importance of achieving a unitary State, in which all the territorial differences are taken into consideration, was also underlined by Cavour, who was in charge as prime minister in 1860.

The same opinion was shared by Farini, then by Minghetti (Farini's successor at home office). In 1861, Minghetti introduced some bills on regional administration. However, these drafts weren't really successful.

At least in this first period, regionalism was considered as a decentralization instrument and not as an instrument towards an effective autonomy. It was also seen as a useful way to coordinate and put together all the pre-unification States[3].

Differently from Mazzini, in 1860 Carlo Cattaneo stated that each Region of Italy properly is not an administrative system, but it involves a complete legislative "building"[4].

Cattaneo, who had a positive opinion on autonomy and on territorial differentiation, affirmed that a federal State was the only instrument able to guarantee a full exercise of freedom against any centralized and bureaucratic tendency.

Giuseppe Ferrari added a federal solution according which it was impossible to realize a unitary system, since only federation would have given value to the different Regions. Federation would have been possible only thanks to a social revolution of farmers[5].

[3] For more details, see R. RUFFILLI, *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura*, Giuffrè, Milano, 1971.

[4] C. CATTANEO, *L'ordinamento del regno,* taken from the preface of "Il Politecnico", vol. IX, luglio 1860, now in G. GALASSO (edited by), *Antologia degli scritti politici di Carlo Cattaneo*, Il Mulino, Bologna, 1962, 148.

[5] G. FERRARI, *La Rivoluzione e i rivoluzionari in Italia*, F. DELLA PERUTA (edited by), Univ. economica, Milano, 1952, 9-10.

Copyleft – Ius Publicum

2. Before Sturzo, few people had considered Regions as autonomous entities; they were just considered as administrative subjects.

Generally, Regions were supposed to be mere bureaucratic, hierarchical, or at least self-sufficient instruments of decentralization.

Regarding bureaucratic decentralization, it can be seen as a relocation of some deliberative competencies from the central to the local system. In this case, some functions that are granted to the State are shifted to a peripheral power that is likely to be more able to satisfy the local needs[6].

Self-sufficient decentralization is completely different: it involves a relocation of administrative functions from the State to Regions and local entities, which are going to be fully responsible for their elections.

According to Zanobini's opinion, the concept of self-sufficient decentralization involves the capacity up to the legal personality, whose interests are suitable with to some interests of State, to exercise an administrative activity, which has the same nature and the same effects of the State public administration[7].

3- Trying to establish a date when regionalism was born, the speech given by Don Luigi Sturzo in Venice on 23rd October 1921 during the third national Congress of Popular Italian Party is to be quoted[8]. He focused three crucial issues for regionalism: administrative decentralization, reform of local autonomies, and creation of Regions.

[6] C. VITTA, *Il regionalismo*, Soc. An. Ed. La Voce, Firenze, 1923, 5-6.

[7] See G. ZANOBINI, *L'amministrazione locale*, Cedam, Padova, 1935, 139.

[8] See L. STURZO, *Il Partito Popolare Italiano*, I, Zanichelli, Bologna, 1956, 194-231.

Copyleft – Ius Publicum

These three aspects were at the heart of Sturzo's political program, that was meant to find a new entity, no more only self-sufficient, but also autonomous and able to carry out a governmental and legislative action regarding its own matters, financially autonomous and directly elected by citizens.

Consequently, Region would have been considered as a real *summa* of local collective interests, consisting of an elective-representative entity. In other words, it would have been characterized by universal and direct suffrage elections with the proportional method; it would be completely autonomous-self-sufficient and administrative-legislative, able to make law and rules in its territory.

3. CONSTITUENT PERIOD

After the collapse of fascism, regionalism became the main topic of the Italian political debate and the essential aspect of all antifascist programs. These programs used to consider Region as an important way to rebuild the State in a democratic form.

Gaspare Ambrosini tried strongly supporting regionalism, analyzing it on legal and not only political base (as his predecessors did).

However, the passage from the previous centralized State to a social State of autonomies wasn't declining at all. This happened even when the Second Subcommittee in the Constituent Assembly, which debated the constitutional organization of State in 1946, took the hard decision concerning the model of State. Surely, extreme federal and

Copyleft – Ius Publicum

confederal proposals would have been introduced and somebody would have suggested to abolish each form of autonomy[9].

Only after a long debate, the Second Subcommittee approved the well-known Piccioni's Agenda. Thanks to him, all the characteristics of the Region model had been defined. It was meant:

1) as a self-sufficient entity equipped with its own regional objectives; it is able to manage all the administrative activity to achieve these objectives;

2) autonomous: equipped with legislative and regulatory powers as regards its competences, by sticking to the State legal order;

3) representative of local interests (direct universal suffrage);

4) equipped with sufficient financial autonomy.

However, despite of the efforts made by people pro-regionalism, especially Ambrosini, the Constituent Assembly disrupted the original project by rejecting Regions and disagreeing with the "autonomous opinion".

Consequently, the committee designed a project not particularly autonomous from a legislative point of view, but from an administrative and financial one. The regime established in "Titolo V" of Constitution appeared as a collection of incomplete rules, which needed to be implemented by the Parliament, in the attempt to give rise to a regionalism that remained without a model for long time.

[9] *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, VII, Camera dei deputati, Segretariato generale, Roma, 1971, 819-894.

Copyleft – Ius Publicum

4. THE FIRST ATTEMPTS TO ACHIEVE REGIONALISM: 50S-70S

Since the first attempts to implement the "Titolo V" of Constitution (see law 62/1963), the legislator's intention to minimize all the powers of Regions was evident.

Meanwhile, the political environment was quite indifferent to regionalism. Even "Democrazia Cristiana", which had included in its program the "fight" to achieve Regions autonomy thanks to Ambrosini and Amorth, still agreed with regionalism, but realized that the radical change of left parties perspectives would have sanctioned their victory in many Regions in the centre of Italy. Consequently, "Democrazia Cristiana" would have lost much control on important areas all around the country.

Left parties, in fact, sure of their victory in the centre of Italy, used to consider those territories as potential sites to establish their government, instead of the Capital that was inaccessible. This is why politicians pro "Democrazia Cristiana" used to have a wait-and-see approach; they wanted to approve a group of laws that would have conferred to the Regions a typical administrative nature, by shrinking them in a strict web of checks and limitations.

In the 50s-60s, the idea of autonomy started overlapping firstly with the problem of the structure of institutions, then with the problem of the agreements between parties. These obstacles would have certainly weakened the debate on Regions.

Regional councils, finally elected on 7th – 8th June 1970, immediately regional Statutes approved.

However, this situation did not really solve the functioning problems of these new subjects: they in fact needed some specific decrees to transfer all functions, offices and staff.

These decrees were promulgated on 14th-15th January 1972. They enabled Regions to execute administrative functions in the following matters: municipal districts and local police, mineral waters, caves and bogs, educational assistance, museums and libraries,

Copyleft – Ius Publicum

healthcare, transports, tourism, hospitality industry, fairs and markets, urban planning, viability and expropriation, public charity, professional and craft education, agriculture, hunting and fishing.

This transfer created lots of discussion among people pro regionalism.

Only after repetitive custom complaints, which were meant to obtain some financial aids that were essential to execute the political address of each Region, "d.p.r." n. 6/1977 was adopted. For at least 20 years it proved to be the fundamental text[10], even more than article 117 of Constitution, as regards to the distribution of powers between the State and the Regions.

This document firstly realized a transfer of administrative functions to the Regions, by putting together the entire set of competencies previously divided into 4 different matters by Constitution: administrative arrangement and organization, social services, economic development, urban planning.

Here we were at the start point of regionalism that began to operate a decentralization of functions after a long period of debates.

[10] See M.S. GIANNINI, *Prefazione*, in A. BARBERA, F. BASSANINI, *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali*, Il Mulino, Bologna, 1978, 7.

Copyleft – Ius Publicum

5. THE CONNECTION BETWEEN STATE AND REGIONS IN THE OLD "TITOLO V" OF CONSTITUTION

1- As stated above, Regions started to operate during the 70s. Since then to the second half of 90s, the main problem consisted of a lack of connection instruments and coordination provisions towards both ordinary legislation and administrative policy too.

Constitutional Court was constantly up to smooth out all the relationships among State and Regions. It caught the mechanism of closure of the entire system in the clause of national interest (article 117: Regions would have been allowed to adopt legislative rules as regards to specific competencies provided that they wouldn't have been in contrast with national interests and interests of other Regions).

In particular, what was worthy to be considered as national interest was defined by the State, both by general and detailed norms and sometimes in contrast with Constitution. Conversely, Regions would have adhered to the State rules in favor of national interests.

In this way, judges had meanwhile transformed the national interest from a national limitation to an assumption of legitimacy of regional laws[11], by subtracting it from the judge by the Parliament. This is why Regions, at least until the reform of "Titolo V" of Constitution, were established as purely administrative subjects.

2- Among all the strategies to shrink the legislative competencies of Regions, an important role was performed by the State function of "indirizzo e coordinamento" of all regional activities, certainly one of the most evident ways to show national interest in this complex model of Italian autonomy.

It consisted of an instrument able to be an internal limitation to single competencies of regional interest, thought as a unitary regulatory scheme allowed to

[11] R. BIN, *Legge regionale*, *Dig. disc. pubbl.*, IX, Utet, Torino, 1994, 188.

Copyleft – Ius Publicum

guarantee the connection between State and Regions as regards to all competencies designed by article 117 of Constitution[12].

Moreover, according to the constitutional Court, it was an essential instrument to guarantee a uniform direction, in case either of unitary necessities that needed to be coordinated or of sacrificing regional interests.

However, this function would have disappeared later, because of constitutional laws in 1999 and 2001 (see par. 6).

3- A further strategy of flexibility between State and Regions involved substitutive powers, which were aimed to prevent the prejudice that the regional administrative inertia could have brought either to the protection of main values or to the achievement of common objectives.

In fact, since 1972, constitutional Court had been complaining about the lack of substitutive powers, which would have let the State to exceptionally replace helpless or failed Regions as regards to the actuation of the EU duties.

However, once it had been approved, this normative replacement lost quite soon its exception character and it progressively transformed into the most updated product of the opening State supremacy towards regional autonomies[13].

4- Finally, it is important to remember a further turning point as regards to the previous system, as follows: the "norme cedevoli".

[12] See F. PIZZETTI, *Autonomia della Regione e funzione di indirizzo e coordinamento*, AA.VV., *Contributi allo studio della funzione statale di indirizzo e coordinamento*, Ministero dell'interno, Roma, 1978, 73.

[13] See P. CARETTI, *Il potere sostitutivo statale: un problema di garanzie procedurali o sostanziali per l'autonomia regionale?*, *Le Regioni*, 1990, 1857.

Copyleft – Ius Publicum

It is of a doctrinal mechanism[14] through which the State, in order to prevent any normative lacks in regional legislations as regards to shared competencies, could not only establish precept rules, but also tractable detailed arrangements, which would have later failed when Regions would have decided to apply their own attributions.

However, still in this case, once this praxis had been approved, the legislator, supported by the constitutional Court, began to misuse it, by shrinking regional autonomies.

6. THE AUTONOMY PRINCIPLE AFTER CONSTITUTIONAL REFORMS IN 1999-2001

1- Limitations of that system emerged during the 90s, when the organization of relationships between State and Regions started to be considered, thinking that regional competencies needed to be extended and that is was essential to prevent the State from obtaining further competencies.

Once the experiment of the bicameral boards (1993- De Mita-Iotti / 1997- D'Alema), which had to achieve the reform of the second part of Constitution, failed, the aim of reallocate all competencies was still carried out through some ordinary laws.

We are talking about "Bassanini's laws", involving lots of devolution to the government in order to transfer functions to the Regions, for the reform of public administration and, finally, for the administrative simplification. Particularly, we refer to

[14] See L. PALADIN, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 1979, 96.

Copyleft – Ius Publicum

the laws n. 59 and n. 127 in 1997, n. 191 in 1998, and some legislative decrees (the most important was certainly n. 112 in 1998[15]).

The logic followed by this reform was deeply innovative and aimed to realize a complete decentralization of competencies to the regional autonomies, without selecting any competencies and guaranteeing to the State some specific functions (public order, defense, foreign affairs…).

According to the contents of these laws (formally legislative, practically constitutional), it was usual to talk about "administrative federalism with unchanged Constitution". In fact, the measures taken into consideration introduced a model of relationships between State and Regions that was really in contrast with the old "Titolo V", to the point that an immediate constitutional reform was expedited (this reform was finally established through constitutional laws n. 1 in 1999 and n. 3 in 2001).

2- These laws have actually cancelled or modified most of the articles that used make up "Titolo V" of Constitution, by redesigning the layout of regional sources and their relationships with the State ones[16].

In particular, this reform has deeply modified the general partition of the competencies between State and Regions by conferring seventeen of them to the State (the list is found in article 117, § 2, of Constitution). These competences would have represented an exception to the general principle of regional competence; a list of shared competencies (article 117, § 3, of Constitution); a federal clause (art. 117, § 4, of Constitution) whose content isn't clear at all.

[15] See G. FALCON (edited by), *Lo stato autonomista: funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, Il Mulino, Bologna, 1998.

[16] *Ex plurimis*, see A. RUGGERI, *Le fonti del diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Giappichelli, Torino, 2001.

Copyleft – Ius Publicum

Both the doctrine and constitutional Court have found in article 117 an heterogeneous and varied[17] amount of competencies. A part from some individual clauses that are real competencies, there are some others with a transverse character (concurrency protection, essential levels of performances…), that the Court has progressively redefined by looking at every practical situation, by taking into consideration all the involved interests[18].

In particular, "finalistic competencies" (also known as "value matters", or "matters not matters"), represent some strategies of constitutional engineering specifically created in order to balance the gaps of "Titolo V", through which the State can legitimately expand the exercise of its legislative function also in areas which would formally belong to Regions.

They show the way through which national interest, even if it has been cancelled by the national legislator, has appeared again in our Constitution adopting a different nature.

3- A further instrument of flexibility that the Court has exploited in the last ten years in order to rewrite "Titolo V" of Constitution consists of the "chiamata in sussidiarietà"[19].

Since the well-known decision n. 303 in 2003, judges have stated that, in case of the rise of unitary necessities, even in terms of regional legislative competencies, some State interventions are not to be excluded. This is an actuation of the principle of

(17) See S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino, 2002, 107 ss.

(18) See A. BARBERA, *La polverizzazione delle materie regionali e la (ormai necessaria) clausola di supremazia*, *Le Regioni*, 2011, 557 ss.; R. BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, *ibid.*, 2006, 889 ss.

[19] See C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, *Le Regioni*, 2011, 455 ss.

Copyleft – Ius Publicum

subsidiarity as regards to the legislative function, so that the actuation of the examined criterion from an administrative point of view finally affects legislation too.

It is important to say that the "chiamata in sussidiarietà" always consists of an exception to the layout of competences of State and Regions, even if it is valid only in the following three situations: a) there must be an accurate evaluation of unitary necessities that are subordinate to the State in terms of specific administrative functions; b) this exception must be reasonable; c) the Regions have to been consulted. This agreement between State and Region is a *condicio sine qua non*, so that the principle of subsidiarity can operate dynamically by centralizing some functions that would formally belong to Regions.

4- The decision n. 303 in 2003 has also declared inadmissibility of "norme cedevoli".

These ones, after the reform in 2001, would never be used by the State in terms of shared competences and in terms of residual competence of Regions too[20].

According to the Court, the institute of "norme cedevoli" would survive only if the State would attract administrative functions to satisfy unitary necessities: only in this case the State could intervene through detailed "norme cedevoli" as regards to the concurrent legislation, waiting for the new regional rules.

5- Finally, the reform in 2001 has introduced the mechanism of regulatory replacement (art. 120 of Constitution).

Nowadays it is possible to mention three substitutive powers[21]:

[20] See R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, *Le Regioni*, 2001, 1213 ss.

[21] See F. MERLONI, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, *Le Regioni*, 2004, 1080 ss.

Copyleft – Ius Publicum

a) substitutive powers introduced by the State and regional law as regards to delegated administrative functions. Here the subject that delegates keeps the ownership of the function, by replacing Regions in case of inertia;

b) ordinary substitutive powers provided by law and about administrative functions. There is a general interest that the function is carried out;

c) extraordinary substitutive powers of government, as regards to normative acts, to be executed towards Regions and other local autonomies (delegated administrative functions). In this case, it's important to safeguard all the unitary interests that are really essential for the system functioning.

7. SOME CONCLUSIONS

The greatest problem of Italian regionalism is the current gap between Constitution and reality[22], which is represented by article 117 of Constitution.

Thanks to this rule it is possible to realize that a group of competencies have quite flexible contours; they are nearly always allocated to the State, as established by constitutional Court, which created some mechanism to balance some lacks of "Titolo V".

Few and specific competencies are allocated to Regions, so that many regional competencies now actually look like dry branches[23]. Furthermore, the reform attitude has

[22] For more details, see A. CANDIDO, *Confini mobili. Il principio autonomista nei modelli teorici e nelle prassi del regionalismo italian*o, Giuffrè, Milano, 2012.

[23] See G. FALCON, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, cit., 245.

Copyleft – Ius Publicum

been denied and Constitution, especially in legislative competence, involves some rules that are typical of federal States but actually it has never managed to stick to the real necessities of our society. Consequently, it has not a social acceptance[24].

The fail of regionalism derives from a blocking of Italian politics, so that, according to Roberto Bin, Regions have not even been created by the Constituent Assembly, and they have purely been invented from all points of view, only because of a political necessity. Looking at the uncertain political future of our country, political parties have considered regionalism as a way to guarantee their survival in case of their failure in occasion of political elections[25].

Furthermore, the reform makes the relationships between State and Regions extremely complicated and it has obtained the increase of the constitutional contentious, making the Court able to progressively interpret the text of Constitution[26].

This happened, at the beginning, by conferring to Regions some autonomy, a part from a progressive centralizing process towards the State, thanks to some new instruments that have replaced the old national interest.

From the general layout, it emerges that this centralization process is still prevailing as regards all the following cornerstones of the regional autonomy principles: self-government, self-conferring different functions, normative and financial autonomy. Let us just think about either the failure of the perspective to achieve fiscal federalism or the lack of an efficient government of all the resources, or the weak legitimacy of regional politics.

[24] See T. GROPPI, *Il Titolo V cinque anni dopo, ovvero la Costituzione di carta*, *Le Regioni*, 2007, 428.

[25] See R. BIN, *…e l'autonomia politica? Riflessioni del dopo-elezioni*, in *Le Regioni*, 2008, 244.

[26] See U. DE SIERVO, *Conclusioni*, *Le Regioni*, 2011, 593.

Copyleft – Ius Publicum

Nowadays it is necessary to reform the system of regional autonomies, especially because of the current economic-financial crisis and the consequent crisis of State and its finances.

Regions should actually be effective and efficient subjects, actively participating to the modernization of our country.

It will be possible to reach this target only in a strong system in which fundamental rights are equally guaranteed to all citizens regardless of the place they live. At the same time, it is necessary to encourage differentiation. All this by being aware that an extremely uniform model would only accentuate the gap between our Regions.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

LA DIRIGENZA IN ITALIA

REPORT ANNUALE - 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Dott. Benedetto PONTI

INDICE

1. PREMESSA
2. LA RISERVA DI COMPITI IN CAPO ALLA DIRIGENZA: PRECISAZIONI SUL VINCOLO COSTITUZIONALE
3. LA VALUTAZIONE DEI RISULTATI: PASSI INDIETRO NELLA PRATICA DELLA DISTINZIONE
4. ACCESSO AGLI INCARICHI DIRIGENZIALI E CONTRASTO ALLA CORRUZIONE AMMINISTRATIVA
5. DIRIGENZA E DIRIGENZE PUBBLICHE
6. LA CONDIZIONE SOGGETTIVA DEI DIRIGENTI: REQUISITO PER L'ATTIVAZIONE DEL MODELLO DELLA DISTINZIONE

Copyleft – Ius Publicum

1. PREMESSA

Questo report annuale è stato pensato ed articolato come aggiornamento del report 2011 (F. Merloni, La dirigenza in Italia, *in questa rivista*), che offre una panoramica ampia ed esaustiva delle linee fondamentali della disciplina della dirigenza, delle peculiarità del ruolo e dei compiti ad essa riconosciuti nell'economia del modello della distinzione tra politica e amministrazione, dei problemi tutt'ora aperti.

Coerentemente con questa impostazione, nel report 2012 vengono illustrate e discusse solo le evidenze che presentano dei tratti di novità o avanzamenti, in termini di assetti legislativi, di arresti giurisprudenziali e di dibattito dottrinale.

2. LA RISERVA DI COMPITI IN CAPO ALLA DIRIGENZA: PRECISAZIONI SUL VINCOLO COSTITUZIONALE

Il principio di distinzione tra compiti di indirizzo politico-amministrativo – che spettano agli organi "politici" dell'amministrazione – e compiti di amministrazione concreta – che sono riservati in via esclusiva agli organi amministrativi, o dirigenziali, dell'amministrazione – delinea quel (peculiare, nel panorama europeo[1]) modello di

[1] Sulla peculiarità del modello italiano, cfr. F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, Il Mulino, 2006

Copyleft – Ius Publicum

articolazione dell'esercizio della funzione amministrativa che mira a combinare le esigenze espresse dall'art. 95 Cost. - *amministrazione a guida democratica* – e quelle di cui all'art. 97 Cost. – *amministrazione imparziale, efficiente ed efficace*. Non ci sono dubbi che il legislatore abbia inteso più volte confermare e rafforzare nel corso del tempo tale articolazione dei compiti. In particolare, nel 1998 una clausola generale provvedeva a trasferire ai dirigenti i compiti (di amministrazione concreta e gestione) espressamente attribuiti ad organi (politici) di governo[2]; poi, nel 2001, si stabiliva che il criterio di distinzione potesse essere derogato solo in termini espressi, e mediante legge[3]. Restava da chiarire se quella del legislatore è effettivamente una *scelta* (tra più modelli, tutti compatibili con il quadro costituzionale di riferimento), ovvero se il modello della distinzione non sia da intendersi (ormai) come costituzionalmente *imposto* (e, quindi, non revocabile). Dubbio più che giustificato dalla giurisprudenza costituzionale, che ha sempre ricollegato in modo più o meno diretto il principio di distinzione alle esigenze di imparzialità (in particolare) e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.[4]. Si tratta, in altre parole, di capire se ed in che termini il principio di distinzione costituisca un vincolo anche per il legislatore. Chiamata di recente a valutare la legittimità della disciplina della Regione Autonoma della Sardegna – che assegnava all'organo politico la competenza su una

[2] Cfr. art. 45, comma 1 del d.lgs. 80/1998, poi trasfuso nell'art. 70, comma 6 del d.lgs. 165/2001 "a decorrere dal 23 aprile 1998, le disposizioni che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 4, comma 2, del presente decreto, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti"

[3] Cfr. l'art. 4, comma 3 del d.lgs. 165/2001: "le attribuzioni dei dirigenti indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative"

[4] Cfr. Corte Cost. n. 103/2007; 34/2010

Copyleft – Ius Publicum

decisione di amministrazione concreta in materia ambientale [5] – la Corte[6] ha ribadito in termini espliciti che "la separazione [*rectius*, distinzione, n.d.r.] tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa [...] costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost."[7]. Tuttavia, ha anche soggiunto che "l'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, *spetta al legislatore*", che a sua volta "nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale, […] *non può compiere scelte che*, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione". Dunque, il legislatore sembra disporre di un "margine di manovra", sebbene limitato, che gli consente – in singolari, circostanziati e giustificati casi – di attrarre *ragionevolmente* una competenza di amministrazione concreta – se ed in quanto caratterizzata da un "particolare rilievo politico" – nell'orbita delle competenze degli organi (ordinariamente) di indirizzo[8]. Il

[5] L'art. 48, comma 3, della l. r. autonoma Sardegna n. 9 del 2006 – oggetto dell'ordinanza di remissione del Tar Cagliari – assegna infatti alla Giunta regionale (organo politico-collegiale posto al vertice dell'amministrazione regionale), su proposta dell'Assessore regionale della difesa dell'ambiente, la delibera di chiusura della procedura di valutazione di impatto ambientale.

[6] Cfr. Corte Cost. n. 81 del 2013.

[7] Analogamente, in un altro passaggio della sentenza, l'argomento per cui "il principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione amministrativa costituirebbe espressione dell'art. 97 Cost." è giudicato "in linea con le giurisprudenza costituzionale".

[8] Nel caso di specie, "la scelta realizzata dal legislatore regionale determina una divisione di competenze tra la Giunta e i dirigenti regionali che non appare irragionevole, anche in considerazione della particolare complessità della VIA. In quest'ultimo atto, infatti, a verifiche di natura tecnica circa la compatibilità ambientale del progetto, che rientrano nell'attività di gestione in senso stretto e che vengono realizzate nell'ambito della fase istruttoria, possono affiancarsi e intrecciarsi complesse valutazioni che – nel bilanciare fra loro una pluralità di interessi pubblici quali la tutela dell'ambiente, il governo del territorio e lo sviluppo economico – assumono indubbiamente un particolare rilievo politico. In ragione di ciò, il riparto di competenze previsto dalla disposizione censurata, in

Copyleft – Ius Publicum

principio di distinzione viene così precisandosi come principio di carattere generale, ma non anche *assoluto* nella sua valenza, e suscettibile di essere derogato (solo dal legislatore, solo in termini espliciti e circoscritti), entro i limiti della ragionevole salvaguardia delle esigenze dell'imparzialità amministrativa[9].

3. LA VALUTAZIONE DEI RISULTATI: PASSI INDIETRO NELLA PRATICA DELLA DISTINZIONE

Come è già stato sottolineato nel report 2011, l'effettività del modello della distinzione dipende in modo particolare dalla concreta operatività dei meccanismi di rilevazione e valutazione dei risultati conseguiti dai dirigenti nell'esercizio delle funzioni ad essi riservate, presupposto indispensabile per l'attivazione della c.d. responsabilità dirigenziale. Gli interventi normativi immediatamente successivi al d.lgs. 150/2009 (che aveva fortemente investito sulla centralità della valutazione dei risultati, come presupposto per la gestione degli incarichi) hanno largamente disatteso questa impostazione, spesso invocando a giustificazione le esigenze di contenimento e razionalizzazione della spesa

un ambito caratterizzato da un intreccio di attività a carattere gestionale e di valutazioni di tipo politico, non viola l'art. 97 Cost.".

[9] Secondo la Corte, la deroga al principio di distinzione, si giustifica solo se l'ambito di operatività della deroga risulta esplicitamente circoscritto, e se il contributo "tecnico" (fornito dalla componente dirigenziale) alla decisione mantiene un suo rilievo, in termini istruttori e procedimentali.

Copyleft – Ius Publicum

pubblica, ma sollevando numerose, e circostanziate critiche in dottrina[10]. Così, in particolare, è venuto meno l'obbligo di motivare il mancato rinnovo dell'incarico in scadenza (ovvero, in pendenza di processi di riorganizzazione) in assenza di una valutazione negativa[11]. Di più, anche la revoca anticipata dell'incarico può risultare legittima a prescindere dalle risultanze dei processi di valutazione, se finalizzata ad assicurare la massima funzionalità e flessibilità, in relazione a motivate esigenze organizzative[12]. Così operando, il legislatore consente (di nuovo) di rendere sostanzialmente indifferente l'esito del processo di valutazione della *performance* del dirigente rispetto al destino dell'incarico di cui è titolare; e, per questa via, contribuisce a minare l'effettività della distinzione, dal momento che il dirigente si disinteresserà delle *performance* e dei risultati (da valutarsi nelle sedi deputate), e sarà portato a soddisfare le esigenze di chi può (così, più liberamente) disporre dell'incarico stesso (l'organo politico), con ciò compromettendo quella condizione di autonomia professionale (*rectius*, indipendenza soggettiva, v. *infra*), che è condizione indispensabile alla resa del modello della distinzione in termini di imparzialità delle scelte di amministrazione concreta. La distinzione dei compiti, formalmente realizzata, ne risulta così sostanzialmente contraddetta (e svuotata) sul piano dei requisiti organizzativi, nella relazione politica/amministrazione.

[10] Cfr., in particolare, S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 39; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica* (*spoils system*) *contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Foro amm-TAR*, 2011, 09, 2968.

[11] Cfr. l'art. 9, c. 32 del d.l. n. 78/2010.

[12] Cfr. l'art. 1, comma 18 del d.l. n. 138/2011.

Copyleft – Ius Publicum

4. ACCESSO AGLI INCARICHI DIRIGENZIALI E CONTRASTO ALLA CORRUZIONE AMMINISTRATIVA

Di segno opposto gli interventi che, nell'economia complessiva delle politiche di contrasto alla corruzione amministrativa e alla *maladministration*[13], hanno introdotto una innovativa regolamentazione in materia di conferimento degli incarichi dirigenziali (tutti, compresi gli incarichi amministrativi di vertice) e di incompatibilità con la titolarità di tali incarichi[14]. La *ratio* dell'intervento è quella di prevenire (mediante l'applicazione di questi istituti) che si verifichino:

1) condizioni di conflitto di interesse che favoriscono oggettivamente lo sviamento dell'esercizio delle funzioni pubbliche, in danno dell'imparzialità, e la maturazione di comportamenti illegali, illeciti o addirittura penalmente rilevanti;

2) una compromissione della fiducia (da parte dei cittadini) nell'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche da parte di titolari di incarichi dirigenziali, manifestamente inseriti in una filiera o in una carriera politicamente caratterizzata;

A tali fini sono previste:

[13] Politiche inaugurate dall'approvazione della legge 6 novembre 2012, n. 190, c.d. legge "anticorruzione", che si può trovare commentata in B. G. MATTARELLA – M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Totino, Giappichelli, 2013.

[14] Si tratta del d.lgs. n. 39/2013, recante "Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico", emanato in base alla delega contenuta nell'art. 1, commi 49 e 50 della l. 190/2012. Più ampiamente, si veda F. MERLONI - G. SIRIANNI - B. PONTI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 8-9/2013, 806 ss.

Copyleft – Ius Publicum

a) una serie di ipotesi che impediscono il conferimento (cd. *inconferibilità*) di incarichi dirigenziali; in particolare, a coloro che (alternativamente)

a.1) sono stati condannati, anche in via non definitiva, per un reato contro la p.a. (per i reati di minore gravità, limitatamente ai cinque anni precedenti)[15];

a.2) nei due anni precedenti, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato o finanziati dall'amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero abbiano svolto in proprio attività professionali che siano sono regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione che conferisce l'incarico[16];

a.3) nel periodo immediatamente precedente (uno o due anni), siano stati componenti di un organo di indirizzo politico: la previsione è poi declinata su ambiti di applicazione territorialmente congruenti, a seconda che l'incarico dirigenziale sia di livello locale, regionale o nazionale[17];

b) una serie di situazioni che sono indicate come incompatibili con un incarico dirigenziale già in atto (a pena di decadenza di quest'ultimo). Tali ipotesi sono sostanzialmente coincidenti[18] con quelle di cui ai punti a.2 e a.3, con la sola differenza che, in quest'ultimo caso, mentre l'inconferibilità riguarda i soli incarichi a dirigenti esterni (cioè, non dipendenti dall'amministrazione che conferisce l'incarico), l'incompatibilità riguarda anche i dirigenti interni.

[15] Cfr. art. 3, d.lgs. 39/2013.

[16] Cfr. artt. 4 e 5, d.lgs. 39/2013.

[17] Cfr. artt. 6, 7 e 8, d.lgs. 39/2013.

[18] Cfr. artt. da 9 a 14 del d.lgs. 39/2013

Copyleft – Ius Publicum

Si tratta di un intervento certamente coerente con i presupposti e le esigenze del principio di distinzione (che ne risulta, dunque, rafforzato).

In particolare, per un verso si prende atto della necessità di predisporre istituti *specifici e differenziati* a protezione dell'esercizio imparziale della funzione amministrativa, modellati sui soggetti cui è riservato l'esercizio in concreto di tale funzione (si veda il report 2011). Una esigenza che trova riscontro anche in altri interventi contenuti nella legge anticorruzione, in particolare laddove è prevista la formulazione di *specifici* doveri di comportamento dei titolari di incarichi dirigenziali[19]; ovvero, dove è prevista l'individuazione – *differenziata per ruoli di appartenenza* – dei casi in cui è comunque vietato lo svolgimento di attività (retribuite) extrafunzionali[20].

Dall'altro, si procede nella costruzione di uno *status* del dirigente pubblico più coerente con le esigenze imposte dal principio di distinzione, il quale comporta necessariamente la riduzione dei margini di discrezionalità di cui possono disporre gli organi politici nell'assegnazione degli incarichi dirigenziali (già evidenziate nel report 2011), con particolare riferimento (in questo caso) all'esigenza di evitare che il potere di nomina[21] sia utilizzato come modalità per "retribuire" la fedeltà politica (nell'esercizio delle funzioni pubbliche), ed assicurare la continuità *di carriera* del ceto politico.

In questo caso, dunque, il rafforzamento del modello della distinzione (lato imparzialità) ha potuto beneficiare degli effetti di politiche anticorruzione (promosse dal

[19] Cfr. il nuovo testo dell'art. 54 del d.lgs. 165/201, come riformulato dall'art. 1, comma 44 della l. 190/2012. Il nuovo Codice di comportamento dei dipendenti pubblici – adottato con d.p.r 16 aprile 2013, n. 62 in applicazione di tale previsione – reca all'art. 13 la formulazione dei doveri specifici dei dirigenti pubblici.

[20] Cfr. il testo dell'art. 53, comma 3-bis del d.lgs. 165/201, introdotto dall'art. 1, comma 42 della l. 190/2012.

[21] Sul punto, vedi la recente lettura del fenomeno ad opera di *F.* DI MASCIO, Partiti e Stato *in Italia. Le* nomine pubbliche tra clientelismo e *spoils system*, Il Mulino, 2012.

Copyleft – Ius Publicum

governo Monti), fondamentalmente ispirate dall'obiettivo di recuperare efficienza e risorse distratte dai "bruciate" dalla corruzione[22].

5. DIRIGENZA E DIRIGENZE PUBBLICHE

Proprio gli interventi occasionati dalle recenti politiche di prevenzione/contrasto della corruzione ripropongono la dialettica (accentuata dall'articolazione autonomistica delle competenze normative in materia di organizzazione nel Titolo V, Parte II Cost.) tra uniformità e differenziazione relativamente a disciplina e *status* delle dirigenze pubbliche. Da una parte, infatti, la dottrina è sempre più consapevole della opportunità di declinare l'analisi muovendo dall'accentuata articolazione dell'oggetto di studio (ora, in termini pluralismo amministrativo[23]; ora, con riferimento alle differenti tipologie di responsabilità che variamente incombono sui dirigenti[24]), pur mantenendo l'aspirazione[25] (a volte

[22] Cfr. il *Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione nella PA*, 7 novembre 2012, disponibile in http://tinyurl.com/ltbwwbx

[23] Cfr. G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2011.

[24] V. PAPA, *Dirigenze pubbliche e responsabilità "al plurale" tra oscillazioni normative e giurisprudenziale, in Lav. Pubb. Amm., n. 6, 2011.*

[25] Fattore che G. NICOSIA (2011) individua nella titolarità del potere datoriale e di micro-organizzazione; mentre B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli, 2012, (v. *infra*) lo rinviene nella condizione di indipendenza soggettiva da assicurarsi ai dirigenti nei confronti degli organi politici.

Copyleft – Ius Publicum

frustrata[26]) di individuare una *ratio* unificante. Dall'altra, il legislatore nazionale opera (esplicitamente) nel senso di una ricostruzione *uniforme* dello *status* della dirigenza (soprattutto con riferimento agli istituti a tutela dell'imparzialità), (pro)ponendosi come interprete autentico (e preferenziale) di soluzioni costituzionalmente orientate[27], ciò che non si è mancato di notare[28].

[26] E' il caso del tentativo di V. PAPA (2011), che opta per la lettura strutturalista in termini di *agency* del rapporto tra organo politico (*principal*) e dirigente (*agent*).

[27] Così, ai sensi dell'art. 22, comma 1 del d.lgs. 39/2013, le disposizioni in materia di inconferibilità/incompatibilità degli incarichi "recano norme di attuazione degli articoli 54 e 97 della Costituzione e prevalgono sulle diverse disposizioni di legge regionale, in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e presso gli enti privati in controllo pubblico".

[28] Parla esplicitamente di un ''nuovo modello di uniformità'' E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialita` dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, vol II; ma v. anche, con toni critici, A. PIOGGIA, *Gli enti locali di fronte all'attuazione della riforma Brunetta. Chi crede nelle autonomie?*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012; nonché (con specifico riferimento alla tolleranza della Corte Costituzionale rispetto all'invasività della disciplina statale) A. BOSCATI, *Ordinamento civile per incarichi dirigenziali ad esterni e per procedure di mobilità tra enti*, in *Riv. it. dir. del lavoro*, 2011, *n.* 4, II, 1197.

Copyleft – Ius Publicum

6. LA CONDIZIONE SOGGETTIVA DEI DIRIGENTI: REQUISITO PER L'ATTIVAZIONE DEL MODELLO DELLA DISTINZIONE

Le dinamiche ordinamentali sopra richiamate indicano che l'effettività del principio di distinzione passa per il rafforzamento delle garanzie strutturali di imparzialità della dirigenza, nella relazione con gli organi politici.

In particolare, il "raffreddamento" dei legami rispetto a (immediatamente precedenti o contemporanei) mandati "politici", sancito dalla disciplina delle inconferibilità/incompatibilità opera su due piani (par. 3). Come detto, mira a tutelare la fiducia dei cittadini nell'esercizio imparziale della funzione pubblica, dal momento che esclude l'accesso a tali cariche da parte del personale più palesemente sospettabile di un *bias* politico. Contemporaneamente, sottrae agli organi di indirizzo un meccanismo di *influenza* e *condizionamento* dei titolari di incarichi dirigenziali. D'altro canto, la "sterilizzazione" dei risultati dei processi di valutazione dei risultati conseguiti dai dirigenti (par. 4) opera in senso contrario: assegnazione, revoca, rinnovo degli incarichi tornano nella disponibilità (sostanzialmente piena) degli organi politici, e possono essere utilizzati come efficace strumento di condizionamento dei dirigenti.

A questo proposito, in letteratura si propone di qualificare (e modellare di conseguenza) la condizione da assicurare al dirigente nei confronti della controparte politica in termini di indipendenza soggettiva[29]. E si suggerisce che detta condizione (che si ritiene compatibile con la piena soggezione dell'attività amministrativa all'indirizzo politico) non costituisca solo il necessario presupposto per l'imparzialità nell'esercizio dei compiti riservati, ma rappresenti anche un pre-requisito indispensabile all'attivazione delle *dinamiche* della distinzione. Eliminati i canali di condizionamento diretto/personale, infatti,

[29] Cfr. B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli, 2012.

Copyleft – Ius Publicum

gli attori politici si troverebbero indotti a privilegiare (gioco forza) i meccanismi della valutazione delle *performance* e dei risultati, come effettivi strumento di governo e di guida dell'attività amministrativa.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

SENIOR CIVIL SERVANTS ("DIRIGENTI") IN ITALY

ANNUAL REPORT - 2013 - ITALY

(May 2013)

Dott. Benedetto PONTI

INDEX

1. INTRODUCTION
2. THE EXCLUSIVE POWERS OF SENIOR CIVIL SERVANTS: CLARIFICATION ON THE CONSTITUTIONAL CONSTRAINT
3. OUTCOME ASSESSMENT: BACKWARD STEPS IN THE PRACTICE OF SO-CALLED "DISTINCTION BETWEEN POLITICS AND ADMINISTRATION"
4. ACCESS TO OFFICE POSITIONS AND ANTI-CORRUPTION ACT
5. THE PLURALITY OF SENIOR CIVIL SERVANTS' BODIES
6. THE GUARANTEE OF PERSONAL INDEPENDENCE OF SENIOR CIVIL SERVANTS: A REQUIREMENT TO MAKE EFFECTIVE THE 'DISTINCTION' SCHEME

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUCTION

This annual report has been designed and structured as an update of the 2011 report (F. Merloni, *The senior Civil Servants in Italy*, in this review) that offered a broad and comprehensive overview on the basic discipline of the Italian senior civil service system, the peculiarities of its role and tasks as they relate to the model of distinction between politics and administration, as well as on open questions on the subject. Consistent with this approach, the 2012 report considers only evidence supproting traits of novelty or advances in terms of legislative systems, jurisprudential arrests and scholarly debate.

2. THE EXCLUSIVE POWERS OF SENIOR CIVIL SERVANTS: CLARIFICATION ON THE CONSTITUTIONAL CONSTRAINT

The principle of distinction between political tasks – which belong to the political offices within the administration – and management/day-by-day tasks – which are reserved exclusively to the professional offices ("organi dirigenziali") – outlines (peculiar to the European framework[1]) an articulation of the machinery of government that aims to combine the requirements expressed by Art. 95 of the Constitution – i.e. a *democratic-led administration* – and those of Art. 97 of the Constitution – an *impartial, efficient and*

[1] See F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, Il Mulino, 2006

Copyleft – Ius Publicum

effective administration. There is no doubt that this articulation has been confirmed and strengthened over time. In particular, in 1998 a general clause expressly arranged that the management tasks previously attributed to political organs of government be transferred to professional offices[2]; and then, in 2001, it was stated that the principle of distinction could be waived only by a dedicated act of law[3]. It remained unclear whether that arrangement is actually an option (among different patterns of relationship between politics and administration, all compatible with the Constitution), or if the principle of distinction is to be understood (by now) as constitutionally imposed (and therefore non-cancellable). The Constitutional Court has always linked the principle of distinction in a more or less direct way to the requirements of impartiality (in particular) and efficiency settled in the Art. 97 of the Constitution[4]. Notwithstanding, it remains to be ascertained whether (and under what conditions) the parliament is actually bound to the principle of distinction. Called recently to assess the constitutionality of a rule adopted by a regional authority (the autonomous Region of Sardinia), in which the passing of an environmental permit was conferred to a political body[5], the Court[6] reiterated in explicit terms that "the separation [or rather, *the distinction*, e.n.] between activities of political leadership and administrative, day-by-day

[2] Art. 45 , Legislative Decree 80/1998, after Art. 70, par. 6, Legislative Decree 165/2001 "the provisions conferring to governing bodies the adoption of measures of management or administrative measures referred to in Article 4, paragraph 2, of this Decree shall be construed in the sense that its jurisdiction shall lie with sernior civil servants offices".

[3] Art. 4, par. 3, Legislative Decree 165/2001 "the tasks of the senior civil servant offices mentioned in paragraph 2 may be departed from only expressly and by specific laws".

[4] *See* Constitutional Court, n. 103/2007 and 34/2010;

[5] Art. 48, par. 3, of Sardinian Regional Law n. 9/2006 - challenged by the local administrative judge - in fact assigned to the Regional Committee (political board, placed at the top of the regional administration) – based on a proposal by the member of commitee delegated for environmental protection affairs – the Environmental Impact Statement (EIS) decision.

[6] See Constitutional Court, n. 81/2013.

Copyleft – Ius Publicum

functions [...] constitutes a general principle, which finds its foundation in Art. 97 of the Constitution"[7]. However, the Constitutional Court also added that "the identification of the exact demarcation line between the acts of government attributable to the political body and the competence of the bureaucratic bodies, nevertheless, it is up to the Act of law" which, in turn "in identifying political leadership acts and those of administrative nature, [...] cannot make choices that, unreasonably in contrast to the principle of separation, adversely affect the impartiality of public administration". Thus, the legislator seems to have a "room for maneuver", albeit limited, allowing him – into unique, detailed and justified cases – to *reasonably* attract task of administrative nature – if and to the extent that it is characterized by a "special political significance" – within the competence of a political body[8]. The principle of distinction is thus articulated more precisely as a general principle, but with no absolute extent, and which can be waived (only by an Act of law; only in circumscribed and explicit terms), within the limits of a reasonable protection of the administrative impartiality's requirement[9].

[7] *Id.* "[the argument that] the principle of separation between political and administrative competences is an expression Art. 97 of Constitution" is considered "in line with the constitutional jurisprudence".

[8] *Id.* "the choice made by the regional legislature determines a division of powers between the commeettee and the regional senior civil servants that does not appear unreasonable, in consideration of the particular complexity of the EIA. In the latter act, in fact, along with verification of a technical nature about the environmental compatibility of the project, which fall entirely in the field reserved to beaurocratic offices sense and that are made during the preparatory phase, there are also assessments that – in balancing among them a number of public interests such as environmental protection, local governance and economic development – undoubtedly take a particular political significance. For this reason, the division of powers provided for by the contested provision, in an area characterized by a mix of technical activities and political assessments, does not infringe Article. 97 of the Constitution".

[9] According to the Court, an exception to the principle of distinction is lawful only if the scope of the derogation is explicitly limited, and if the technical advice provided by administrative offices to the final adjudication plays an effective procedural role.

Copyleft – Ius Publicum

3. OUTCOME ASSESSMENT: BACKWARD STEPS IN THE PRACTICE OF SO-CALLED "DISTINCTION BETWEEN POLITICS AND ADMINISTRATION"

As has already been pointed out in the 2011's report, the effectiveness of the model of the distinction depends particularly on the actual and effective functioning of the assessment system of the outcome achieved by senior civil servants during the performance of the reserved task, which in turn is a prerequisite for the activation of s.c. "managerial accountability". Ruling acts immediately following the Legislative Decree no. 150/2009 (which greatly emphasized the centrality of the assessment system as a prerequisite for appointing senior civil servants in accordance with the distinction principle) have largely disregarded this setting, often invoking as a justification the need for spending cut and rationalization, but raising numerous and detailed criticism in the literature[10]. Hence, it is no longer mandatory to give reasons for non-renewal in case of expiring assignment (or pending reorganization), also in the absence of a negative assessment[11]. Moreover, even the early termination of the assignment may be lawful, regardless of the findings of the assessment processes, if aimed at ensuring maximum functionality and flexibility[12]. In doing so, those rulings acts of law allow (again) to nullify the impact of performance assessment of senior civil servants on assignment renewal (yet, continuation), and this way help undermine an effective distinction between politics and administration, because the senior civil servant holding an office is indifferent to the performance and outcome

[10] *See* S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 39; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica* (*spoils system*) *contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Foro amm-TAR*, 2011, 09, 2968.

[11] Art. 9, par. 32, Decree-law n. 78/2010.

[12] Art. 1, par. 18, Decree-law n. 138/2011

Copyleft – Ius Publicum

achieved (she/he isentitled to be assessed). Rather she/he will tend to satisfy the will of those who can (well, more freely) arrange the assignment (e.g. the political body), thereby compromising the condition of professional autonomy (or rather, personal independence, *see below*), which is a prerequisite for the distinction model to be operational in terms of fairness/impartiality. The formal distinction of tasks is thus contradicted in practice and emptied of structural requirements in the relationship between political bodies and administrative offices.

4. ACCESS TO OFFICE POSITIONS AND ANTI-CORRUPTION ACT

Within the context of policies implemented to fight bribery, administrative corruption and maladministration[13], innovative regulations on the appointment of positions in bureaucratic offices (including the top administrative positions) have been introduced, together with an equally innovative ruling on disqualification[14]. The *ratio* of this intervention is to prevent:

[13] Policies launched with the Parliament Act of Law, n. 190/2012, s.c. Anticorruption Law: see B. G. MATTARELLA - M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Totino, Giappichelli, 2013.

[14] Legislative Decree n. 39/2013, ruled on the basis of the Act of Law n. 190/2012, Art. 1, par. 49 e 50. *See* F. MERLONI - G. SIRIANNI - B. PONTI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 8-9/2013, 806.

Copyleft – Ius Publicum

1) a conflict of interest that favour objectively the distraction of public functions, to the detriment of impartiality, and the maturation of unlawful behavior, relevant to tort or criminal law;

2) the decay of citizens trust on fair exercise of public functions held by the senior civil servants, as clearly politically patronized or placed in a career politically characterized; For these purposes, the following terms are provided:

a) a number of rules that prevent the assignement (so-called "*inconferibilità*") of office positions to senior civil servants (or to ousourced professionals), who (alternatively): a.1) were sentenced, also not yet with a final decree, for a crime against the public administration (in case of minor crimes, just for conviction occurred within the previous five years)[15];

a.2) – within the two previous years – have carried out assignments and held positions in state controlled body or corporation, or have played professional activities which were regulated, funded or otherwise paid by the public administration conferring the assignement[16];

a.3) – within the two/one previous years – were members of a political/governing body: the application of that rule is then declined with the territorial level of government involved, depending on whether the managerial assignement is both at local, regional or national level[17];

[15] Legislative Decree n. 39/2013, Art. 3

[16] Legislative Decree n. 39/2013, Art. 4 e 5

[17] Legislative Decree n. 39/2013, Art. 3, 7 e 8

Copyleft – Ius Publicum

b) a number of situations listed as incompatible with a managerial assignment already in charge (i.e. disqualifications from holding office, subject to forfeiture of the assignment). Those situations are essentially the same[18] as those referred to in points a.2) and a.3).

The above set of rules is certainly consistent with the assumptions and requirements of the principle of distinction (which is strengthened as a result). In particular, on one hand it acknowledges the need to set up specific tools to protect the fair exercise of the administrative action; tools to be modeled after the needs of the offices called to perform the administrative management (see the 2011 report). A requirement that is also reflected in other measures set forth in the Anti-corruption Act, in particular when a specific code of conduct is planned for the holders of executive office assignment[19]; or even when it is required to identifiy the situation - different according to different roles of senior civil servants - in which it is still forbidden to carry out a (remunerated) external assignment[20].

On the other hand, this ruling contribute to a condition of the senior civil servants that is more consistent with the requirements imposed by the *distinction principle*, which necessarily involves a shrinking room for maneuver of the political bodies in the distribution of management positions (as already highlighted in the 2011 report), with reference (in this case) to the need to avoid that the appointing power[21] is used as a way to

[18] Legislative Decree n. 39/2013, Art. 9 to 14

[19] Art. 54 of the Law on public employement (Legislative Decree n. 165/2001), as amended by Act of Law, n. 190/2012. The resulting new *Code of ethics* (d.p.r. n. 62/2013) include some duties specifically designed for public managers (*see* Art. 13)

[20] Art. 53-bis of the Law on public employement (Legislative Decree n. 165/2001), as amended by Act of Law, n. 190/2012.

[21] On that issue, *see* F. DI MASCIO, *Partiti e Stato in Italia. Le nomine pubbliche tra clientelismo e spoils system*, Il Mulino, 2012.

Copyleft – Ius Publicum

"reward" political loyalty (in performing public functions), and to ensure career continuity to political class members.

In this case, therefore, the strengthening of the model of distinction (impartiality side) could benefit from the effects of anti-corruption policies (promoted by the government Monti), that instead are basically inspired by the aim of gaining efficiency, and recovering resources diverted or wasted by corruption[22].

5. THE PLURALITY OF SENIOR CIVIL SERVANTS' BODIES

The recent anticorruption policies reproduce the dialectic (enhanced by decentralized legislative competence designed in the Title V, Part II of the Constitution) between uniformity and differentiation with respect to discipline and *status* of senior civil servants. On the one hand, indeed, scholars are increasingly aware of the opportunity to articulate the analysis along the object of study (differentiated because of administrative pluralism[23] and different types of responsibilities imposed on public managers[24]), while

[22] See the *Study Commission on Anticorruption and Tranparency issues final report*, november 7, 2012, available at http://tinyurl.com/ltbwwbx.

[23] *See* G. Nicosia, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2011

[24] *See* V. PAPA, *Dirigenze pubbliche e responsabilità "al plurale" tra oscillazioni normative e giurisprudenziale, in Lav. Pubb. Amm., n. 6, 2011.*

Copyleft – Ius Publicum

maintaining the aim to identify a unifying *ratio*[25] (an aim frustrated, in some cases[26]). On the other hand, the national legislature acts (explicitly) towards a standardization of the status of senior civil servants (especially in reference to institutions for the protection of impartiality), posing itself as the single (or preferred) interpreter of the Constitution Act[27], as has been pointed out timely[28].

[25] G. NICOSIA, *op. cit.*, identifies that unifying *ratio* with organizative and employer powers of managers, whereas B. PONTI (*Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli, 2012, *see infra*) with the personal condition of independence to ensure the senior civil servants against political bodies.

[26] See V. PAPA, *op. cit.*, for a structuralist interpretation: the relationship between political body (*principal*) and public managers (*agent*) is understood in terms of *agency.*

[27] Thus, acording to Art. 22, Par. 1, the rules of Legislative Decree n. 39/2013, on appointing-to /disqualifing-from offices, implement Artt. 54 and 97 of the Constitution, and overrule regional legal discipline on the same issue.

[28] *See* E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialita` dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, vol II, who refers to a new uniformity model; *see also*, rather critical, A. PIOGGIA, *Gli enti locali di fronte all'attuazione della riforma Brunetta. Chi crede nelle autonomie?*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012; as well (with specific reference to the compliance of the Constitutional Court jurisprudence as regards the predominance of the national legislation) as A. BOSCATI, *Ordinamento civile per incarichi dirigenziali ad esterni e per procedure di mobilità tra enti*, in *Riv. it. dir. del lavoro*, 2011, *n.* 4, II, 1197.

Copyleft – Ius Publicum

6. THE GUARANTEE OF PERSONAL INDEPENDENCE OF SENIOR CIVIL SERVANTS: A REQUIREMENT TO MAKE EFFECTIVE THE 'DISTINCTION' SCHEME

The recent innovation recalled above show that the effectiveness of the distinction (between politics and administration) principle is fulfilled by the strengthening of structural guarantees of impartiality of the senior civil servants in their interaction with political bodies. In particular, the slackening of the connection to prior or current political mandates, sanctioned by the discipline of appointment and incompatibility of offices positions (*see* paragraph 3), operates at two different levels. First, it protects the confidence of citizens in the fair/impartial exercise of public function, as that excludes access to such charges by the staff more clearly affected (or supposedly affected) by a political bias; and second, at the same time it removes from political bodies a mechanism for influencing and conditioning the holders of executive assignments.On the other hand, the "neutralization" of the system used for assessing senior civil servants (par. 4) goes in the opposite direction: the power to allocate, revoke and renew assignments to executive managers is again fully available to political bodies, and can be used as an effective tool to influence public managers. In this regard, some scholars propose to qualify (and to shape accordingly) the condition of the senior civil servants holding a management assignment (as counterpart to political bodies) as personal independence.. It is suggested that this condition (which is considered as compatible with the imperative of a democratic-led administration) would not be a mere prerequisite of impartiality, but would also represent an essential requirement for the actual functioning of the distinction scheme. Once the tools of direct conditioning on public managers are disabled, political actors would find themselves effectively forced to give priority to mechanisms that assess senior civil servants in terms of performance and outcome as the only available tools for governing and leading the administration.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

MODELLI DI TUTELA NON GIURISDIZIONALE: I RICORSI AMMINISTRATIVI

REPORT ANNUALE – 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Dott. Marco CALABRÒ

INDICE

1. RICORSI AMMINISTRATIVI E FUNZIONE GIUSTIZIALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

2. IL RICORSO IN OPPOSIZIONE E IL RICORSO GERARCHICO: CARENZA DI ATTUALITÀ ED INEFFICACIA

3. PECULIARITÀ DEL RICORSO GERARCHICO IMPROPRIO E SUE APPLICAZIONI. IL RICORSO IN MATERIA DI ACCESSO AGLI ATTI

4. LA RECENTE EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEL RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO

4.1 Il tradizionale dibattito circa la natura giuridica

4.2 La riforma ad opera dell'art. 69 della l. 18 giugno 2009, n. 69 e la tendenziale giurisdizionalizzazione dell'istituto

4.3 Le ultime novità introdotte dal Codice del processo amministrativo

Copyleft – Ius Publicum

1. RICORSI AMMINISTRATIVI E FUNZIONE GIUSTIZIALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Nell'ordinamento italiano gli istituti ricondotti nell'ambito della categoria dei ricorsi amministrativi[1] sono: il ricorso in opposizione, il ricorso gerarchico, il ricorso gerarchico improprio ed il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Il fenomeno dei ricorsi amministrativi – intesi quali istituti giuridici mediante i quali è riconosciuta al cittadino la facoltà di sindacare l'attività della pubblica amministrazione rivolgendosi non ad un giudice, bensì al medesimo apparato amministrativo – rinviene le sue radici, invero, nello Stato assoluto e nel relativo potere di grazia del sovrano. In quel contesto politico-istituzionale il cittadino era sostanzialmente privo della possibilità di contestare innanzi ad organi giudiziari l'operato degli apparati pubblici, con la conseguenza che tali embrionali fattispecie di contenzioso amministrativo finivano per essere le uniche forme di reazione offerte dall'ordinamento, o meglio sarebbe affermare le modalità attraverso le quali il potere rimarcava la sua unilateralità e insindacabilità da parte di terzi. Sarebbe, infatti, poco corretto attribuire agli istituti in esame – così come inquadrati in quel quadro storico-istituzionale – la qualifica di strumenti di tutela delle posizioni giuridiche private: i caratteri propri dello Stato assoluto e la coessenziale immedesimazione dell'interesse generale nell'interesse nazionale di matrice hegeliana comportavano, tra l'altro, l'esigenza di interdire a soggetti terzi (anche di natura giurisdizionale) la conoscenza dei c.d. "affari amministrativi", attribuendo, pertanto, alla sola autorità amministrativa la competenza a conoscere del suo contenzioso. L'ampia autonomia e discrezionalità riconosciute all'amministrazione erano considerate attribuzioni sue proprie, conseguenze necessarie del suo essere unico soggetto titolare del dovere e della responsabilità di provvedere alla cura

[1] Disciplina dei ricorsi amministrativi A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 381 ss.; G. FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, 2003, 4147 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 143 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 609 ss.

Copyleft – Ius Publicum

dell'interesse pubblico. L'intervento del cittadino ricorrente, conseguentemente, finiva per rappresentare nulla più che un semplice apporto alla legalità dell'agire pubblico, nella misura in cui l'interesse individuale trovava una sua tutela solo se ed in quanto coincidente con l'interesse oggettivo dell'amministrazione.

Anche a seguito dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato (1889) – nonostante si fosse individuato un giudice legittimato a sindacare l'esercizio dell'azione amministrativa – i ricorsi amministrativi continuarono a svolgere un ruolo di carattere pregiudiziale nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa, nel senso che l'esperibilità dell'azione giurisdizionale era condizionata alla definitività[2] dell'atto, conseguibile, appunto, attraverso la previa impugnazione dello stesso in via amministrativa. Anche in tale contesto, pertanto, la valenza propriamente "difensiva" dei ricorsi amministrativi era alquanto limitata; tali istituti (in special modo il ricorso gerarchico) finivano per rappresentare l'ulteriore conferma della sostanziale intangibilità del potere pubblico; basti infatti rilevare al riguardo che alla pubblica amministrazione adita era sufficiente mantenere un atteggiamento inerte per evitare che il provvedimento contestato potesse conseguire il carattere della definitività, con conseguente preclusione della tutela di tipo giurisdizionale.

Invero, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, che esprimeva una netta "preferenza" per i rimedi giurisdizionali, e con il venir meno del requisito della definitività dell'atto quale condizione di ammissibilità dell'azione giudiziaria (L. n. 1034/1971), non si assistette all'abbandono dell'istituto del ricorso amministrativo. Ebbe invece avvio un

[2] Definitività del provvedimento amministrativo e ricorsi amministrativi L. RAGNISCO, M. ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, (voce) in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1962, 589 ss.; G. BERTI, *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, 80 ss.; G. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 1 ss.; L. MAZZAROLLI, *L'atto definitivo, la teoria dell'assorbimento e la riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 701 ss.; F.G. SCOCA, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1977, 375 ss.; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, (voce) in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 684 ss.

Copyleft – Ius Publicum

processo di crisi identitaria che tuttora interessa la tutela amministrativa interna, che ha poi condotto ad una riforma contenente una disciplina organica e ed unitaria dei ricorsi amministrativi (d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199[3]) tendente ad assegnare ad essi una funzione completamente innovativa, effettivamente garantista: prospettiva che, sebbene tra perduranti contraddizioni, ancora oggi rappresenta il nuovo obiettivo al riguardo.

La complessità del fenomeno riguardante i ricorsi i amministrativi, e la concezione fortemente evolutiva della tutela amministrativa e dei suoi istituti, si rivelano strettamente legati all'accennato passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale (o di diritto) e, in seguito, all'affermazione di una giurisdizione amministrativa contestuale all'approdo del c.d. Stato sociale. Invero, l'impianto ordinamentale che configurava i ricorsi amministrativi quali rimedi obbligatori condizionanti l'esperibilità stessa del ricorso giudiziario, rendeva legittimo dubitare della funzione propriamente garantista degli stessi, apparendo essi idonei piuttosto a rimarcare connotati propri di un'amministrazione unilaterale e autoritativa. Secondo la dottrina maggioritaria, la concezione tradizionale dei ricorsi amministrativi[4] equiparava tali istituti, a carattere solo apparentemente contenzioso, alla fase (eventuale) conclusiva del procedimento di formazione dell'atto amministrativo, mediante la quale al cittadino era consentito contribuire all'azione amministrativa nella formazione della definitività dell'atto. Alla luce della soppressione del regime della tutela giurisdizionale condizionata, deve ormai ritenersi definitivamente superata tale posizione: la circostanza che il cittadino che ritenga di essere stato leso in un suo interesse giuridicamente rilevante sia del tutto libero di utilizzare o meno la via della tutela amministrativa – senza che la p.a.

[3] D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 P. VIRGA, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1972; G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano, 1975; A. QUARANTA, G. GRASSO, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1981; A. DE ROBERTO, P.M. TONINI, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984.

[4] Concezione tradizionale dei ricorsi amministrativi V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 78; A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, voce in *Nss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 975 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 155.

Copyleft – Ius Publicum

possa in alcun modo influire sulla scelta – rende incontestabile l'inquadramento dei ricorsi amministrativi nell'ambito delle forme di tutela offerte al privato dall'ordinamento.

Tale processo evolutivo sembra, del resto, coerentemente inquadrarsi nell'ambito della più ampia trasformazione che ha nel tempo vissuto la concezione stessa di interesse pubblico. Come si è illustrato, infatti, la tutela amministrativa ha origine in un contesto storico nel quale l'apparato pubblico era considerato il solo titolare del potere di individuare e di perseguire l'interesse pubblico mediante l'esercizio di un'azione avente carattere essenzialmente autoritativo. All'epoca, l'intervento del potere esecutivo (di tipo autoritativo) era limitato a pochi ambiti, essenziali a garantire la protezione "esterna" delle libertà dei singoli e della proprietà, quali l'ordine, la giustizia, la sicurezza, e le finanze. Alla luce di ciò appariva perfettamente coerente che il ruolo del privato fosse quello di soggetto "passivo" di fronte alle scelte di un'amministrazione autoritativa, inaccessibile e dotata di un'ampia sfera di autonomia: il principio di legalità, infatti, affidando alla legge (espressione della sovranità popolare) il compito di perimetrare il campo di azione dell'amministrazione, impediva a quest'ultima di varcare tali confini, ma, nel contempo, le attribuiva una notevole libertà di azione. Con l'emersione dello Stato sociale pluriclasse, e la consequenziale estensione delle aree di intervento dell'amministrazione nella vita del cittadino, ebbe inizio un lento ma inesorabile processo di riduzione della sfera di autoritatività della p.a.: all'esigenza, propria dello stato liberale, di un esecutivo forte ed autonomo in grado di proteggere il ceto borghese dalle minacce all'esercizio delle sue libertà (prevalentemente a tutela della proprietà, riservata a pochi), si sostituì la pretesa di una società composita, interessata a vedersi garantiti i propri diritti e le proprie legittime aspettative anche attraverso un più penetrante sindacato dell'agire pubblico.

Volendo analizzare il fenomeno nella prospettiva della dialettica autorità/libertà, può infatti rilevarsi come, mentre lo Stato liberale aveva risolto in maniera lineare tale rapporto dicotomico separando nettamente i due elementi (autorità-Stato; libertà-cittadino), lo Stato post-liberale si è dovuto confrontare con una realtà dotata di maggiore complessità, nella quale si registrava una moltiplicazione dei momenti di contatto (e conflitto) tra apparato statale e società civile. Come noto, ciò ha nel tempo condotto ad una sostanziale rivisitazione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, poi confluita nella legge

Copyleft – Ius Publicum

generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990: i principi e le regole di azione *ivi* codificati hanno inevitabilmente contribuito all'evoluzione della nozione stessa di interesse pubblico, il cui perseguimento non è considerata più una prerogativa esclusiva della p.a. (accezione astratta e monolitica), bensì il risultato di un processo di sintesi tra i diversi interessi (pubblici e privati) di volta in volta coinvolti, sintesi cui non solo può, ma deve poter, contribuire anche il cittadino (accezione di interesse pubblico concreto). Con ciò non si intende affermare che il coinvolgimento del privato e la necessaria considerazione dei suoi interessi conducano alla completa erosione dell'autorità dell'amministrazione; tale autorità, tuttavia, non trae più origine dal carattere soggettivo di chi agisce, bensì dalla necessità che la decisione si formi nel rispetto di determinati principi e secondo oggettivi criteri di riconoscimento, tali da rendere l'azione amministrativa idonea a garantire il soddisfacimento di un interesse che appartiene alla collettività, ma della cui realizzazione è investita l'amministrazione. Quest'ultima, infatti, non rinviene più nella (sola) legge la legittimazione della sua azione, nella misura in cui il potere legislativo finisce spesso per limitarsi a fornire all'esecutivo i canoni generali (di principio e di modalità di azione) mediante i quali condurre la delicata operazione consistente nella corretta individuazione dell'interesse pubblico o, meglio, degli interessi pubblici, e della più opportuna (oltre che legittima) via per perseguirli. Appare ormai indiscutibile che nell'ambito della c.d. amministrazione attiva, l'esercizio (autoritativo) del potere pubblico trova una sua più sostanziale giustificazione "dal basso", laddove i soggetti destinatari dello stesso siano stati posti nelle condizioni di partecipare alla formazione della decisione amministrativa, in un momento procedimentale e attraverso strumenti che si rivelino adeguati allo scopo. L'esercizio dell'autorità (opportuno e utile) permane invece nella fase attuativa della decisione "concordata", i cui parametri di valutazione restano comunque fissati dalla norma.

Nel ricondurre le predette considerazioni al peculiare contesto della tutela amministrativa, dunque, può osservarsi come il descritto processo di riduzione della sfera di autoritatività dell'azione pubblica e la relativa trasformazione della nozione di interesse pubblico abbiano inevitabilmente condotto ad una completa rivisitazione (come si avrà modo di evidenziare *infra*, spesso, invero, solo teorica) dell'istituto dei ricorsi amministrativi, non più intesi come strumenti posti apparentemente a tutela del cittadino

Copyleft – Ius Publicum

ma invero a presidio dell'intangibilità del potere pubblico, bensì quali rimedi in grado di fornire una protezione effettiva alle posizioni giuridiche private "coinvolte" dall'agire dell'amministrazione. Quest'ultima, in altri termini, adita dal cittadino ricorrente, è chiamata a porre in essere un comportamento doveroso, concretantesi nell'esame – secondo canoni di giustizia – della domanda di tutela presentata, la cui pretesa satisfattiva, peraltro, sembra rinvenire oggi un ulteriore fondamento nel diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Solo tale *ratio* posta a fondamento dei ricorsi amministrativi consente di giustificarne ancora la permanenza all'interno dell'attuale assetto ordinamentale, rinvenendo nuova linfa e giustificazione.

In tale prospettiva, i ricorsi amministrativi sono ormai usualmente collocati all'interno dell'esercizio della c.d. funzione giustiziale[5], intesa quale attività della pubblica amministrazione volta a risolvere al proprio interno, ma in modo imparziale ed obiettivo, un conflitto con il cittadino, senza esigenza del ricorso al potere giudiziario. In realtà è possibile sin d'ora osservare come non tutti i ricorsi amministrativi soddisfino appieno i requisiti propri dell'esercizio di una funzione propriamente giustiziale e tale circostanza rappresenta la principale ragione della crisi identitaria che tuttora investe taluni degli strumenti in esame. Lo scopo istituzionale consistente nel riconoscimento al privato di

[5] Funzione giustiziale F. TRIMARCHI BANFI, *Modalità giustiziali e funzione giustiziale nei ricorsi amministrativi*, in *Le Regioni*, 1985, 897 ss.; E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986; T. ANCORA, *L'amministrazione giustiziale*, in *Cons. St.*, 1988, II, 1687 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 543 ss.; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, (voce) in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000; M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 597 ss.; A. ALBANESE, *L'amministrazione giustiziale in Austria*, in *Dir. amm.*, 2010, 457 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012; M.R. SPASIANO, *La funzione giustiziale nell'amministrazione pubblica*, in M.R. Spasiano, D. Corletto, M. Gola, D.U. Galetta, A. Police, C. Cacciavillani (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Bologna, 2012, 393 ss.

Copyleft – Ius Publicum

ulteriori strumenti di giustizia appare, infatti, il più delle volte perseguito in maniera inadeguata, parziale, senza idonee garanzie di difesa per il cittadino; in carenza di quei requisiti minimi di giusto processo ed efficienza (e, quindi, anche di fiducia e affidamento da parte del privato) condizioni di qualificazione propri di qualsiasi rimedio paragiurisdizionale. Del resto, se, come da tempo chiarito dalla Corte Costituzionale, i canoni garantistici del "giusto procedimento" – volti ad assicurare scelte trasparenti e verificabili – non possono non trovare una loro piena applicazione nell'esercizio della funzione di amministrazione attiva (Corte Cost., 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1353; Corte Cost., 14 dicembre 1995, n. 505, in *Giust. civ.*, 1995, I, 651), a maggior ragione si può sostenere che le suddette garanzie procedimentali debbano essere riconosciute al cittadino (e in termini ancora più pregnanti) nel peculiare contesto dell'esercizio della funzione giustiziale, attesa la specificità dell'interesse pubblico (di difesa delle posizioni giuridiche coinvolte) che connota tale ambito.

Tra gli elementi fondanti e giustificativi della funzione giustiziale si suole innanzitutto annoverare il potere di autotutela[6], in particolare nella sua declinazione di autotutela decisoria a carattere contenzioso, quale peculiare espressione del pubblico potere attraverso cui l'amministrazione ha la capacità di decidere sui ricorsi presentati da parte di soggetti privati, volti a riformare o annullare una precedente decisione. La circostanza che si tratti di attività amministrativa e non giurisdizionale ha in passato indotto la dottrina a sottolineare come la decisione finale non fosse idonea a soddisfare unicamente l'interesse del privato, bensì anche, indirettamente, quello dell'amministrazione al buon andamento della sua azione, con ciò giustificandosi affievolimenti di protezione della posizione del

[6] Potere di autotutela della pubblica amministrazione F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, (voce) in *Enc dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss.; G. GHETTI, *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 80 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela*, (voce) in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 830 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 35 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 1223 ss.

Copyleft – Ius Publicum

cittadino. In questa prospettiva, infatti, la domanda di giustizia sarebbe destinata ad essere esaminata anche attraverso il diaframma del perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla funzione di amministrazione attiva, origine del procedimento di autotutela. Come si è già avuto modo di chiarire, invero, la moderna concezione di autotutela contenziosa – adeguandosi al processo di tendenziale riduzione della sfera autoritativa vissuto negli ultimi anni dalla pubblica amministrazione – si fonda piuttosto su di una funzionalizzazione puramente (e non mediatamente) giustiziale, ai sensi della quale la facoltà di risolvere i propri conflitti non risponde a ragioni di privilegio della p.a., bensì di doverosità. Tale passaggio consente, inoltre, di marcare con maggiore intensità la distinzione esistente tra amministrazione attiva e amministrazione giustiziale: se è vero, infatti, che l'agire in modo "giusto", corretto, imparziale è proprio di qualsiasi attività esercitata dalla p.a., la funzione specifica dell'amministrazione giustiziale diventa quella di introdurre momenti particolari di garanzia a salvaguardia di tale interesse alla giustizia. In tal senso, la recente giurisprudenza ha chiarito che il carattere giustiziale del ricorso amministrativo, e le garanzie che esso comporta, implicano che la relativa decisione finale – pur mantenendo la natura di provvedimento amministrativo – non è soggetta a revoca o annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2012, n. 4150, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2059; Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 2005, n. 2675, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1399).

Ulteriore elemento fondativo dell'esercizio di una funzione giustiziale è, poi, rappresentato dalla sussistenza, in capo agli organi titolari del potere di decidere, di un grado di imparzialità tale da soddisfare l'interesse generale alla giustizia cui essi sono preordinati. In tale contesto, il requisito dell'imparzialità[7] è, invero, declinato nella sua

[7] Imparzialità della pubblica amministrazione P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, IV, Padova, 1958, 25 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, (voce) in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 1 ss.; R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV. *Diritto*

Copyleft – Ius Publicum

accezione organizzativa (statica), inteso, in altri termini, non tanto come regola procedimentale in base alla quale l'amministrazione è tenuta a valutare e ponderare i diversi interessi (giuridicamente rilevanti) coinvolti nella fattispecie (accezione dinamica), bensì come indipendenza. E', del resto, evidente che l'attività di risoluzione di una lite, per essere realmente esercitata in funzione del solo interesse generale alla giustizia, deve necessariamente essere attribuita a soggetti pubblici diversi da quelli che esercitano la funzione di amministrazione attiva, soggetti, per l'appunto, da essi indipendenti. Il carattere dell'indipendenza, nell'ipotesi di un organo decidente di tipo amministrativo e non giudiziario, sarà soddisfatto ogni qual volta questi risulterà, da un lato, effettivamente terzo rispetto all'amministrazione la cui attività è oggetto di giudizio, e dall'altro, libero da ingerenze da parte del Governo o di altro soggetto pubblico titolare del potere di nomina. Non è un caso se una certa dottrina, più che richiamare la locuzione di amministrazione imparziale, abbia preferito adoperare in tale contesto la formula amministrazione neutrale[8], alla luce della verifica del rispetto di criteri quali le modalità di nomina dei vertici, la durata del mandato, le garanzie contro le pressioni esterne, l'indipendenza strutturale e finanziaria (CEDU, Sez. IV, 25 agosto 2005, n. 23695, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1321).

amministrativo, (a cura di) Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, Bologna, 1998, 411 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano 2003; S. LARICCIA, *Origini storiche e fondamento costituzionale del principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 1377 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 83 ss.

[8] Amministrazione neutrale A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1984, 440; M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994; F. MERLONI, *Amministrazione «neutrale» e amministrazione «imparziale». (A proposito dei rapporti tra «politica» e «amministrazione»)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.; L. BARRA CARACCIOLO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA*, Torino, 1997; A. VERZA, *La neutralità impossibile*, Milano, 2000.

Copyleft – Ius Publicum

Ciò premesso, possono registrarsi, negli ultimi anni, alcuni interventi legislativi con i quali – pur non essendosi affrontata una revisione organica dell'intero settore dei ricorsi amministrativi – si è cercato di valorizzare le potenzialità di alcuni di essi. In particolare, da un lato, si è intervenuti ampliando l'ambito di applicazione del ricorso gerarchico improprio, estendendolo a settori particolarmente delicati quali il diritto di accesso; dall'altro, sono state introdotte sostanziali modifiche alla disciplina del ricorso straordinario, volte ad estendere anche a tale istituto gran parte delle garanzie proprie dei rimedi di tutela a carattere giurisdizionale.

2. **IL RICORSO IN OPPOSIZIONE E IL RICORSO GERARCHICO: CARENZA DI ATTUALITÀ ED INEFFICACIA**

Il ricorso in opposizione[9] è lo strumento di tutela che, ove previsto dalla legge, il cittadino può utilizzare rivolgendosi alla medesima amministrazione che ha emanato il provvedimento contestato, e può essere esperito, sia per motivi di legittimità che di merito, entro 30 giorni dalla notifica del suddetto provvedimento o dalla sua piena conoscenza (salvo diverso termine decadenziale individuato da disposizioni speciali). Esso rappresenta un rimedio eccezionale, e, in quanto tale, per essere legittimamente utilizzato, necessita di una disposizione *ad hoc* che ne preveda l'operatività nell'ambito di quella determinata fattispecie, anche se, di frequente, tali previsioni speciali non contengono una completa disciplina del ricorso stesso, limitandosi a contemplarne la vigenza. I settori nei quali è maggiormente frequente l'applicazione del ricorso in opposizione sono quelli dell'impiego

[9] Ricorso in opposizione S. LESSONA, *Opposizione (dir. amm.)*, (voce) in *Nss. dig. it.*, XI, 1965, 1058 ss.; P. STELLA RICHTER, *Opposizione*, (voce) in *Enc. giur.*, XXX, Milano, 1980, 523 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; L. MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi*, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, (a cura di) Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, Bologna, 1998, 2048; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 628.

Copyleft – Ius Publicum

presso le pubbliche amministrazioni, della sanità e della pubblica istruzione. Tra le fattispecie più di recente introdotte nel nostro ordinamento si può ricordare il ricorso proponibile, avverso la deliberazione che predispone l'elenco delle candidature, da parte dei dirigenti statali di prima fascia che intendono concorrere alla composizione del Comitato dei garanti di cui al d.lgs. n. 165/2001 (art. 4, d.P.R. 2 marzo 2004, n. 114).

A ben vedere, tale rimedio è del tutto privo del requisito della terzietà dell'organo decidente: la confluenza nel medesimo soggetto di entrambi i ruoli ("parte" e "giudice") inficia *ex se* la possibilità – anche solo astratta – che il rimedio in esame possa garantire quei livelli di neutralità necessari per la realizzazione di una effettiva attività di tutela nei confronti del cittadino; non è un caso, del resto, che tale istituto abbia vissuto negli anni uno sviluppo decisamente limitato. Ciò posto, tuttavia, esso – nonostante i limiti intrinseci che lo connotano – appare comunque in grado di soddisfare alcune peculiari esigenze del cittadino nel suo rapporto con la pubblica amministrazione, fungendo, ad esempio, da strumento ideale per stimolare la p.a. ad ovviare a meri errori di fatto in cui essa può incorrere a causa di una inadeguata attività istruttoria. Né deve dimenticarsi che il rimedio in esame resta uno dei pochi mezzi attraverso cui il cittadino ha la facoltà di eccepire vizi di merito dell'azione amministrativa, sebbene l'importanza di tale prerogativa sembri destinata a ridursi a fronte della recente integrazione dei momenti partecipativi infra-procedimentali, attraverso cui (almeno in linea teorica) è possibile raggiungere i medesimi risultati mettendo in discussione scelte di merito o rilevando errori di fatto prima della formazione definitiva del provvedimento (si pensi, al riguardo, all'introduzione dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 10 *bis* della l.n. 241/1990).

Il ricorso gerarchico[10] rappresenta tradizionalmente lo strumento di tutela amministrativa per eccellenza, sia in ragione del carattere della generalità, sia per il ruolo –

[10] Ricorso gerarchico A. DE VALLES, *Per un "sistema" dei ricorsi gerarchici*, in *Foro amm.*, 1930, 37 ss.; F. CAMMEO, *Ricorso gerarchico e rinvio all'autorità inferiore*, in *Giur. it.*, 1935, 1 ss.; G. MIELE, *Questioni in tema di silenzio-rigetto del ricorso gerarchico*, in *Cons. St.*, 1954, 91 ss.; M. NIGRO, *La decisione silenziosa di rigetto*

Copyleft – Ius Publicum

per lungo tempo ricoperto – di strumento necessario per pervenire alla definitività del provvedimento amministrativo. Dal punto di vista procedimentale, appare rispettato il principio del contraddittorio, atteso il previsto obbligo (in capo all'amministrazione qualora non abbia provveduto parte ricorrente) di comunicazione del ricorso ai controinteressati, ai quali è data la facoltà di intervenire entro un termine di venti giorni. La presentazione del ricorso da parte del cittadino, fa sorgere, poi, in capo alla p.a., un vero e proprio obbligo di pronunciarsi (nei limiti di quanto richiesto) (Cons. Stato, Sez. IV, 18 settembre 2012, n. 4942, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2290); la giurisprudenza appare, tuttavia, divisa in merito alle conseguenze della mancanza di una decisione esplicita nei termini di legge: mentre alcune pronunce fanno discendere da tale comportamento la configurazione di una ipotesi di silenzio inadempimento (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 13 dicembre 2012, n. 1114, in *Foro amm. TAR*, 2012, 4055; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2002, n. 2351, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1282), altre interpretano il comportamento omissivo della p.a. come mero presupposto processuale, che abiliterebbe il privato ad impugnare non il silenzio, bensì il provvedimento inutilmente contestato in via gerarchica (Cons. Stato, Sez. III, 17 ottobre 2012, n. 5287, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2526; Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4004, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2049). In ogni caso, vi è piena concordia nel ritenere che il mero decorso del termine previsto per pronunciarsi non priva l'amministrazione della potestà di decidere (sebbene in ritardo) il ricorso gerarchico (Cons. Stato, Sez. IV, 18 settembre 2012, n. 4942, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2290). Attesa la non assimilabilità del ricorso gerarchico ad un atto il cui procedimento sia "ad istanza di parte" (in quanto costituisce la contestazione di un provvedimento già emanato), nonché il necessario carattere di

del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi, in *Foro it.*, 1963, 49 ss.; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1972, 43 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Ricorso gerarchico: silenzio e facoltà*, in *Giur.it.*, 1990, 113 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; L. ARCIDIACONO, *Ricorso gerarchico*, voce in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; A. TRAVI, *Ricorso gerarchico*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 394 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 149; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 616.

Copyleft – Ius Publicum

segretezza che contraddistingue la decisione fino alla sua emanazione, in ordine all'istituto in esame non trova applicazione il regime della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda di cui all'art. 10 *bis* cit. (Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2549, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2945).

Anche in relazione a tale istituto, tuttavia, devono ripetersi le considerazione già svolte in ordine ai limiti – in termini di effettiva giustizialità – del ricorso in opposizione: in questo caso, infatti, il titolare della competenza a pronunciarsi sull'istanza – pur non essendo il medesimo organo che ha emanato il provvedimento contestato – è comunque ad esso legato da un rapporto diretto di sovraordinazione, che gli consente di decidere sulla fattispecie "come se" fosse la p.a. competente in sede di amministrazione attiva (con consequenziale effetto di tipo rinnovatorio e non meramente eliminatorio). L'autorità investita del ricorso gerarchico, infatti, ha il potere-dovere di riesaminare la fattispecie nella sua interezza, senza limitarsi ai profili di legittimità, bensì valutando anche il merito, con la conseguenza che il suo provvedimento, anche se a carattere confermativo, assorbe e sostituisce quello dell'organo sottordinato (Cons. Stato, Sez. III, 25 settembre 2012, n. 5089, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2273), ed è nei suoi confronti che deve eventualmente essere proposto ricorso giurisdizionale (Cass. Civ., Sez. Un., 7 luglio 2010, n. 16039, in *Giust. civ.*, 2010, 1019).

E' evidente che i legami funzionali che sussistono alla base di una relazione gerarchica non consentono la configurazione di quella "distanza" (organizzativa e funzionale) tra autorità competente a decidere sul ricorso gerarchico e organo titolare della funzione di amministrazione attiva, necessaria per garantire un grado di terzietà idoneo a soddisfare le esigenze proprie di un'attività di tipo giustiziale. Ciò ha spinto la giurisprudenza a leggere, in capo al rimedio in esame, la coesistenza di istanze di tutela e di amministrazione attiva, individuando nel potere esercitato dall'organo decidente tratti caratteristici non meramente gestionali, in quanto orientati a conseguire la massima garanzia di imparzialità seppur "compatibilmente con i requisiti della funzione amministrativa" (Cons. Stato, Ad. Gen., 10 giugno 1999, n. 8, in *Cons. St.*, 1999, 1976). Del resto, come è facilmente verificabile attraverso un'analisi empirica, molto raramente l'organo sovraordinato è disposto a sconfessare quanto originariamente deciso dal soggetto

Copyleft – Ius Publicum

titolare della funzione di amministrazione attiva, e ciò non solo in ragione di un atteggiamento di aprioristica difesa dell'apparato pubblico, ma anche al fine di preservare la stabilità delle relazioni tra uffici. Deve, altresì, segnalarsi come la crisi del ricorso gerarchico non derivi unicamente dalla sua scarsa efficacia in termini di effettiva tutela, bensì anche da ragioni di ordine strutturale: come è noto, negli ultimi venti anni numerose riforme hanno innovato l'intero assetto organizzativo dell'amministrazione italiana, sostituendo, ad un sistema di tipo accentrato e piramidale, un assetto caratterizzato da una pluralità di centri decisionali, comportante l'instaurazione di rapporti tra organi non più fondato sulla sovraordinazione, bensì sulla direzione e il coordinamento, con connesso affievolimento di uno dei requisiti essenziali per l'impiego del ricorso gerarchico. Al riguardo, deve, in ogni caso, sottolinearsi che, per effetto del riparto di competenze tra organo di indirizzo politico amministrativo e dirigenza statale, il Ministro non è più titolare di alcuna competenza a decidere su ricorsi gerarchici. Conseguentemente, l'art. 11 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 ha espressamente riservato ai dirigenti generali il compito di decidere sui ricorsi gerarchici, anche impropri, proposti contro atti e provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti e, per l'effetto, ha reso definitivi i provvedimenti assunti dagli stessi dirigenti generali, non potendo questi ultimi fungere contemporaneamente da autorità emanante in sede amministrativa ed autorità decidente in sede giustiziale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 20 dicembre 2005, n. 14278, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3995).

Copyleft – Ius Publicum

3. PECULIARITÀ DEL RICORSO GERARCHICO IMPROPRIO E SUE APPLICAZIONI. IL RICORSO IN MATERIA DI ACCESSO AGLI ATTI

Il ricorso gerarchico improprio[11] rappresenta un rimedio a carattere eccezionale, sorto al fine di garantire al cittadino, nell'ambito di particolari ed eccezionali fattispecie, l'utilizzo di un rimedio di tutela amministrativo nei confronti di autorità non strutturate verticalmente (si pensi agli organi di vertice, o, ancora, ad organi collegiali, per natura privi di superiore gerarchico) (Cons. Stato, Ad. Gen., 10 giugno 1999, n. 8, in *Cons. St.*, 1999, 1976). Nonostante l'oggettiva diversità che intercorre tra le due tipologie di ricorso gerarchico (proprio e improprio), dottrina e giurisprudenza sono concordi nel sostenere che le disposizioni contenute nel d.P.R. n. 1199/1971 trovano applicazione in entrambe le ipotesi (Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 2005, n. 2675, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1399). Ovviamente, nel caso di ricorso gerarchico improprio, le previsioni generali svolgono un ruolo integrativo rispetto a quelle speciali contenute nelle norme che di volta in volta introducono tale rimedio. Al riguardo, può ad esempio segnalarsi come in alcune ipotesi il legislatore disponga che la semplice proposizione di un ricorso gerarchico improprio abbia l'effetto di sospendere l'esecuzione del provvedimento impugnato, salvo ricorrano ragioni contrarie di particolare urgenza (Cons. Stato, Sez. IV, 18 settembre 2012, n. 4942, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2290).

Deve sin da subito sottolinearsi come l'assenza di un vincolo gerarchico comporti contestualmente una assoluta alterità organizzativa e funzionale tra amministrazione

[11] Ricorso gerarchico improprio L. RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937, 209 ss.; F. BENVENUTI, *Note sul ricorso gerarchico improprio*, in *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, Padova, 1958, 50 ss.; E. CAPACCIOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei ricorsi amministrativi*, in *Giur. it.*, 1973, 1 ss.; M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, 71 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; A. TRAVI, *Ricorso gerarchico*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 394 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 626.

Copyleft – Ius Publicum

giudicante e giudicata, con la conseguente realizzazione di un grado di terzietà almeno astrattamente compatibile con le esigenze connesse all'esercizio di una funzione giustiziale. Ciò comporta, tra l'altro, che l'organo chiamato a pronunciarsi sul ricorso non diviene affatto titolare del potere di decidere "al posto" dell'amministrazione titolare della funzione di amministrazione attiva. In altri termini, non si assiste ad una forma di sostituzione o trasferimento temporaneo di competenze, e ciò in quanto la p.a. titolare del ricorso gerarchico improprio è chiamata ad agire non sulla base dei medesimi presupposti dell'amministrazione originaria (ponderazione dell'interesse pubblico prevalente di cui è portatrice, con gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti) bensì in posizione di terzietà e con il solo fine di dirimere, secondo giustizia, quella determinata controversia (Cons. Stato, Sez. VI, 10 novembre 1999, n. 1782, in *Foro amm*., 1999, 2549). Da ciò deriva che, ad esempio, l'eventuale accoglimento di un ricorso gerarchico improprio non equivale al rilascio di un'autorizzazione amministrativa il cui diniego rappresenta l'oggetto del gravame, occorrendo a tal fine il rinvio dell'affare all'autorità competente, tenuta a una nuova pronuncia nel rispetto del "decisum" (T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, 25 marzo 2002, n. 151, in *Foro amm. TAR*, 2002, 860). Come anche, del resto, in caso di impugnazione della decisione giustiziale confermativa del contenuto del provvedimento contestato, il ricorso giurisdizionale deve essere notificato non solo all'autorità che si è pronunciata sul ricorso gerarchico improprio, bensì anche all'amministrazione titolare della funzione di amministrazione attiva (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 2 novembre 2009, n. 452, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3205).

Dalle peculiari caratteristiche che connotano l'istituto in esame discendono altresì ulteriori conseguenze che lo differenziano rispetto al ricorso gerarchico in senso proprio. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui sia prevista la facoltà di esperire innanzi al Ministero competente un ricorso gerarchico improprio avverso un provvedimento di un ente locale: in tal caso, il rapporto di assoluta autonomia che contraddistingue le amministrazioni coinvolte comporta la sussistenza della legittimazione ad impugnare la decisione giustiziale statale anche in capo all'ente locale, allo scopo di consentirgli la salvaguardia delle proprie prerogative ed attribuzioni, anche di rilievo costituzionale (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 febbraio 2011, n. 384, in *Foro amm. TAR*, 2011, 357). Una parte della giurisprudenza effettua, altresì, un'ulteriore distinzione in tema di compatibilità dell'esercizio del potere di

Copyleft – Ius Publicum

autotutela sulla decisione giustiziale: secondo tale ricostruzione, nel caso di ricorso gerarchico in senso proprio – considerato che il potere di pronunciarsi in ordine ai ricorsi gerarchici e quello di rendere pronunce in sede di autotutela sono caratterizzati dalla medesima *ratio* e dalla sussistenza dei medesimi presupposti (puntuale valutazione delle relative ragioni di interesse pubblico) – ben potrebbe ipotizzarsi l'annullamento o la revoca in autotutela; a conclusioni opposte dovrebbe pervenirsi, invece, nel caso dei ricorsi gerarchici impropri, laddove sussiste una scissione fra la devoluzione *ex lege* del potere di pronunciarsi in ordine al ricorso giustiziale - potere riconosciuto ad un plesso amministrativo diverso da quello che ha emanato l'atto della cui legittimità si tratta - e la generale titolarità del potere di autotutela, riconosciuto alla medesima amministrazione che ha adottato l'atto medesimo (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 7 febbraio 2008, n. 367, in *Foro amm. TAR*, 2008, 593).

Le oggettive potenzialità insite nel ricorso gerarchico improprio in termini di integrazione degli strumenti di tutela in capo al cittadino hanno, in passato, indotto il legislatore ad ipotizzarne una sostanziale valorizzazione. Ci si riferisce, in particolare, ai lavori del 1994 della Commissione di studio di nomina governativa su "La giustizia nell'amministrazione": tra le proposte di riforma *ivi* avanzate, vi era anche quella di istituire autorità (su base regionale), dotate del carattere dell'indipendenza e dell'estraneità rispetto alla p.a. titolare della funzione di amministrazione attiva, cui affidare la risoluzione di determinate controversie attraverso l'esercizio di poteri sia di legittimità che di merito. Nonostante tali proposte non abbiano trovato attuazione, il modello delineato è, come noto, parzialmente rinvenibile, oggi, nei procedimenti di tutela non giurisdizionale esercitati dalle autorità amministrative indipendenti[12] alle quali – oltre alla possibilità di agire in sede

[12] Procedimenti di tutela non giurisdizionale esercitati dalle autorità amministrative indipendenti M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna 1996, 149 ss.; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, 107 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 19 ss.; F. CARINGELLA, *Le autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 540 ss.; P.

Copyleft – Ius Publicum

conciliativa – è spesso attribuita la competenza a dirimere controversie sulla base di veri e propri ricorsi amministrativi.

Di contro, deve tuttavia registrarsi come negli ultimi anni lo stesso legislatore abbia soppresso alcune (invero non particolarmente rilevanti) fattispecie di ricorso gerarchico improprio. Si tratta, in particolare, dell'ipotesi originariamente prevista di ricorso al Ministero dell'Interno avverso i provvedimenti (dell'organo straordinario di liquidazione) di diniego di inserimento di un credito nel piano di rilevazione della massa passiva di un'amministrazione comunale (cfr. art. 87, d.lgs. n. 77/1995, abrogato dall'art. 7, co. 1 bis del d.l. n. 80/2004); nonché del ricorso ad una Commissione istituita presso il Ministero dei Lavori Pubblici avverso le determinazioni con le quali l'amministrazione negava o accordava solo parzialmente la revisione in aumento dei prezzi contrattuali degli appalti di opere pubbliche (cfr. art. 4, d.lgs. n. 1501/1947, abrogato dall'art. 24 del d.l. n. 112/2008). Al di là delle contingenze legate all'evoluzione delle specifiche discipline di settore, è possibile spiegare tale fenomeno anche in ragione della circostanza che un'analisi dei ricorsi gerarchici impropri di più risalente istituzione offre un quadro tutt'altro che

LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in F. Francario (a cura di) *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003, 68 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2925 ss.; F. ASTONE, F. SAITTA, *La giustizia innanzi all'autorità garante delle comunicazioni*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, a cura di G. Clemente di San Luca, Napoli, 2012, 247 ss.; M. GOLA, *La giustizia innanzi all'autorità garante della privacy*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, a cura di G. Clemente di San Luca, Napoli, 2012, 233 ss.; N. PAOLANTONIO, *La giustizia innanzi all'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, a cura di G. Clemente di San Luca, Napoli, 2012, 179 ss.

Copyleft – Ius Publicum

soddisfacente in termini di adeguatezza dei rimedi quali strumenti di tutela effettivamente in grado di affiancarsi alle forme di tutela giurisdizionale in forma alternativa e semplificata, soprattutto in ordine al profilo della reale neutralità dell'organo giudicante.

D'altro canto, è possibile osservare, da un lato, che l'istituto in esame continua ad operare in diversi contesti – quali l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica (cfr. artt. 19 e ss., d.P.R. n. 655/1964); l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane (cfr. art. 7, l. 8 agosto 1985, n. 443); la nomina dei componenti i consigli camerali delle Camere di Commercio (cfr. art. 7, d.m. n. 501/1996); l'apposizione della segnaletica stradale (cfr. art. 37, d.lgs. n. 285/1992) –, dall'altro, che il legislatore nazionale (come anche molti regionali) ha di recente introdotto nuove ipotesi di ricorso gerarchico improprio in svariati settori, proprio al fine di consentire una più celere ed agevole risoluzione delle relative controversie (cfr.: art. 69, d.lgs. n. 42/2004 in materia di rilascio di attestato di libera circolazione di beni culturali; art. 17, d.lgs. n. 124/2004 in materia di contestazioni di violazioni da parte della Direzione provinciale del lavoro; art. 145, d.lgs. n. 196/2003 in materia di protezione dei dati personali).

Tra le fattispecie di ricorso gerarchico improprio di più recente introduzione, una delle più interessanti – sia in termini di potenzialità applicative che di rilevanza del settore in cui opera – è quella in materia di accesso agli atti amministrativi. Ai sensi dell'art. 25, co.4 della l. n. 241/1990 (così come modificato dalla l. n. 340/2000 e, in seguito, dalla l. n. 15/2005) in caso di diniego dell'accesso o di differimento dello stesso, il richiedente può ricorrere al difensore civico[13] (nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali,

[13] Ricorso al difensore civico in materia di accesso agli atti F. VETRÒ, *Articolo 25, commi 4, 5, 5 bis e 6*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 751 ss.; A. SCARCIGLIA, *L'istituto del difensore civico in Italia fra "declamazioni", poteri di fatto e regole procedimentali*,, in *Dir. pubbl. com. eu.*, 2006, 1773 ss.; M. SANINO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: le modalità di esercizio e tutela*, in V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 443 ss.; A. CELOTTO (a cura di), *Il "ruolo" del Difensore civico. Aspetti evolutivi e comparati*, Napoli, 2008; M. CALABRÒ, A. SIMONATI, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 1123 ss.

Copyleft – Ius Publicum

provinciali e regionali), o ad una Commissione nazionale per l'accesso ai documenti amministrativi[14] (nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato). Entrambi gli organi sono tenuti a pronunciarsi entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, scaduti i quali il ricorso si intende respinto. E' previsto, poi, che se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità competente, alla quale è data l'ulteriore facoltà di emanare un provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della decisione del difensore civico o della Commissione, in mancanza del quale l'accesso è consentito.

I caratteri di tale specifica ipotesi di ricorso gerarchico improprio denotano, invero, alcune criticità, prima fra tutte l'inadeguatezza in termini di effettiva indipendenza dell'organo giudicante. La Commissione per l'accesso, infatti, risulta inquadrata nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei ministri e nominata con decreto del Presidente del Consiglio; mentre fra i membri che la compongono la normativa (art. 27, l.n. 241/1990) prevede la presenza – oltre che di parlamentari e tecnici – anche del capo della struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, cui è affidata la Presidenza della Commissione stessa. Ciò posto, atteso che al suddetto organo è affidato il compito di decidere sui ricorsi amministrativi proprio nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, il forte legame con la Presidenza del Consiglio dei Ministri sembra inficiarne inevitabilmente il carattere dell'indipendenza. Nella seconda ipotesi, poi, sebbene l'opinione dominante escluda la qualificazione del difensore civico in termini di organo di

[14] Ricorso alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi W. GIULIETTI, *Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 777 ss.; M. OCCHIENA, *I poteri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi: in particolare, la funzione giustiziale ex l. 241/1990 e d.p.r. 184/2006*, in *www.giustamm.it.*; G. BUSIA, *La commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in AA.VV., *L'accesso ai documenti. Limiti, procedimento, responsabilità*, Milano, 2006, 295 ss.; M. CALABRÒ, *La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 1202 ss.

Copyleft – Ius Publicum

governo (Corte Cost., 29 aprile 2005, n. 167, in *Foro amm. CDS*, 2005, 2823), anche in relazione a tale figura può giungersi alle medesime conclusioni, alla luce dell'analisi della normativa regionale e degli statuti locali in tema di procedure di nomina (di tenore altamente politico), e di ruolo effettivamente ricoperto nell'ambito dell'ente in cui esso è incardinato.

Il rimedio in esame, poi, si rivela deficitario anche in termini di efficacia: l'eventuale accoglimento del ricorso comporta semplicemente una comunicazione all'autorità colpevole di aver illegittimamente differito o negato l'accesso, la quale tuttavia può, entro trenta giorni, confermare il suo provvedimento originario (e, quindi, disattendere la decisione della Commissione o del difensore civico) sulla base di differenti motivazioni (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 3 aprile 2008, n. 2835, in *www.giustizia-amministrativa.it*.; T.A.R. Veneto, 4 febbraio 2008, n. 218, in *Nuova rass.*, 2008, 853). Laddove l'amministrazione non provveda nel termine stabilito a confermare il provvedimento originario, il legislatore si limita a disporre che "l'accesso è consentito", senza, tuttavia, fornire alla Commissione ed al difensore civico idonei poteri ordinatori di esibizione dei documenti in caso (probabile) di perdurante inerzia della p.a (T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 26 settembre 2011, n. 738, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2761). In altri termini, all'accoglimento del rimedio amministrativo consegue semplicemente un invito all'amministrazione competente di riesaminare la propria precedente determinazione negativa, con l'ulteriore aggravante che tale richiesta non possiede alcun grado di vincolatività, ben potendo la p.a. ripronunciarsi con una motivata conferma del diniego all'accesso (T.A.R. Lazio, Roma, I, 5 maggio 2008, n. 3675, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

In conclusione, nonostante – come si è osservato – alcune delle fattispecie di ricorso gerarchico improprio attualmente esistenti ancora non soddisfino appieno i requisiti propri della funzione giustiziale, buona parte della dottrina auspica un forte sviluppo della figura in esame: l'idoneità dei caratteri del ricorso gerarchico improprio a garantire una tutela non solo rapida ed efficace, ma anche realmente imparziale, dovrebbe spingere il legislatore a perfezionarne il modello, adeguando (ove necessario) le fattispecie già esistenti ed introducendone di nuove, sia nell'ambito dell'ordinamento nazionale che

Copyleft – Ius Publicum

regionale e locale. Deve sul punto registrarsi come la stessa Unione Europea – nell'ambito di un più ampio processo di valorizzazione di *alternative dispute resolution* (ADR)[15] – abbia di recente promosso l'utilizzo, quale metodo di risoluzione delle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione, dei c.d. *internal reviews*, i cui caratteri fondamentali – rappresentati, da un lato, dall'utilizzo di canoni di giustizia oggettiva, e dall'altro, dall'affidamento della decisione della controversia ad un organo del tutto estraneo a quello che ha adottato il provvedimento contestato – li rendono sostanzialmente assimilabili ai ricorsi gerarchici impropri. Del resto, il rimedio in esame non rischierebbe di ridursi ad una mera duplicazione del ricorso giurisdizionale: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla semplicità delle forme, alla celerità, alla economicità, alla non necessità dell'assistenza di un difensore, ecc., tutte caratteristiche che, in special modo in relazione a posizioni soggettive non particolarmente rilevanti dal punto di vista economico, potrebbero consentire a tale modello di tutela giustiziale di ricoprire un ruolo tutt'altro che marginale.

[15] *Alternative dispute resolution* (ADR) nel diritto amministrativo M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione. Adr nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in *Dir. e formazione*, 2004, 1203 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.; S. DE FELICE, *Le A.D.R. (alternative dispute resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it;* A. MASSERA, *I rimedi non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione: tendenze contemporanee*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di G. FALCON, Padova, 2010, 86 ss.; F. CINTIOLI, *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution*, in *www.giustamm.it*.; L. GIANI, *Gli strumenti di giustizia alternativa*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 655 ss.

Copyleft – Ius Publicum

4. LA RECENTE EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEL RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO

4.1 Il tradizionale dibattito circa la natura giuridica

L'incertezza circa la natura giuridica (amministrativa o giurisdizionale) da riconoscere all'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato[16] affonda le sue radici sin nello stesso inquadramento storico dell'istituto: mentre una parte della dottrina, infatti, lo riconduce ai c.d. rimedi di "giustizia ritenuta", quali poteri di carattere puramente giurisdizionale attribuiti direttamente al Sovrano, altri autori ritengono al contrario di poter riconoscere nel ricorso in esame un'evoluzione dei c.d. rimedi in via "graziosa", di cui era sempre titolare il Re, ma che avevano natura di atti amministrativi. Antecedentemente alle ultime riforme di cui alla l.n. 69/2009 e al Codice del processo amministrativo, dottrina e giurisprudenza si erano a lungo interrogate circa la possibilità di inquadrare il ricorso straordinario nell'ambito dell'attività giurisdizionale *tout court*. In tal senso militava, in effetti, più di un elemento: la piena garanzia del contraddittorio (assicurata dalla prevista

[16] Ricorso straordinario al Capo dello Stato S. LESSONA, *La Giustizia nella amministrazione*, Bologna, 1958; V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788 ss.; G. PALEOLOGO, *Ricorso straordinario*, (voce) in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; M. GOLA, *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il «caso» del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 152 ss.; C.E. GALLO, *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ed il ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1172 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691 ss.; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008; M. CALABRÒ, *La presunta natura giuridica ibrida del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tra amministrazione e giurisdizione*, in *Nuove Autonomie*, 1/2009, 113 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 160; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 631 ss.

Copyleft – Ius Publicum

notificazione del ricorso ad almeno uno dei controinteressati "nei modi e nelle forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali", art. 9 d.P.R., n. 1199/1971); la circostanza che il parere semivincolante del Consiglio di Stato che precedeva la decisione fosse stato significativamente qualificato "espressione di un'attività di pura e semplice applicazione del diritto oggettivo" (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19 ottobre 2005, n. 695, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3066); nonché la ritenuta assimilazione ad una sentenza della decisione finale, la quale – pur non costituendo un giudicato in senso tecnico (T.A.R. Lombardia, Sez. II, 13 maggio 2004, n. 1695, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1300; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 7 novembre 2002, n. 604, in *Foro amm. CDS*, 2002, 3021) – poteva comunque ritenersi "sostitutiva" della decisione del giudice in forza del principio dell'alternatività (T.A.R. Toscana, Sez. II, 15 marzo 2000, n. 451, in *Ragiusan*, 2000, 51; T.A.R. Lombardia Milano, 11 luglio 1995, n. 954, in *TAR*, 1995, 3628). A conforto ulteriore di tale posizione veniva richiamata, poi, una pronuncia della Corte di Giustizia (Corte Giust., 16 ottobre 1997, in *Cons. St.*, 1997, 86), con la quale il supremo organo di giustizia dell'Unione Europea qualificava espressamente "organo giurisdizionale" il Consiglio di Stato che emette il parere nell'ambito del procedimento di un ricorso straordinario, riconoscendogli conseguentemente la facoltà di adire la Corte stessa ai sensi dell'art. 177 (ora 234) del Trattato CE.

L'opinione prevalente, tuttavia, sosteneva che l'istituto in esame – per quanto si rivelasse indubitabilmente, tra i ricorsi amministrativi, il più "affine" ai rimedi di tipo giurisdizionale – dovesse comunque configurarsi quale esercizio di potere amministrativo. Diverse erano le ragioni poste a fondamento di tale posizione. Ci si riferisce, in particolare, alla segretezza dell'attività istruttoria (sostanzialmente gestita in via unilaterale dal Governo) e all'assenza di una discussione orale (Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2322, in *www.giustizia-amministrativa.it*), anche se il fattore dirimente era senza dubbio rappresentato dalla circostanza che la decisione finale spettasse al Ministro, organo di vertice della pubblica amministrazione (privo del carattere della terzietà), cui era concessa la facoltà di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, investendo della questione il Consiglio dei Ministri (Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Riv. amm. it.*, 2002, 229). Anteriormente alla riforma del 2009, infatti, il carattere semivincolante del parere del Consiglio di Stato avrebbe potuto condurre il Ministro a concludere il

Copyleft – Ius Publicum

procedimento sulla base di una propria autonoma valutazione difforme dal suddetto parere (circostanza invero mai registratasi); a tal fine, tuttavia, lo stesso Ministro avrebbe dovuto sottoporre la questione alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, non essendo ammessa una richiesta di riesame all'organo consultivo, se non nei casi limitati ed eccezionali di revocazione (Cons. Stato, Sez. I, 14 luglio 2010 n. 2775, in *www.giustizia-amministrativa.it*), ovvero di obiettiva non conformità del parere al diritto per *jus superveniens* nelle more dell'emissione del decreto (Cons. Stato, Sez. II, 9 marzo 2011, n. 4421, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1022).

Dal riconoscimento della natura amministrativa derivavano, poi, diverse rilevanti conseguenze di ordine processuale, quali l'inammissibilità del ricorso per cassazione avverso la decisione sul ricorso straordinario (Cass. civ., 5 aprile 2007, n. 8618, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 650), nonché l'impossibilità, da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva, di sollevare con il parere una questione incidentale di legittimità costituzionale[17] (Corte Cost., 21 luglio 2004, n. 254, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2460). Il dibattito più acceso si era incentrato, tuttavia, sull'esperibilità o meno del rimedio dell'ottemperanza[18] al fine di

[17] Ricorso straordinario e incidente di costituzionalità A.L. TARASCO, *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2460 ss.; M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 652 ss.; N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l'«ircocervo»*, in *Giur. cost*., 2005, 2149 ss.; F. FRENI, *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *www.giustamm.it*; L. PLATANIA, *Può il legislatore ordinario aprire le porte del cielo?*, in *www.forumcostituzionale.it.*

[18] Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 800 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss..; F. FRENI, *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3737 ss.; A. CORSARO, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza, ,* in *Foro amm. CDS*, 2005, 3066; P. QUINTO, *Le Sezioni Unite:*

Copyleft – Ius Publicum

imporre all'amministrazione l'esecuzione della decisione finale. Una parte della giurisprudenza propendeva per una risposta favorevole, in considerazione sia della sostanziale detenzione del potere decisorio in capo al Consiglio di Stato (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. giur., 18 maggio 2009, n. 415, in *www.giustzia-amministrativa.it*; Cons. Giust. amm. Reg. Sic., 19 ottobre 2005, n. 695, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3066; Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934, in *Foro amm.*, 2001, 2844), sia della assimilabilità al giudicato della decisione finale, atteso il regime dell'alternatività e la ridottissima passibilità di impugnazione, solo per *errores in procedendo* (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 19 dicembre 2012, n. 5254, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3969; Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2007, n. 999, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 532). La giurisprudenza amministrativa maggioritaria sosteneva, al contrario, la non esperibilità del rimedio dell'ottemperanza, affermando che la natura amministrativa dell'atto decisorio, in uno con il suo carattere cogente, imponesse al destinatario che legittimamente ne pretendeva l'esecuzione di impugnare il silenzio rifiuto formatosi sulla diffida a provvedere (Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 641, in *Foro amm. CDS*, 2007, 538; Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2006, n. 5036, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2214), ovvero – in caso di atto elusivo o chiaramente contrastante con la decisione presidenziale – di impugnare detto atto ed ottenerne l'annullamento in quanto invalido per eccesso di potere (Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 1999, n. 146, in *Cons. St.*, 1999, 254).

4.2 La riforma ad opera dell'art. 69 della l. 18 giugno 2009, n. 69 e la tendenziale giurisdizionalizzazione dell'istituto

Tale assetto ha subito un sostanziale stravolgimento a seguito delle novità apportate alla disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato ad opera dell'art. 69

la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1466 ss.

Copyleft – Ius Publicum

della l. 18 giugno 2009 n. 69[19] (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile*). Già in precedenza, invero, il legislatore era intervenuto al fine di integrare – in termini di completezza e celerità della tutela – il regime dell'istituto in esame: in particolare, adeguandosi a quanto già sancito dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. II, 14 febbraio 2001, n. 127, in *Cons. St.*, 2001, 2222), l'art. 3, co. 4 della l. n. 205/2000 aveva riconosciuto la possibilità di richiedere misure cautelari anche in sede di ricorso straordinario, attribuendo al Ministro competente, previo parere del Consiglio di Stato, il potere di sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato. Si segnala, invero, come la disciplina cautelare nell'ambito del procedimento del ricorso straordinario presenti ancora notevoli lacune – se paragonata a quella attualmente in vigore all'interno del processo amministrativo – concretandosi nella sola possibilità di richiedere la sospensione del provvedimento impugnato, con tutti i limiti che ne conseguono (Cons. Stato, Ad. Spec., 28 aprile 2009, n. 920, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1097).

Ma è con la citata riforma del 2009 che il legislatore ha inteso operare in modo organico un intervento volto anche a risolvere quei nodi interpretativi che la giurisprudenza aveva negli anni fatto emergere: da un lato, si è ammessa espressamente la deferibilità di questioni di costituzionalità anche da parte del Consiglio di Stato chiamato a pronunciarsi in sede consultiva su un ricorso straordinario, e, dall'altro, tale parere è stato reso formalmente e sostanzialmente vincolante, nella misura in cui non è più consentito al

[19] Riforma della disciplina del Ricorso straordinario al Capo dello Stato e l. n. 69/2009 L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; A. AULETTA, *Il legislatore "muove un passo" verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1619 ss.; F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici sull'approccio)*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1606 ss.; A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009. Notazioni a margine di TAR Lazio-Roma, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1008 ss.; G. MARTINI, *Il 'ricorso straordinario' al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. 69/2009*, in *www.giustamm.it*, 2/2010.

Copyleft – Ius Publicum

Ministro competente di discostarsene attraverso la rimessione della questione al Consiglio dei Ministri.

Entrambe le modifiche hanno innegabilmente portato ad un incremento nel livello di tutela che l'istituto in esame è in grado di garantire al cittadino: sia la possibilità di sollevare incidenti di costituzionalità all'interno del procedimento, sia – in misura maggiore – l'aver trasferito il potere decisorio da un organo di parte (il Ministro) ad un organo costituzionalmente dotato dei caratteri dell'indipendenza e dell'imparzialità (il Consiglio di Stato), rappresentano un evidente passo in avanti nell'ottica della funzione giustiziale di cui l'istituto è espressione. Per quanto attiene, poi, più nello specifico il secondo dei citati interventi correttivi, esso segna il venir meno della principale argomentazione a favore del riconoscimento della natura amministrativa al rimedio in esame, rappresentata dalla facoltà, precedentemente attribuita al Ministro, di concludere il procedimento sulla base di una propria autonoma valutazione, difforme dal parere del Consiglio di Stato.

4.3 Le ultime novità introdotte dal Codice del processo amministrativo

Il legislatore del 2009 non si era, tuttavia, espresso in ordine alla questione dell'ottemperanza, che fino a quel momento aveva maggiormente impegnato dottrina e giurisprudenza. Sul punto è successivamente intervenuto il Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010)[20], il cui art. 112 sembrerebbe estendere l'istituto dell'ottemperanza anche alle decisioni in questione. A ben vedere, invero, esso non

[20] Disciplina del Ricorso straordinario al Capo dello Stato e Codice del Processo Amministrativo F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al presidente della Repubblica Storia, natura e disciplina positiva del rimedio dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69, ed il D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, Roma, 2010; P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012; F. TUCCARI, *Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2012, 84 ss.

Copyleft – Ius Publicum

contempla espressamente i provvedimenti conclusivi del ricorso straordinario, e ciò ha comportato il sorgere di un dibattito – ancora in corso sia in dottrina che in giurisprudenza – circa l'applicabilità alla fattispecie della lett. b) o della lett. d) del II° co. dell'art. 112 cit. In particolare, i sostenitori della prima tesi ritengono che il legislatore, nel prevedere – ai sensi della suddetta lett. b) – l'estensione dell'ambito di operatività del rimedio dell'ottemperanza anche agli "altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo" abbia voluto riferirsi proprio alle decisioni che il Consiglio di Stato prende, sotto forma di parere vincolante, nell'ambito del procedimento in questione (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1520; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126). Aderire a tale ricostruzione, tra l'altro, consentirebbe di confermare ulteriormente l'avvenuto mutamento della natura giuridica dell'istituto in esame, da amministrativa a giurisdizionale (Cass. civ., sez. un, 28 gennaio 2011, n. 2065, in *Giust. civ.*, 2011, 136; Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2039).

Di contro, vi è chi sottolinea come il considerare la decisione sul ricorso straordinario un provvedimento esecutivo del giudice amministrativo ai sensi della lett. b) cit. nasconda una forzatura nella misura in cui – per quanto il parere del Consiglio di Stato sia ormai vincolante – il provvedimento finale non è in ogni caso imputabile al giudice amministrativo, bensì al Presidente della Repubblica su proposta del Ministro competente. Secondo tale tesi, dunque, che tra le decisioni da ottemperare rientrino anche quelle emesse in sede di ricorso straordinario emergerebbe, piuttosto, dalla lettera d) dell'art. 112, co. II° cit., laddove si estende l'ottemperanza anche ai provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato "per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza". Tale diversa ricostruzione inquadra, dunque, la decisione sul ricorso straordinario non nei provvedimenti del giudice amministrativo, bensì nei provvedimenti (amministrativi) sostanzialmente (ma non formalmente) equiparati alle sentenze del giudice amministrativo (Cass. Civ., Sez. Un., 7 giugno 2012, n. 9183, in *www.lexitalia.it*; Cons. Stato, Sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666, in *Foro it.*, 2011, III, 633; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 12 dicembre 2011, n. 2341, in *Foro amm. TAR*, 2011, 4145).

Copyleft – Ius Publicum

Optare per la prima o la seconda delle suddette ricostruzioni incide anche sull'individuazione del giudice competente a pronunciarsi sull'ottemperanza, nella misura in cui - laddove si dovesse qualificare la decisione come provvedimento amministrativo (lett. d) e non come provvedimento esecutivo del giudice (lett. b) – non troverebbe applicazione il co. I° dell'art. 113 c.p.a. ("giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta", ovvero il Consiglio di Stato in unico grado) (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1520; Cass, Sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2065, in *Guida al diritto*, 2011, 13, 52), bensì il successivo co. II° del medesimo art. 113 cit. ("tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza", ovvero il T.A.R. del Lazio) (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 19 marzo 2012, n. 585, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1001; Cons. Stato, Sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666, in *Foro it.*, 2011, III, 633). Sul punto, la Sez. VI del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 673/2013, – proprio alla luce della perdurante oscillazione tra le due tesi interpretative e pur schierandosi espressamente per l'applicazione della lett. d) dell'art. 112, co II° cit. – ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione della natura giuridica da riconoscere alla pronuncia emessa in esito a ricorso straordinario al Capo dello Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 673, in *www.lexitalia.it*). Con la recentissima pronuncia del 6 maggio 2013, n. 9, l'Adunanza Plenaria ha, quindi, espressamente qualificato "decisione di giustizia avente natura sostanzialmente giurisdizionale" il decreto decisorio che definisce la procedura iniziata con la proposizione di un ricorso straordinario – ritenendo al riguardo dirimente il carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato – e, di conseguenza, ha optato per l'applicabilità del combinato disposto degli artt. 112, co. II, lett. b) e 113, co. I, c.p.a. in sede di ottemperanza (Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, in *www.lexitalia.it*).

In ogni caso, con il riconoscimento dell'utilizzo dello strumento dell'ottemperanza, il legislatore ha senza dubbio inteso garantire una maggiore efficacia al ricorso straordinario – consentendo così il superamento definitivo di quella giurisprudenza minoritaria che, pur ritenendo che la decisione sul ricorso straordinario avesse, in linea di principio, forza cogente (Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 641, in *www.giustizia-amministrativa.it*), non escludeva che, laddove fosse emerso il carattere palesemente infondato della pretesa, l'amministrazione sarebbe stata legittimata a non eseguire la

Copyleft – Ius Publicum

decisione "in quanto non sarebbe utile per il ricorrente e del tutto pregiudizievole per l'amministrazione l'imposizione dell'obbligo di pronunciare sulla domanda" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, 30 luglio 2007, n. 7179, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Anche a seguito della presa di posizione da parte dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, cit.) sembra permanere l'incertezza circa l'avvenuto mutamento o meno della natura giuridica da strumento di tutela di tipo amministrativo a rimedio giurisdizionale. Non mancano, infatti, pronunce che – pur parlando di "decisioni di giustizia" – sottolineano elementi potenzialmente idonei a mettere in dubbio la ricostruzione del ricorso straordinario quale espressione del potere giurisdizionale, quali l'inesistenza di un contraddittorio orale, l'attribuzione della competenza istruttoria al solo Ministro (di fatto, "parte" della controversia), nonché l'assenza del doppio grado di giurisdizione (Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 673, in *www.lexitalia.it*; Cons. Stato, Sez. I, 7 maggio 2012, n. 2131, in *Foro it.*, 2012, III, 525; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126). A ciò si aggiunga come – nel silenzio del legislatore – la giurisprudenza si presenti ancora oscillante circa l'operatività della sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c.[21] in caso di pendenza di controversia promossa con ricorso straordinario al Capo dello Stato avente contenuto pregiudiziale (a favore: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 12 luglio 2011, n. 3736, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2451; *contra* Cass. civ., Sez. Un., 31 maggio 2011, n. 11964, in *Giust. civ.*, 2011, 826).

Oltre ad aver disposto in ordine al profilo dell'ottemperanza, il Codice del processo amministrativo è altresì intervenuto limitando il regime di operatività del ricorso straordinario al Capo dello Stato alle sole "controversie devolute alla giurisdizione amministrativa" (art. 7, co. 8, d.lgs. n. 104/2010). Le ragioni di tale modifica rispetto all'assetto precedente devono rinvenirsi nel nuovo ruolo (di titolare "sostanziale" della

[21] Ricorso straordinario al Capo dello Stato e sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c. N. BASSI, *Applicabilità dell'art. 295 c.p.c. ai rapporti fra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 555 ss.

Copyleft – Ius Publicum

decisione) riconosciuto al Consiglio di Stato e nella conseguente necessità di non oltrepassare i confini di riparto di giurisdizione dettati dall'art. 103 Cost. In precedenza, al contrario, si riteneva che il ricorso straordinario potesse essere esercitato anche a tutela di diritti soggettivi, benchè ricadenti nella sfera di giurisdizione del giudice ordinario (Cons. Stato, ad. gen., 10 giugno 1999, n. 9, in *Foro amm.*, 1999, 2160). La Cassazione ha ritenuto di poter leggere in tale prescrizione una ulteriore conferma della "giurisdizionalizzazione" del rimedio in esame, sottolineando come la giurisdizione sia in tal modo divenuta presupposto generale di ammissibilità del ricorso straordinario, non diversamente da quanto accade per il ricorso ordinario al giudice amministrativo (Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126) Sull'art. 7 cit. si è altresì pronunciata l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, riconoscendo a tale disposizione portata innovativa e non meramente interpretativa, con conseguente non retroattività della stessa (Cons. Stato, Ad. Gen., 22 febbraio 2011, n. 808, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Ancora in ordine ai limiti che connotano l'ambito di operatività del rimedio in esame, si sottolinea come il suo utilizzo sia espressamente escluso in caso di contenzioso sulle operazioni elettorali (art. 128 c.p.a.), nonché – indirettamente – in materie le cui esigenze di celerità richiedono riti speciali o abbreviati, quali l'accesso agli atti (Cons. Stato, Sez. II, 25 ottobre 2012, n. 4280, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2678; Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2009, n. 1670, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2409), le procedure di affidamento relative a pubblici lavori, servizi o forniture, nonchè i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente (art. 120 c.p.a.).

L'art. 48 del Codice del processo amministrativo, poi, conferma e specifica ulteriormente il regime di alternatività sussistente tra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso ordinario al giudice amministrativo, in base al quale, come noto, *electa un via non datur recursus ad alteram*. Al riguardo, la più recente giurisprudenza ha ampliato la sfera di operatività del suddetto regime, predicandone l'applicazione non solo in riferimento all'impugnazione del medesimo atto amministrativo, ma in tutte le ipotesi in cui vengano in esame atti posti in rapporto di presupposizione e consequenzialità (T.A.R. Liguria, 11 dicembre 2012, n. 1589, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3827; Cons., Stato, Sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2158, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, 807; Cons. Stato, Sez. II, 22 giugno

Copyleft – Ius Publicum

2011, n. 3035, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2151). E' noto che il suddetto regime di alternatività comporta unicamente la preclusione del ricorso straordinario una volta che sia stato proposto ricorso giurisdizionale, non avendo valore in senso inverso grazie alla prevista possibilità di chiedere la trasposizione della controversia dalla sede giustiziale a quella giurisdizionale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 gennaio 2013, n. 36, in *Foro amm. TAR*, 2013, 87).

Ciò posto, rispetto a quanto originariamente disposto dall'art. 10 del d.P.R. n. 1199/197, l'art. 48 cit. ha esteso la facoltà di richiedere la trasposizione della controversia non solo ai controinteressati, bensì a qualsiasi "parte" nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario, compresi, quindi – oltre all'amministrazione che ha emanato l'atto impugnato – anche i cointeressati (Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126; *contra* T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 27 giugno 2011, n. 321, in *Giur merito*, 2012, 958). Deve segnalarsi come l'art. 10 cit. – non abrogato dal Codice del processo amministrativo – disponga che l'istituto della trasposizione funge da strumento idoneo a consentire "che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale", postulando, quindi, che quella del ricorso straordinario non configuri essa stessa una sede giurisdizionale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2818). La giurisprudenza ritiene di poter giustificare la permanenza del regime dell'alternatività – nonostante le recenti importanti novità introdotte all'interno della disciplina del ricorso straordinario – non tanto per il rischio dell'eventuale violazione del principio del *ne bis in idem* (T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 aprile 2012, n. 572, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1154), quanto in considerazione delle maggiori garanzie che la tutela giurisdizionale è ancora in grado di assicurare, quali il doppio grado di giudizio, la pubblicità delle udienze, la discussione orale, il termine per la pubblicazione delle pronunce, la possibilità di ricorrere in Cassazione per motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 111 Cost. (T.A.R. Veneto, Sez. II, 11 ottobre 2011, n. 1538, in *Giur. merito*, 2011, 3197).

Le rilevanti modifiche introdotte dal legislatore del 2009 e, da ultimo, dal Codice del processo amministrativo hanno senza dubbio contribuito a chiarire numerosi profili di incertezza che in precedenza connotavano la disciplina del ricorso straordinario al Capo

Copyleft – Ius Publicum

dello Stato, nonché ad implementarne il grado di efficacia, nonostante permanga quel grave vizio di fondo, di cui si è già detto, rappresentato dalla conferma del riconoscimento della titolarità dell'attività istruttoria al solo Ministro competente (parte della controversia). Ciò premesso – ed a prescindere dall'avvenuta giurisdizionalizzazione o meno dell'istituto in esame – deve segnalarsi come i caratteri che (oltre al termine di impugnazione più lungo) hanno da sempre giustificato la permanenza di un rimedio di tutela strutturalmente alternativo a quello ordinario, quali la semplicità, la celerità e la gratuità, non trovano piena conferma nella realtà dei fatti. In merito alla presunta semplicità, ad esempio, se è vero che in linea astratta la normativa non impone l'utilizzo di formule tecniche particolari per la predisposizione dell'atto, con consequenziale facoltà del privato di redigerlo senza l'ausilio di un difensore, di fatto tale circostanza si avvera piuttosto di rado, atteso, tra l'altro, che la giurisprudenza ha da tempo chiarito che le censure devono essere formulate in modo non generico (sebbene atecnico) e supportate da idonei elementi probatori (Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio 1998, n. 109, in *Cons. St.*, 1999, 1272); circostanza che sembra trovare ulteriore conferma nella recente sostanziale assimilazione ai rimedi di natura giurisdizionale.

Anche l'affermazione che l'istituto in esame garantisce una forma di tutela celere non si rivela del tutto esente da critiche: se è vero, infatti, che il Ministro competente è tenuto a concludere l'attività istruttoria entro centoventi giorni dalla scadenza del termine previsto per la deduzione dei controinteressati (pena la facoltà dell'interessato di rivolgere l'istanza direttamente al Consiglio di Stato), il legislatore non prevede alcun termine per la formulazione del parere da parte del Consiglio di Stato, né per l'emanazione del decreto ministeriale una volta trasmesso il parere, con la conseguenza che la decisione finale viene spesso assunta dopo anni dalla presentazione del ricorso. In ordine alla presunta economicità del rimedio, infine, deve osservarsi come oggi il minor costo rispetto alle forme di tutela giurisdizionale si limiti alla facoltà di difendersi personalmente da parte dell'interessato, facoltà che, come già sottolineato, viene assai raramente sfruttata. Ai sensi dell'art. 37 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), infatti, è stato superato il precedente regime di "gratuità" del ricorso straordinario, essendo stato anch'esso inserito nei procedimenti per i quali è necessario effettuare il pagamento del contributo unificato (pari ad euro 650) occorrente per il deposito degli atti.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

NON-JUDICIAL MODELS OF PROTECTION: THE ADMINISTRATIVE APPEALS

ANNUAL REPORT – 2013 - ITALY

(May 2013)

Dott. Marco CALABRO'

INDEX

1. ADMINISTRATIVE APPEALS AND PUBLIC ADMINISTRATION "JUSTICE FUNCTION"

2. THE OPPOSITION APPEAL AND THE HIERARCHICAL APPEAL: ANACHRONISM AND INEFFECTIVENESS

3. PECULIARITY OF THE HIERARCHICAL IMPROPER APPEAL AND ITS APPLICATIONS. THE CLAIM CONCERNING THE ACCESS TO DOCUMENTS

4. THE RECENT DEVELOPMENT OF THE EXTRAORDINARY APPEAL TO THE ITALIAN PRESIDENT

4.1 The traditional debate on the legal status

4.2 The reform by art. 69 l. June 18, 2009, n. 69 and the judicial trend of the Institute

4.3 The latest innovations introduced by the Code of Administrative Procedure

Copyleft – Ius Publicum

1. ADMINISTRATIVE APPEALS AND PUBLIC ADMINISTRATION "JUSTICE FUNCTION"

The category of the administrative appeals[1] in Italy is composed of: the opposition appeal, the hierarchical appeal, the hierarchical improper appeal and the extraordinary appeal to the Italian President. Administrative appeals are instruments of protection through which citizens have the chance to challenge the activity of a public administration, not before a Judge, but rather before an administrative body. This phenomenon was born as an expression of the absolute State and of the related pardoning power of the monarch, wielded by his public servants. In this political context, the citizen was essentially devoid of the possibility of challenging administrative activity before a judge; consequently administrative appeals represented the only way of protection offered by the law, or, better, represented a further way to re-mark the one-sidedness and incontestability of public power. In that historical period, in fact, these remedies were not really able to protect citizen's interests: the characteristics of the absolute State and the identification of the general interest with the interest of the State (Hegel) required that none, outside the same administration, could judge the s.c. "administrative affairs". The broad autonomy and discretion of public administration were considered direct consequence of its entitlement of the duty and responsibility of pursuing public interest protection. So, citizen appeal ended up representing a simple contribution to the public activity legality, whereas individual interest found its protection only if and when it coincided with the administration interest.

Even after the institution of the IV Section of the State Council and the related identification of a Court in condition to judge the legitimacy of public administration

[1] Administrative appeals discipline A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 381 ss.; G. FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, 2003, 4147 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 143 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 609 ss.

Copyleft – Ius Publicum

activity, administrative appeals continued to have a fundamental role: to sue a public body, in fact, was necessary to gain the finality of the administrative measure[2], achievable through the use of administrative appeals. Even in this context, hence, the "defensive" value of administrative appeals was rather restricted: it was sufficient for public administration to remain inactive for avoiding the finality of the contested measure, consequently precluding the judicial protection. Hereafter, the Italian Constitution recognized a clear preference towards judicial remedies and, subsequently, the finality of the administrative measures was no longer considered as an admissibility requirement for the trial (l.n. 1034/1971). Nevertheless, administrative appeals had not been totally abandoned: although during this period the decline began (still current). Some years later, the state legislator issued a reform containing a systematic and homogeneous discipline of the administrative appeals (d.P.R. 24 November 1971, n. 1199[3]), which still represent the fundamental regulatory framework today.

The complex evolution of administrative appeals discipline is strictly linked to the passage from the absolute State to the liberal (or subject to the rule of law) State and, after, to the administrative jurisdiction achievement, concurrent with the arise of the welfare State. The previous system – based on the finality of the administrative measure – justified doubts as to the legitimation of ascribing a specific protective function to administrative appeals, enabling them to fulfill more public administration internal needs rather than

[2] Finality of administrative measure and administrative appeals L. RAGNISCO, M. ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, (voce) in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1962, 589 ss.; G. BERTI, *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, 80 ss.; G. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 1 ss.; L. MAZZAROLLI, *L'atto definitivo, la teoria dell'assorbimento e la riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 701 ss.; F.G. SCOCA, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1977, 375 ss.; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, (voce) in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 684 ss.

[3] D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 P. VIRGA, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1972; G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano, 1975; A. QUARANTA, G. GRASSO, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1981; A. DE ROBERTO, P.M. TONINI, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984

Copyleft – Ius Publicum

citizens' interests. This is the reason why, according to the traditional concept of the administrative appeals[4], these institutes were initially considered not properly contentious instruments, but rather a (possible) procedural stage, through which the citizen had the discretion of participating in the definitive measure formation. In light of the fact that the judicial conditioned system was abolished, nowadays this concept is considered outdated: the circumstance that the citizen can freely choose to use or not to use the administrative claims under consideration, renders it incontrovertible to place administrative appeals into the sole area of the citizen protection remedies.

This process seems coherently framed in the wider evolution of the public interest conception. As we said, administrative protection institutes arose in an historical context where the State was considered the only one subject legitimate to individuate and pursue public interest, through the exercise of authoritative activity. At the time, the intervention of the executive power was limited to those fields essential to guarantee "external" protection to private liberties and ownerships, as public order, justice, finances. So, it was taken for granted that the role of the citizen was "passive" in front of administrative choices: the law (direct expression of popular sovereignty) – circumscribing the field of administrative activity – prevented the State from overtake these borders, but, at the same time, ascribed to it a broad liberty of action. With the rise of the multi-class social State and the consequential expansion of the fields of intervention of public administration, a slow but inescapable process of administrative authority reduction began: from the need of a strong executive power – able to protect the middle class in the exercise of its liberties – we moved to the demand of a complex society interested in its rights and expectations guarantee, even through a deeper judgment of public activity.

[4] Traditional conception of the administrative appeals V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 78; A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, voce in *Nss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 975 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 155.

Copyleft – Ius Publicum

Analyzing this process through the authority/liberty couple perspective, it is possible to observe that the post-liberal State registered an increase of the contact (and conflict) moment between public bodies and civil society. In the course of time, it led to a substantial reconsideration of the relationship between public administration and citizen, as it emerges from the general administrative procedure law (l. n. 241/1990). There, we can find a new conception of public interest, as the synthesis of the several (public and private) interests involved in each specific activity, synthesis to whom citizen not only can, but has the right to, participate. Public administration (and its authoritative activity) does not find anymore its legitimacy in the (sole) law, but rather in the possibility of taking part to the final decision procedure by the recipients of the activity, in a procedure moment and through legal instruments adequate to the purpose. Connecting these considerations to the administrative protection remedies specific context, it is possible to stress that public administration authority reduction and the consequent change of public interest conception led also to a complete reconsideration (often only in theory) of the administrative appeals: these legal instruments were finally considered as remedies able to give citizen an effective protection. In other words, today public administration has the duty (and not the discretion) to examine the appeal, using justice criterions; citizen demand finds a further basis in the good administration right, established by the art. 41 of the European Union Charter of Fundamental Rights. Only this new *ratio* of administrative appeals allows their current presence in our legal order.

Coherently, administrative appeals are usually placed within the public administration "justice function"[5], meant as public administration activity aimed at solving

[5] Public administration justice function F. TRIMARCHI BANFI, *Modalità giustiziali e funzione giustiziale nei ricorsi amministrativi*, in *Le Regioni*, 1985, 897 ss.; E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986; T. ANCORA, *L'amministrazione giustiziale*, in *Cons. St.*, 1988, II, 1687 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 543 ss.; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, (voce) in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000; M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 597 ss.; A. ALBANESE, *L'amministrazione giustiziale in Austria*, in *Dir. amm.*, 2010, 457 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella*

Copyleft – Ius Publicum

– impartially and objectively – a controversy with the citizen, without bringing it before a court. In reality, not all the administrative appeals completely fulfill the requirements of the public administration judicial function: the main purpose – consisting in offering citizen additional remedies of protection – is often sought in an improper way, partially, without adequate guarantees for the citizen; this entails lack of effectiveness and confidence of the citizens, which has put the appeals under consideration in a situation of crisis. Furthermore, as Italian Constitutional Court has already clarified the applicability of the due procedure rules to the general administrative activity (Corte Cost., 23 March 2007, n. 103, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1353; Corte Cost., 14 December 1995, n. 505, in *Giust. civ.*, 1995, I, 651), even more it is possible to affirm that the respect of the same procedure guarantees has to be assured in the justice function specific context.

One of the fundamental elements of the public administration judicial function is represented by self-protection power[6], specifically in the area of self-protection of a contentious nature. This particular expression of the administration gives the capacity to decide on recourses presented by citizens to reform or annul a previous decision. The fact that it is administrative and not judicial activity, has in the past, encouraged doctrine to underline how the final decision was unable to only fulfill private interests, but rather – indirectly – those of good administration; this justified a reduced protection of the citizens position. In this sense, the question of justice would be examined also through the

pubblica amministrazione, Torino, 2012; M.R. SPASIANO, *La funzione giustiziale nell'amministrazione pubblica*, in M.R. Spasiano, D. Corletto, M. Gola, D.U. Galetta, A. Police, C. Cacciavillani (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Bologna, 2012, 393 ss.

[6] Self-protection power F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, (voce) in *Enc dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss.; G. GHETTI, *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 80 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela*, (voce) in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 830 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 35 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 1223 ss.

Copyleft – Ius Publicum

evaluation of the public interest which was considered basic in the original procedure. The contemporary concept of (contentious) self-protection power, adapted to the recent process of the public authority sphere reduction and has a direct (not mediated) nature of justice; the possibility to solve its own conflicts does not represent a privilege, but a duty, for the public administration. In this sense, recent judgments clarified that the nature of the justice of the administrative appeals entails that the final decision – though maintaining an administrative legal status – is not subjected to revocation nor *ex officio* annulment (Cons. Stato, Sez. VI, 16 July 2012, n. 4150, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2059; Cons. Stato, Sez. IV, 25 May 2005, n. 2675, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1399).

An additional fundamental element of the public administration judicial function is that the administrative bodies in charge of the decision have a level of impartiality such that the general interest in the justice is fulfilled. In this context, the requirement of impartiality[7] is interpreted in its organizational (statical) meaning; it is considered, in other words, not as a procedural rule aimed at obliging administration to examine the several (legally relevant) interests involved (active meaning), but rather as independence. It is undeniable that a function directed to solve a litigation has to be conferred to an independent public body, different form that one to whom the responsibility of the contested action is ascribed. In the case of an administrative, and not judicial, public body, we can talk of independence when,

[7] The impartiality of public adminstration P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, IV, Padova, 1958, 25 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, (voce) in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 1 ss.; R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, (a cura di) Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, Bologna, 1998, 411 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano 2003; S. LARICCIA, *Origini storiche e fondamento costituzionale del principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 1377 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 83 ss.

Copyleft – Ius Publicum

on the one hand, the body is not involved in the litigation, and on the other hand, the same legal subject is free of interferences from the Government or the authority who has nominated it. It is not just chance if a part of the doctrine does not speak of impartial administration, but rather of neutral administration[8], when it is possible to register the respect of some criteria, as the designation procedure, the mandate length, the guarantees against external interferences, the organizational and financial independence (CEDU, Sez. IV, 25 August 2005, n. 23695, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1321).

In consideration of the above, we can register in the recent years several legislative interventions, not aimed at totally reforming the administrative appeals discipline, but directed at enhancing the potentialities of some of them. In particular, the area of applicability of the hierarchical improper appeal has been extended to relevant fields such as the access to documents; and, moreover, most of the characteristics of the judicial institutes have been made applicable to the extraordinary appeal to the Italian President procedure.

2. THE OPPOSITION APPEAL AND THE HIERARCHICAL APPEAL: ANACHRONISM AND INEFFECTIVENESS

The opposition appeal[9] is a claim that the citizen can use, when provided by law, referring to the same administration which has enacted the contested measure. With this

[8] Neutral administration A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1984, 440; M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994; F. MERLONI, *Amministrazione «neutrale» e amministrazione «imparziale». (A proposito dei rapporti tra «politica» e «amministrazione»)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.; L. BARRA CARACCIOLO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA*, Torino, 1997; A. VERZA, *La neutralità impossibile*, Milano, 2000.

[9] Opposition appeal S. LESSONA, *Opposizione (dir. amm.)*, (voce) in *Nss. dig. it.*, XI, 1965, 1058 ss.; P. STELLA RICHTER, *Opposizione*, (voce) in *Enc. giur.*, XXX, Milano, 1980, 523 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione*

Copyleft – Ius Publicum

appeal, it is possible to object both legitimacy and merits defects, within 30 days from the notification of the measure or its full knowledge (except in the case of a different time-limit set by special provisions). The opposition appeal is an exceptional legal institute, so it can be legitimately used only when it is introduced in a field/matter by a specific disposal; when, as frequently happens, these disposals do not contain a fully discipline of the appeal, it is necessary to refer to the general provisions identified by d.P.R. 24 November 1971, n. 1199. The fields where the opposition appeal mostly finds application are: public sector employment, healthcare and public instruction. Among the most recent hypothesis, it is possible to recall the appeal granted to State executives who wanted to contest the candidates list concerning the composition of the Committee of guarantors provided by d.lgs. n. 165/2001 (art. 4, d.P.R. 2 March 2004, n. 114).

This legal institute is totally devoid of the requirement of impartiality: the convergence in the same subject of both roles ("adverse party" and "judge") compromise *ex se* the possibility – even in the abstract – of guaranteeing the level of neutrality necessary to protect the citizens' interests; that is why we can see a limited application of this remedy. Nevertheless – although the mentioned limits – the opposition appeal seems able to fulfill specific citizen needs, such as inciting the public administration to solving gross errors in the preliminary investigation and reconstruction of the facts. The remedy under consideration is also one of the few legal instruments through which citizen can object merits defects, even though the relevance of this prerogative seems doomed to fail considering the recent implementation of the infra procedural participation moments (e.g. the communication of reasons preventing the allowing of an application, provided by the art. 10 *bis*, l.n. 241/1990).

giustiziale nell'ordinamento amministrativo, Milano, 1991; L. MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi*, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, (a cura di) Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, Bologna, 1998, 2048; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 628.

Copyleft – Ius Publicum

The hierarchical appeal[10] traditionally represents the principal legal instruments of administrative protection, both because it is has a general application, and the role (played in the past) of instrument necessary to achieve the finality of the administrative measure. From a procedural point of view, the cross-examination principle is respected: in fact the petitioner (and the administration) has the duty to notify the appeal to the other parties involved, who can intervene within 20 days. When a citizen files an hierarchical appeal, there is the duty of the administration to express itself (within the limits of required) (Cons. Stato, Sez. IV, 18 September 2012, n. 4942, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2290); jurisprudence is divided on the consequences deriving from the lack of an explicit decision within the time-limit provided by law: some judgments interpret this omission as a silence-equal-default (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 13 December 2012, n. 1114, in *Foro amm. TAR*, 2012, 4055; Cons. Stato, Sez. VI, 3 May 2002, n. 2351, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1282), others as a mere trial condition, which would consent to object/challenge the original measure contested with the hierarchical appeal (Cons. Stato, Sez. III, 17 October 2012, n. 5287, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2526; Cons. Stato, Sez. VI, 9 July 2012, n. 4004, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2049). In any case, it is unquestioned that, even if the deadline expires, the administration still have the power of deciding on the hierarchical appeal (though late) (Cons. Stato, Sez. IV, 18 September 2012, n. 4942, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2290). Considering, on the one hand, that the hierarchical appeal is not a "procedure requested by

[10] Hierarchic appeal A. DE VALLES, *Per un "sistema" dei ricorsi gerarchici*, in *Foro amm.*, 1930, 37 ss.; F. CAMMEO, *Ricorso gerarchico e rinvio all'autorità inferiore*, in *Giur. it.*, 1935, 1 ss.; G. MIELE, *Questioni in tema di silenzio-rigetto del ricorso gerarchico*, in *Cons. St.*, 1954, 91 ss.; M. NIGRO, *La decisione silenziosa di rigetto del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi*, in *Foro it.*, 1963, 49 ss.; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1972, 43 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Ricorso gerarchico: silenzio e facoltà*, in *Giur.it.*, 1990, 113 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; L. ARCIDIACONO, *Ricorso gerarchico*, voce in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; A. TRAVI, *Ricorso gerarchico*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 394 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 149; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 616.

Copyleft – Ius Publicum

interested parties" (because it objects a previous measure), and on the other, the essential secrecy of the final decision until it is issued, the discipline of the communication of reason preventing the allowing of an application (art. 10-*bis*, l.n. 241/1990) does not find application (Cons. Stato, Sez. V, 3 May 2012, n. 2549, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2945).

The hierarchical appeal, however, encounters the limits – in terms of effectiveness – of the opposition appeal: in this case, the assigning of the decision-making function, although is not represented by the same administration entitled of the power objected, is close to the latter through a superiority relationship. It permits him to decide "as if" he was the administration in charge of the original measure, with a consequential effect of renewal and not of removal. The authority in charge of the hierarchical appeal, in fact, has the power-duty to review the case in its entirety, not limiting its evaluation to the legitimacy profiles, but rather examining the merits. It entails that the final decision, even if it will confirm the content of the measure challenged, takes the original measure place (Cons. Stato, Sez. III, 25 September 2012, n. 5089, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2273), and the (eventual) trial has to be sued against the decision on the hierarchical appeal (Cass. Civ., Sez. Un., 7 July 2010, n. 16039, in *Giust. civ.*, 2010, 1019).

It is clear that the functional connections which are the basis of a hierarchical relationship do not permit the realization of that (organizational and functional) "distance" between the administrations involved, necessary to guarantee the level of impartiality essential for a justice activity. In regard of this, part of the jurisprudence has been led to see, in the remedy under consideration, the coexistence purposes of citizen protection and administrative interest management (Cons. Stato, Ad. Gen., 10 June 1999, n. 8, in *Cons. St.*, 1999, 1976). Moreover – as can be simply verified through an empirical analysis –the superior public body is rarely willing to modify or annul the measure contested, as well as preserve a good relationship between offices.

The decline of the hierarchical appeal does not originate only from its insufficient effectiveness, but also due to structural reasons: in the last twenty years, several reforms modified the organizational system of the Italian public administration and a pluralistic model – founded on guidance and coordination relationships – taking the place of the

Copyleft – Ius Publicum

previous centralistic model. It entailed, among other things, a foreseeable fainting of one of the fundamental elements of the appeal under consideration: the hierarchical relationship. Therein, it has to be underlined that – as a result of the recent division of jurisdictions between political and administrative bodies – Ministers are no longer in charge of the hierarchical appeal decisions. Coherently, art. 11 of the d.lgs. n. 80/1998 expressively reserved to State general executives the responsibility of deciding on hierarchical appeals, also improper, filed against public servant measures (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 20 December 2005, n. 14278, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3995).

3. **PECULIARITY OF THE HIERARCHICAL IMPROPER APPEAL AND ITS APPLICATIONS. THE CLAIM CONCERNING THE ACCESS TO DOCUMENTS**

The hierarchical improper appeal[11] is an exceptional legal institute, aimed to guarantee the citizen an administrative instrument of protection against the activity of authorities not vertically organized (e.g. the collegial bodies, by nature devoid of a hierarchical top executive) (Cons. Stato, Ad. Gen., 10 June 1999, n. 8, in *Cons. St.*, 1999, 1976). Despite the actual diversity existing between the hierarchical and hierarchical improper appeals, it is generally uncontested that the d.P.R. n. 1199/1971 discipline finds its application in both cases (Cons. Stato, Sez. IV, 25 May 2005, n. 2675, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1399). Obviously, in the hierarchical improper hypothesis, the general

[11] Hierarchic improper appeal L. RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937, 209 ss.; F. BENVENUTI, *Note sul ricorso gerarchico improprio*, in *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, Padova, 1958, 50 ss.; E. CAPACCIOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei ricorsi amministrativi*, in *Giur. it.*, 1973, 1 ss.; M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, 71 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; A. TRAVI, *Ricorso gerarchico*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 394 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 626.

Copyleft – Ius Publicum

provisions have a supplementary role compared with the special ones provided by the law which introduces the remedy in a specific legal sector. In some cases, for example, the legislator allows that the simple presentation of a hierarchical improper appeal has the result of suspending the execution of the measure impugned, except for contrary urgent reasons (Cons. Stato, Sez. IV, 18 September 2012, n. 4942, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2290).

It is worth highlighting that the absence of a hierarchical connection contextually entails total diversity – both under the organizational and functional profiles – between the administration in charge of the decision and the administration which issued the measure contested. With this, it is possible to register a level of impartiality, at any rate in abstract terms, compatible with the requirements of an administrative judicial function. The administrative body called to decide on the appeal does not became appointed of the public power "in place of" the administration whose activity is contested: in other words, we have not a temporary jurisdiction transfer, because the administrative authority which decides on the hierarchical improper appeal cannot use the average way of acting (balance between the prevalent public interest and the others public and private interests involved) because it has the only purpose to solve – neutrally – the litigation (Cons. Stato, Sez. VI, 10 November 1999, n. 1782, in *Foro amm*., 1999, 2549). Thus, for example, the challenge of a decision on the hierarchical improper appeal which confirms the measure contested, has to be notified not only to the authority who has decided on the appeal, but also to the administration in charge of the administrative function (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 2 November 2009, n. 452, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3205).

The peculiar characteristics of the legal institute in consideration entail other several differences with the hierarchical appeal. Consider the hypothesis of a Minister in charge of deciding a hierarchical improper appeal against a local authority: in this case, the relationship of complete autonomy existing between the two administrations involved enables the local authority to impugn the state decision, in order to preserve its own constitutional prerogatives and competences (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 February 2011, n. 384, in *Foro amm. TAR*, 2011, 357). Part of the judicial decisions, moreover, consider the possible application of the self-protection legal institutes

Copyleft – Ius Publicum

(annulment and revocation) to the hierarchical appeal, because of the same *ratio* and requirements (precise evaluation of the emerging public interest reasons). However, it is necessary to come to opposite end in regard to the hierarchical improper appeal, considering the remarkable difference existing between the power to decide on the appeal – assigned to an independent public authority – and the self-protection power, assigned to the same administration which issued the contested measure (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 7 February 2008, n. 367, in *Foro amm. TAR*, 2008, 593).

The outstanding potentialities of the hierarchical improper appeal in terms of citizen protection led the legislator, in the past, to propose an enhancement of this legal institute. In 1994, a government study committee on the "justice in the administration" suggested several reforms, among which the foundation of independent authorities to whom assign public administration justice functions. This legal model is today partially traceable in the non-judicial protection procedures exercised by independent administrative

Copyleft – Ius Publicum

authorities[12] to whom it is often assigned not only the possibility of conciliating, but also of deciding bindingly on administrative claims. On the contrary, during the recent years, the state legislator has abolished some (not so relevant) hierarchical improper appeal typologies, in particular in the field of local authorities compulsory winding up, (cfr. art. 87, d.lgs. n. 77/1995, abrogated by art. 7, co. 1 *bis* del d.l. n. 80/2004); and in the field of prices review of public contracts (cfr. art. 4, d.lgs. n. 1501/1947, abrogated by art. 24 del d.l. n. 112/2008). We can probably explain this phenomenon thanks to the ineffectiveness of most of the traditional hierarchical improper appeals, especially because of the lack of an adequate level of neutrality.

Otherwise, the appeal under consideration is still present in several fields: social housing allocation (cfr. artt. 19 e ss., d.P.R. n. 655/1964); craft business register admission (cfr. art. 7, l. 8 August 1985, n. 443); designation of the Chamber of Commerce councils members (cfr. art. 7, d.m. n. 501/1996); road sign placing (cfr. art. 37, d.lgs. n. 285/1992).

[12] Non-judicial protection procedures exercised by independent administrative authorities M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna 1996, 149 ss.; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, 107 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 19 ss.; F. CARINGELLA, *Le autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 540 ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in F. Francario (a cura di) *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003, 68 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2925 ss.; F. ASTONE, F. SAITTA, *La giustizia innanzi all'autorità garante delle comunicazioni*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, a cura di G. Clemente di San Luca, Napoli, 2012, 247 ss.; M. GOLA, *La giustizia innanzi all'autorità garante della privacy*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, a cura di G. Clemente di San Luca, Napoli, 2012, 233 ss.; N. PAOLANTONIO, *La giustizia innanzi all'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, a cura di G. Clemente di San Luca, Napoli, 2012, 179 ss.

Copyleft – Ius Publicum

At the same time, the state legislator (as many regional legislators) has recently introduced new typologies of hierarchical improper appeals in other fields, in order to allow for faster and easier litigation resolutions (cf.: art. 69, d.lgs. n. 42/2004 in the field of cultural heritage circulation; art. 17, d.lgs. n. 124/2004 in the field of Job Provincial Directorate; art. 145, d.lgs. n. 196/2003 in the field of personal data protection).

Among the recent typologies of hierarchical improper appeals, one of the most interesting works in the field of the access to administrative documents. Under art. 25, co.4, l. n. 241/1990, in case of (either expressly or tacitly) denied or postponed access, the requesting party shall have the right to appeal to the ombudsman[13] with territorial jurisdiction (in relation to the activity of municipal, provincial o regional activities), or to a Commission for access[14] (in relation to State central and decentralized administrative branches activities). Both the mentioned public bodies have the duty to answer within thirty days of the claim presentation; once such timeframe has expired fruitlessly, the appeal shall be deemed refused. If the ombudsman or the Commission deem the denial or the postponement to be unlawful, they inform the requesting party of this fact, and

[13] Appeal to the ombudsman in the field of access to administrative documents F. VETRÒ, *Articolo 25, commi 4, 5, 5 bis e 6*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 751 ss.; A. SCARCIGLIA, *L'istituto del difensore civico in Italia fra "declamazioni", poteri di fatto e regole procedimentali*,, in *Dir. pubbl. com. eu.*, 2006, 1773 ss.; M. SANINO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: le modalità di esercizio e tutela*, in V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 443 ss.; A. CELOTTO (a cura di), *Il "ruolo" del Difensore civico. Aspetti evolutivi e comparati*, Napoli, 2008; M. CALABRÒ, A. SIMONATI, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 1123 ss.

[14] Appeal to the Commission of access W. GIULIETTI, *Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 777 ss.; M. OCCHIENA, *I poteri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi: in particolare, la funzione giustiziale ex l. 241/1990 e d.p.r. 184/2006*, in *www.giustamm.it.*; G. BUSIA, *La commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in AA.VV., *L'accesso ai documenti. Limiti, procedimento, responsabilità,* Milano, 2006, 295 ss.; M. CALABRÒ, *La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 1202 ss.

Copyleft – Ius Publicum

communicate it to the authority holding the document. If the latter does not issue a measure confirming and stating the reasons for its decision within thirty days of receipt of the communication from the ombudsman or the Commission, access shall be permitted.

This specific typology of hierarchical improper appeal implies some critical issues, first among everything, the lack of a sufficient level of independency. In fact, the Commission for access is placed in the Presidency of the Council of Ministers and is nominated by a President of the Council's decree; in addition, among the members of the Commission, there is the Presidency of the Council of Ministers chief of the staff, and also the Presidency of the Council of Ministers Undersecretary. The strong relationship with the Presidency of the Council of Ministers inevitably compromises the independency of the Commission, in consideration of its jurisdiction on the activities of the State central and decentralized administrative branches. It is also possible to come to similar conclusions as regard to the ombudsman – particularly referring to the designation procedures (basically political) and the role performed – even if it is not qualified as a government body (Corte Cost., 29 April 2005, n. 167, in *Foro amm. CDS*, 2005, 2823).

Furthermore, the appeal under consideration is not really effective: the acceptance of the appeal simply entails a communication to the administration holding the document, who can nevertheless confirm the denial on the base of new statement of reasons (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 3 April 2008, n. 2835, in *www.giustizia-amministrativa.it*.; T.A.R. Veneto, 4 February 2008, n. 218, in *Nuova rass.*, 2008, 853). The legislator merely establishes that if the administration does not answer within thirty days "access shall be permitted", without giving the Commission nor the ombudsman powers to order the document exhibition in case of (probable) inactivity of the administration (T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 26 September 2011, n. 738, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2761). In other words, the acceptance of the appeal does not bind the administration holding the document and, consequently, does not really protect the citizen interest (T.A.R. Lazio, Roma, I, 5 May 2008, n. 3675, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

In conclusion – although the fragility (in terms of independence and effectiveness) of most of the current hierarchical improper appeals – the majority of Italian doctrine

Copyleft – Ius Publicum

wishes the development of this administrative appeal, through the improvement of the model. In the broader context of the enhancement of the alternative dispute resolution (ADR)[15], the European Union has also recently encouraged the use of s.c. *internal reviews*, administrative legal instruments of protection that can be substantially assimilated to the hierarchical improper appeals (cf. the reference to objective justice criterion and the assignment of the decisional function to an independence authority). Furthermore, the remedy under consideration would not risk being reduced to a mere duplication of the judicial appeal, because of: the simplicity of the formalities, the promptness, the economy, the no-need of a technical legal aid.

[15] Alternative dispute resolution (ADR) in the administrative law M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione. Adr nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in *Dir. e formazione*, 2004, 1203 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.; S. DE FELICE, *Le A.D.R. (alternative dispute resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it;* A. MASSERA, *I rimedi non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione: tendenze contemporanee*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di G. FALCON, Padova, 2010, 86 ss.; F. CINTIOLI, *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution*, in *www.giustamm.it*.; L. GIANI, *Gli strumenti di giustizia alternativa*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 655 ss.

Copyleft – Ius Publicum

4. THE RECENT DEVELOPMENT OF THE EXTRAORDINARY APPEAL TO THE ITALIAN PRESIDENT

4.1 The traditional debate on the legal status

The uncertainty on the (administrative or judicial) legal status of the Extraordinary appeal to the Italian President[16] originates from its historical framework. In fact, part of the doctrine connects it to the "retained justice" remedies (judicial appeals whose jurisdiction were assigned directly to the Sovereign); whereas, other authors interpret it as an evolution of the "graceful" remedies (administrative appeals whose jurisdiction were assigned directly to the Sovereign). Before the latest reforms introduced by l.n. 69/2009 and the Administrative proceeding code, there was a widespread debate on the possibility to include the appeal under consideration in the area of judicial activity. In favour of this opinion, in effect, it was possible to quote several elements: the cross-examination full guarantee (assured by the duty of notify the appeal at least to one of the parties with conflicting interests "through the way and the formality prescribed for the judicial appeals", art. 9 d.P.R., n. 1199/1971); the fact that the State Council semi-binding opinion which

[16] Extraordinary appeal to the Italian President S. LESSONA, *La Giustizia nella amministrazione*, Bologna, 1958; V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788 ss.; G. PALEOLOGO, *Ricorso straordinario*, (voce) in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; M. GOLA, *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il «caso» del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 152 ss.; C.E. GALLO, *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ed il ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1172 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691 ss.; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008; M. CALABRÒ, *La presunta natura giuridica ibrida del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tra amministrazione e giurisdizione*, in *Nuove Autonomie*, 1/2009, 113 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 160; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 631 ss.

Copyleft – Ius Publicum

precedes the final decision was significantly qualified "expression of plain application of objective law" (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19 October 2005, n. 695, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3066); the circumstance that the final decision – although did not represent a *res iudicata* (T.A.R. Lombardia, Sez. II, 13 May 2004, n. 1695, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1300; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 7 November 2002, n. 604, in *Foro amm. CDS*, 2002, 3021) – was "substitutive" of the definitive judge sentence in force of the alternative principle (T.A.R. Toscana, Sez. II, 15 March 2000, n. 451, in *Ragiusan*, 2000, 51; T.A.R. Lombardia Milano, 11 July 1995, n. 954, in *TAR*, 1995, 3628). In support of this position, furthermore, there was a European Court of Justice decision (Court Just., 16 October 1997, in *Cons. St.*, 1997, 86), where the State Council giving the opinion in the procedure under consideration was expressively qualified a "judicial body".

However, the prevalent position affirmed that the extraordinary appeal to the Italian President – though was closely related to the judicial remedies – still had to be considered as an expression of administrative function. There were many reasons in support of this thesis, for example, the secrecy of the preliminary fact-finding activity (unilaterally managed, *de facto*, by the Government); or the lack of an oral discussion (Cons. Stato, Sez. IV, 11 May 2007, n. 2322, in *www.giustizia-amministrativa.it*). However, the main reasons was the circumstance that the one in charge of the final decision was the Minister, devoid of impartiality, and in condition to depart from the State Council opinion investing the Council of Ministers with the question (Cass. civ., Sez. Un., 18 December 2001, n. 15978, in *Riv. amm. it.*, 2002, 229). Before the reform of the 2009, in fact, the cited opinion had a semi-binding nature and a re-examination by the advisory body was not admitted, except for the exceptional hypothesis of revocation (Cons. Stato, Sez. I, 14 July 2010 n. 2775, in *www.giustizia-amministrativa.it*), or of objective non-compliance of the opinion to the *jus superveniens* pending the decree issue (Cons. Stato, Sez. II, 9 March 2011, n. 4421, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1022).

Recognizing to the extraordinary appeal an administrative legal status descends several proceeding consequences, such as the impossibility of appealing to the Court of Cassation against the extraordinary appeal decision (Cass. civ., 5 April 2007, n. 8618, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 650), as well as the impossibility of raising constitutional

Copyleft – Ius Publicum

exception[17] (Corte Cost., 21 July 2004, n. 254, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2460). The most heated debate concerned the usability of the compliance remedy[18] in order to force the administration to execute the final decision.

Part of the judicial decisions were inclined to a favourable response, with regard to both the substantial holding of the decision making power in the hands of head of the State Council (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 18 May 2009, n. 415, in *www.giustzia-amministrativa.it*; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19 October 2005, n. 695, in *Foro amm*. CDS, 2005, 3066; Cons. Stato, Sez. V, 22 November 2001 N. 5934, in *Foro Admin*., 2001, 2844), as well as assimilability of the final judgment, expected the regime of the alternativity and the reduced charges of appeal, only due to *errores in procedendo* (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII December 19, 2012, n. 5254, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3969; Cons. Stato, Sez. V, 27 February 2007, n. 999, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 532). The administrative jurisprudence majority argued, on the contrary, the non applicability of the

[17] Extraordinary appeal to the Italian President and constitutional exception A.L. TARASCO, *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2460 ss.; M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 652 ss.; N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l'«ircocervo»*, in *Giur. cost*., 2005, 2149 ss.; F. FRENI, *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *www.giustamm.it*; L. PLATANIA, *Può il legislatore ordinario aprire le porte del cielo?*, in *www.forumcostituzionale.it.*

[18] Extraordinary appeal to the Italian President and compliance remedy F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 800 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss..; F. FRENI, *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3737 ss.; A. CORSARO, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza*, , in *Foro amm. CDS*, 2005, 3066; P. QUINTO, *Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1466 ss.

Copyleft – Ius Publicum

solution of compliance, stating that the administrative nature of the decisional act, one with its binding nature, imposes upon the recipient that legitimately demanded the execution of challenging the refused silence based on the notice to provide (Cons. Stato, Sez. V, 15 February 2007, n. 641, in *Foro amm. CDS*, 2007, 538; Cons. Stato, Sez. V, 29 August 2006, n. 5036, in *Foro Amm. CDS*, 2006 2214), or – in the case of such an act clearly elusive or in conflict with the presidential decision – of challenging said act and have it annulled as invalid due to the misuse of powers (Cons. Stato, Sez. VI, February 10, 1999, n. 146 in *Cons. St.*, 1999 254).

4.2 ***The reform by art. 69 l. June 18, 2009, n. 69 and the judicial trend of the Institute***

This structure has undergone a substantial upheaval following the changes made to the rules of appeal to the Italian President by art. 69 l. June 18, 2009 n. 69[19] *(Provisions for economic development, simplification, competitiveness, as well as in civil proceedings)*. Previously, the legislature had intervened in order to integrate – in terms of completeness and speed of protection – the regime of the institution in question. In particular, adapting to what has been established by the law (Cons. Stato, Sez. II , 14 February 2001, n. 127, in *Cons. St.*, 2001 2222), art. 3, para. 4 of law n. 205/2000 had recognized the possibility of requesting precautionary measures even in the extraordinary appeal, assigning the relevant

[19] Reform of the rules of the extraordinary appeal to the Italian President and law n. 69/2009 L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; A. AULETTA, *Il legislatore "muove un passo" verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1619 ss.; F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici sull'approccio)*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1606 ss.; A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009. Notazioni a margine di TAR Lazio-Roma, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1008 ss.; G. MARTINI, *Il 'ricorso straordinario' al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. 69/2009*, in *www.giustamm.it*, 2/2010.

Copyleft – Ius Publicum

Minister, after consulting the Council of State the power to suspend the effectiveness of the decision. It should be noted, how the discipline in the context of pre-trial proceedings in the present extraordinary appeal is still significant – compared to what is currently in force within the administrative process – establishing itself only in the possibility of requesting the annulment of the contested measure, with all the limits that follow (Cons. Stato, Ad. Spec., 28 April 2009, n. 920, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1097).

However, it is with the above-mentioned reform of 2009 that the legislature intended to carry out an organic intervention aimed at solving those interpretative nodes that the law had brought out over the years. On the one hand, it is expressly admitted the deferability of issues relating to the constitutionality by the Council of State called upon to adjudicate in an advisory capacity on an extraordinary appeal, while on the other that opinion was made formally and substantially binding to the extent that it is no longer possible for the competent minister to depart through the referral of issues to the Council of Ministers.

Both changes have undeniably led to an increase in the level of protection that the institution in question is able to guarantee the citizen. It is also the opportunity to raise the constitutionality of accidents within the procedure, both – to a greater extent – having transferred the power of decision from a biased party (the Minister) to a body constitutionally endowed with independence and impartiality (the Council of State), thus represents a clear step forward in view of the function of which the justice institution is an expression. With regard, more specifically to the second of those corrective actions, it marks the disappearance of the main argument in favour of the recognition of an administrative nature to the remedy in question, represented by the faculty, previously assigned to the Minister, to finalize the procedure on the basis of an independent assessment, differing from the opinion of the State Council.

Copyleft – Ius Publicum

4.3 ***The latest innovations introduced by the Code of Administrative Procedure***

The legislature of 2009 had not, however, expressed in relation to the issue of compliance, which until then had mostly engaged doctrine and jurisprudence. The point is subsequently regulated by the Code of Administrative Procedure (Legislative Decree n. 104/2010)[20], in which article. 112 would seem to extend the institution of compliance also to the decisions in question. It is worth noting, how not expressly include the final measures of the extraordinary appeal, and this has led to the emergence of a debate – still in progress both in doctrine as well as in jurisprudence – on the applicability to this case of the letter. b) or letter. d) II co. art. 112 cited above. In particular, the supporters of the first theory believe that the legislature, in providing for – according to the above letter. b) – the extension of the operation of the remedy of compliance also to "other enforcement measures of the administrative judge" merely wanted to refer to the decisions that the Council of State takes the form of a binding opinion, in the proceedings in question (Cons. Stato, Ad. Plen., June 5, 2012, n. 18, in *Foro amm.CDS*, 2012, 1520; Cass. civ., Sec. Un., 19 December 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126). Join this reconstruction, among other things, would further confirm the change occurred on the legal nature of the institution in question, from administrative to judicial (Cass. civ., Sez. Un., 28 January 2011, n. 2065 in *Giust. civ.*, 2011, 136; Cons. Stato, Sez. VI, 10 June 2011, n. 3513, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2039).

On the other hand, there are those who consider the decision on the extraordinary appeal an executive order of the administrative judge according to letter b) cited above

[20] Discipline of extraordinary appeal to the Italian President and the Code of Administrative Procedure F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al presidente della Repubblica Storia, natura e disciplina positiva del rimedio dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69, ed il D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, Roma, 2010; P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012; F. TUCCARI, *Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2012, 84 ss.

Copyleft – Ius Publicum

hides a forcing to the extent that – as the opinion of the Council of State is now binding – the final measure is not in any case due to the administrative court, but to the President of the Republic upon the proposal of the competent minister. According to this argument, therefore, that among the decisions to comply also covers those issued in the extraordinary appeal is clear, rather, by the letter d) of Art. 112, para. II ° cit., where extending the compliance to the measures treated as *res judicata* "for which no provision is made for compliance with the remedy". Thus, this different reconstruction places the decision on the extraordinary appeal not within the measures of the administrative court, but within the measures (administrative) substantially (but not formally) equivalent to the judgments of the administrative courts Cass. civ., Sez. Un., 7 June 2012, n. 9183, in *www.lexitalia.it*; Cons. Stato, Sez. III, 4 August 2011, n. 4666, in *Foro it.*, 2011, III, 633; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 12 December 2011, n. 2341 in *Foro amm. TAR*, 2011, 4145).

Opting for the first or second of these reconstructions also affects the identification of the competent court to rule on compliance, to the extent that – if describing the decision as an administrative measure in paragraph (d) and not as an executive order of the court paragraph (b) – would be not applicable the co. I of art. 113 c.p.a. ("The judge who issued the warrant of which is compliance", i.e. the Council of State in a single degree) (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 June 2012, n. 18, in *Foro amm. CDS*, 2012 1520, Cass. civ., Sez. Un., 28 January 2011, n. 2065 in *Guida al diritto*, 2011, 13, 52), but the subsequent co. II of the same art. 113 cited above. ("Regional administrative court in whose jurisdiction the court that issued the judgment which it is sought compliance", i.e. the Lazio Regional Administrative Court) (TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 19 March 2012, n. 585, in *Foro amm.TAR*, 2012, 1001; Cons. Stato, Sez. III, 4 August 2011, n. 4666, in *Foro it.*, 2011, III, 633). On this point, it is worth highlighting the order n. 673/2013, through which the judges of Sec. VI of the Council of State – in light of the ongoing oscillation between the two interpretations and even siding specifically for the application of the letter. d) of Art. 112, co II ° cit. – put forward to the Plenary Assembly the question of the legal nature of recognizing the ruling issued following an appeal to the Italian President (Cons. Stato, Sez. VI, 1 February 2013, n. 673, in *www.lexitalia.it*). With a recent decision (6 May 2013, n. 9, in *www.lexitalia.it*) the Council of State Plenary Assembly has expressively qualified "judicial decision" the presidential decree which concludes the extraordinary appeal –

Copyleft – Ius Publicum

considering determined the binding character of the Council of State opinion – and has consequently opted for the application, related to the compliance field, of the combined provision of artt. 112, co. II, lett. b) e 113, co. I, c.p.a.

In any case, with the recognition of the use of the instrument of compliance, the legislature undoubtedly intended to ensure greater effectiveness at an extraordinary appeal – thus allowing the definitive overcoming of that minority jurisprudence that, although it believes that the decision on the extraordinary appeal had, in principle, a binding force (Cons. Stato, Sez. V, 15 February 2007, n. 641, in *www.giustizia-amministrativa.it*), it did not rule out that, where it emerged the manifestly unfounded nature of the claim, the administration would have been entitled to not enforce the decision "because it would not be helpful to the applicant and all prejudicial to the administration of the imposition of the obligation to rule on the question" (TAR Lazio, Roma, Sez. III-b, 30 July 2007, n. 7179, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Even after the recent Plenary Assembly decision (n. 9/2013), remains, on the other hand, the uncertainty about the change occurred or not of the legal nature. There are, in fact, rulings which – while discussing "judicial decisions" – stress factors potentially capable of calling into question the reconstruction of the extraordinary appeal as an expression of judicial power, such as the lack of an adversarial hearing, the attribution of jurisdiction investigation only to the Minister (in fact, "part" of the dispute), and the absence of two levels of jurisdiction (Cons. Stato, Sez. VI, 1 February 2013, n. 673, in *www.lexitalia.it*; Cons. Stato, Sez. I, 7 May 2012, n. 2131, in *Foro it.*, 2012, III, 525; Cass. civ., Sez. Un., 19 December 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126). In addition, there is how – in the silence of the legislature – the law is still oscillating about the operation of the stay of proceedings pursuant to art. 295 Code of Civil Procedure[21] in the case of pending contention promoted by an extraordinary appeal whose contents ruling (in favour: TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 12 July 2011, n. 3736, in *Foro*

[21] Extraordinary appeal to the Italian President and suspension of judgment pursuant to art. 295 Code of Civil Procedure N. BASSI, *Applicabilità dell'art. 295 c.p.c. ai rapporti fra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 555 ss.

Copyleft – Ius Publicum

amm. TAR, 2011, 2451; *contra* Cass. civ., Sez. Un., 31 May 2011, n. 11964, in *Giust. civ.*, 2011, 826).

In addition to the provisions regarding the profile of compliance, the Code of Administrative Procedure also intervened by limiting the operation of the extraordinary appeal to the Italian President to only "disputes devolved to the administrative jurisdiction" (art. 7, para. 8 L. n. 104/2010). The reasons for this change regarding the organization above are in the new role ("substantial" owner of the decision) recognized the Council of State and the consequent need not to breach the boundaries of division of jurisdiction set out in Art. 103 of the Constitution. Previously, on the contrary, it was believed that the extraordinary appeal could also be exercised for the protection of individual rights, though falling under the area of jurisdiction of ordinary courts (Cons. Stato, Ad. Gen., 10 June 1999, n. 9, in *Foro Amm*., 1999, 2160). The Supreme Court has considered this requirement to be able to read in a further confirmation of the "legalization" of the remedy in question, pointing out that the jurisdiction has thereby become a general condition of eligibility of the extraordinary appeal, not unlike what happens to the ordinary appeal to the court administrative (Cass. civ., Sez. Un., 19 December 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126). The General Assembly of the Council of State has also commented on Article. 7 cit., recognizing the innovative scope of this provision and not merely interpretive, resulting in non-retroactivity of the same (Cons. Stato, Ad. Gen., 22 February 2011, n. 808, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Concerning the limits that characterize the scope of operation of the remedy in question, it is stressed that its use is expressly excluded in the event of a dispute over the electoral proceedings (Art. 128 CPA), and – indirectly – in subjects whose needs for celerity require special or abbreviated rituals, such as access to the documents (Cons. Stato, Sez. II, 25 October 2012, n. 4280, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2678; Cons. Stato, Sez. III, 26 October 2009, n. 1670 in *Foro amm.CDS*, 2009, 2409), the procedures of awarding public works, services or supplies, as well as the related provisions of the Authority for the Supervision of public contracts for works, services and supplies, challenged only by appeal to the competent Regional Administrative Court (Art. 120 CPA).

Article. 48 of the Code of Administrative Procedure, thus, confirms and further specifies that alternativity regime subsisting between the appeal to the Italian President and

Copyleft – Ius Publicum

the ordinary appeal to the administrative court, according to which, as noted, *electa un via non datur recursus ad alteram*. In this regard, the most recent law has expanded the sphere of operation of the scheme, proclaiming it as the application not only in reference to appeals of the same administrative act, but in all the cases in which acts are considered in relation to places of presupposition and consequentiality (T.A.R. Liguria, 11 December 2012, n. 1589, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3827; Cons. Stato, Sez. IV, 16 April 2012, n. 2158, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, 807; Cons. Stato, Sez. II, 22 June 2011, n. 3035, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2151). It is well known that the alternative nature of the regime only involves the foreclosure of the extraordinary appeal once it has been brought to the courts, having no value in the opposite direction due to the expected possibility of asking for the transposition of the dispute from the justice seat to the judicial one (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 3 January 2013, n. 36, in *Foro amm*. TAR, 2013, 87).

Regarding what was originally the provisions of art. 10 of Presidential Decree n. 1199/197, art. 48 cit., it has extended the right to request the transposition of the dispute not only to counterparties, but to any "part" to whom it is proposed to be an extraordinary appeal, including, therefore – in addition to the administration which adopted the contested measure – even the citizens having an interest opposed to the one of the appellant (Cass. civ., Sez. Un., 19 December 2012, n. 23464, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3126; *contra* T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 27 June 2011, n. 321, in *Giur merito*, 2012, 958). It is worth highlighting how art. 10 cit. – not repealed by the Code of Administrative Procedure – provides that the institution of the transposition acts as a suitable way to "the appeal to be decided in the courts," positing that the extraordinary appeal itself does not constitute a judicial venue (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 16 March 2010, n. 4104, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2818). The law believes it can justify the permanence of the system of alternativity – despite recent major innovations introduced within the discipline of the extraordinary appeal – not because of the risk of infringement of the principle of *ne bis in idem* (T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 April 2012, n. 572, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1154), but in view of the greater assurance that judicial protection is still able to provide, such as the two levels of jurisdiction, the publicity of hearings , the oral discussion, the deadline for the publication of the decisions, the possibility of resorting to the Supreme Court on the grounds of

Copyleft – Ius Publicum

jurisdiction pursuant to art. 111 of the Constitution (T.A.R. Veneto, Sez. II, 11 October 2011, n. 1538, in *Giur. merito*, 2011, 3197).

The major changes introduced by the legislature in 2009 and, most recently, the Code of Administrative Procedure have undoubtedly helped to clarify several elements of uncertainty that previously marked the discipline of appeal to the Italian President, as well as implement the degree of effectiveness, notwithstanding the basic flaw, which has already been mentioned, represented by the confirmation of the recognition of ownership of the preliminary investigation only to the competent Minister (part of the dispute). That said – and regardless of the eventual change of legal status of the institution in question – it worth noting how the issues (in addition to longer-term appeal) have always justified the permanence of a remedy of protection structurally alternative to the ordinary, such as simplicity, speed and gratuity are not fully borne out by the facts. As for the alleged simplicity, for example, if it is true that in abstract, legislation does not require the use of special technical formulas for the preparation of the appeal, with the consequential right of private to draw it up without the help of a defender, in fact this rather rare, since, among other things, the Court has long held that complaints must be non-generic (though non-technical) and supported by appropriate evidence (Cons. Stato, Sez. III, 7 July 1998, n. 109, in *Cons. St.*, 1999, 1272); a circumstance which seems to be further confirmed by the recent substantial assimilation to the remedies of a judicial nature.

The assertion that the institution in question provides a form of quick protection is not entirely free from criticism: if it is true, in fact, that the competent minister is required to conclude the preliminary investigation within one hundred twenty days after the expiration of the term provided for the deduction of counterparties (otherwise the right of the person concerned to address their application directly to the Council of State), the legislature did not provide for any time limit for the issuing of the opinion by the Council of State, or for the issuance of the Ministerial decree once transmitted the opinion, resulting in that the final decision is often consumed after years of submission of the application. Finally, on the presumed cost of the remedy, it is worth noting how the lower cost compared to the forms of judicial protection is limited to the right to defend oneself in person by the individual, rights which, as already noted, are rarely exploited. Pursuant to

Copyleft – Ius Publicum

art. 37 of the Decree Law 6 July 2011, n. 98 (Urgent measures for financial stabilization), in fact, the previous regime of "gratuitousness" of the extraordinary appeal has been exceeded, having also been added in the proceedings for which it is necessary to make the payment of the unified contribution (equal to €650) required for the filing of charges.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

ESECUZIONE E RINEGOZIAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI

REPORT ANNUALE - 2013 - ITALIA

(Marzo 2013)

Dott.ssa Annalaura GIANNELLI

INDICE

1. PREMESSA
2. LE MODIFICHE UNILATERALI NEL DIRITTO PRIVATO
3. LE MODIFICHE UNILATERALI NEI CONTRATTI PUBBLICI
3.1 La revisione dei prezzi
3.2 Le varianti in corso d'opera
4. LE MODIFICHE BILATERALI
4.1 le modifiche bilaterali nel diritto civile
4.2 le modifiche bilaterali nel diritto europeo dei contratti pubblici
4.3 le modifiche bilaterali nel diritto nazionale dei contratti pubblici
5. LA TUTELA DEI TERZI AVVERSO LE MODIFICHE ELUSIVE
6. PROSPETTIVE COMPARATISTICHE E DE JURE CONDENDO
7. BIBLIOGRAFIA

Copyleft – Ius Publicum

1. PREMESSA

Alla fase di esecuzione dei contratti pubblici è stata riservata, da parte della letteratura scientifica, un'attenzione piuttosto sporadica. Il tendenziale disinteresse della dottrina pubblicistica[1] si spiega alla luce di due orientamenti critici antitetici. Il primo attrae all'area del diritto civile tutta la fase dell'adempimento delle obbligazioni, ritenuta scevra di implicazioni pubblicistiche[2], anche per quanto concerne il tema specifico dello *ius variandi*. Il secondo considera, invece, l'intera fase dell'esecuzione come una mera appendice

[1] L'analisi della fase di esecuzione del contratto pubblico è spesso assente anche in studi di ampio respiro, come, ad esempio, in: ROEHRSSEN DI CAMMERATA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1971, essendo invece più dettagliatamente trattata nella letteratura contabilistica (si veda, in particolare, BUSCEMA, *Trattato di contabilità pubblica*, Milano, 1981, 965 ss; BENTIVENGA, *Elementi di contabilità di Stato*, Milano, 1960, 119). Quali eccezioni allo scenario di disinteresse appena descritto, si veda invece: CAVALLO PERIN - RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325; COMBA, *L'esecuzione di opere pubbliche. Con cenni di diritto comparato*, Torino, 2012; nonché BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011, 22.

[2] Cfr. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891; 359; il quale afferma che «nei rapporti giuridici patrimoniali, il diritto moderno, non che ammettere che alcuno sia superiore al diritto, non ammette neanche alcun regime di privilegio (…) Il patrimonio dello Stato, cioè l'insieme dei mezzi economici con cui esso sopperisce ai suoi bisogni, è sottoposto, come tutti i patrimoni privati, al diritto comune, salvo deroghe che naturalmente discendono dalla intima varietà dei rapporti, e che quindi, per ciò stesso, non vanno considerati come privilegi». .Di questo avviso anche S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937, 14, ove si argomenta l'estraneità della fase dell'esecuzione al diritto amministrativo propriamente inteso affermando che il carattere pubblico dell'attività negoziale rileva solo sul fronte delle decisioni di spesa e di individuazione del contraente assunte in via unilaterale dall'amministrazione. Viceversa «dopo questo stadio, la valutazione dell'interesse pubblico e quindi la funzione amministrativa propriamente detta si può considerare esaurita e quell'atto, di fronte al venditore o al locatore, appare come ogni altro negozio di compravendita o locazione e conseguentemente di diritto privato».

Copyleft – Ius Publicum

dell'attività amministrativa[3] compiuta nella cd. ad evidenza pubblica, dunque non meritevole di particolare approfondimento scientifico.

A ciò si associa un limitato interesse mostrato anche dalla legislazione: alla fase di esecuzione è stata tradizionalmente dedicata una disciplina assai esigua e per lo più relativa al settore dei lavori (il riferimento è alla l. 109/1994 e s.m.i.). Anche con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici la situazione non è mutata: le norme inerenti la fase di esecuzione sono tuttora poche, e riguardano soprattutto il settore delle opere, ritenuto quello in cui le sopravvenienze rischiano di incidere maggiormente sul soddisfacimento dell'interesse pubblico implicato nella singola commessa.

A dispetto di ciò, il fenomeno dello *ius variandi* nelle fattispecie ad evidenza pubblica è assai complesso ed eterogeneo.

Esso si dipana lungo due direttrici alternative: quella della revisionabilità unilaterale, ossia imposta dal contraente pubblico, e quella della revisionabilità consensuale, caratterizzata dalla convergenza tra le volontà dei contraenti sulla modifica da apporre al contenuto negoziale.

La modificabilità unilaterale ha destato maggiore interesse presso la dottrina tradizionale, la quale, influenzata dalla teorica francese in tema di *mutabilité del contrat administratif*[4], ha professato l'esistenza di un principio d'immanente revisionabilità

[3] Si veda, in proposito, l'insegnamento di MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1882, 680, il quale, rifacendosi alle acquisizioni della dottrina francese in tema di *contrats administratifs*, giunge alla conclusione secondo cui «non è dunque e non può essere del tutto contrattuale lo stesso rapporto giuridico dell'impresario, avendola da fare con l'amministrazione, non meno come autorità, che come contraente. Donde interceda pur l'istrumento, i contratti dello Stato si preparano e concludono sempre e poi sempre per atto d'autorità».

[4] I principali riferimenti sul tema sono a: JEZE, *Théorie générale des contrats de l'Adimistration*, in *Rev. dr. pub.*, 1930, 130; MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Berlino, 1876, 291; PEQUINOT, *Contribuition à la théorie gènèrale du contrat administratif*, Montpellier, 1945, 364, in cui si legge che «*est de reconnaitre que le contrat administratif ne lie pas l'administration de le meme maniére qu'un contrat ordinaire lie un particulier*»;

Copyleft – Ius Publicum

unilaterale del contratto pubblico, quale conseguenza della supremazia di cui l'amministrazione risulterebbe depositaria anche quando agisce secondo moduli negoziali. Lo *ius variandi*, in quest'ottica, è stato quindi indagato attraverso la dialettica potestà/soggezione.

Assai più trascurata è stata la direttrice della modificabilità consensuale, nella quale, i profili problematici non interessano i rapporti di forza tra i contraenti, bensì i rischi di elusione delle procedure pro-concorrenziali di selezione del contraente privato, calibrate su un oggetto negoziale diverso da quello in ipotesi risultante dalla rinegoziazione.

2. LE MODIFICHE UNILATERALI NEL DIRITTO PRIVATO

La modificabilità unilaterale del contenuto negoziale non è un fenomeno estraneo al diritto civile.

in termini sostanzialmente coincidenti anche MORAND DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 2001, 396, in cui si ribadisce che «*le contrats administratifs échappent au charactère obligatoire de la convention at à son immutabilité puisque les obligations contractuelles ne naissent pas seulment de la commune intention des parties mais parfois de la volonté unilatérale de l'administration».* DE LABAUDERE, MODERNE, DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, in *LGDJ*, 1983, 694, 700. Ancora, sul tema della *modification unilatérale*: LLORENS, *Réflexions sur le pouvoir de modification unilatéral du maitre de l'ouvrage dans le marchés de travaux public set privés*, *Droit et ville*, 1984, 50; LIBERT, *Les modifications du marché en cours d'exécution*, in *AJDA*, 1994, 65; DE LABAUDERE, *Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, in *RDP*, 1954, 36 in cui per l'appunto si annovera la *mutabilitè* tra le «*notions dominantes de la théorie de l'exécution des contrats administratifs*. Più recentemente cfr. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Parigi, 2009; BRECHON MOULENES, *Liberté contractuelle des persone publiques*, in *AJDA*, 1998, 643. *Contra*, ossia nel senso della necessità di superare la teorica della modificabilità unilaterale: BENOIT, *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs*, in *JCP*, 1963, 25; sulle tensioni tra la teorica della modificabilità e gli spunti proconcorrenziali dettati dal diritto europeo dei contratti pubblici: YANNAKOPOULOS, *L'apport de la protection de la libre concorrence à la théorie du contrat administratif*, in *Rev. dir. pub.*, 2008, 2, 421.

Copyleft – Ius Publicum

Tre sono, in particolare, le categorie di norme privatistiche che si occupano del tema dello *ius variandi* nei rapporti di durata.

La prima categoria comprende le norme che vietano o limitano il fenomeno della modificabilità unilaterale, anche laddove essa sia stata preventivamente contemplata dalle parti in sede di stipulazione. Tra le norme maggiormente significative meritano di essere richiamate: l'art. 6 della l. 192/1998, che vieta la formulazione di clausole di *ius variandi* nei contratti di subfornitura; l'art. 333 co. 2 lett. m) del d.lgs.206/2005[5] (codice del consumo) che qualifica come presuntivamente vessatorie le clausole di *ius variandi* presenti nei contratti del consumatore e l'art. 118 del d. lgs. 385/1993 (T.U.B.), che per i contratti bancari subordina l'esercizio dello *ius variandi* da parte delle banche alla sussistenza di un giustificato motivo[6].

La seconda categoria contempla norme che pongono in capo al contraente che subisce lo *ius variandi* l'alternativa tra l'accettazione della modifica unilateralmente predisposta e lo scioglimento anticipato del contratto. La dottrina parla, in proposito, di recesso in autotutela avverso lo *ius variandi* di controparte[7]. Si pensi all'art. 33 co. 4 del codice del consumo, che assegna al professionista il diritto di modificare il contenuto del contratto rimettendo alla controparte la scelta tra accettazione della modifica e diritto di recesso. Oppure agli artt. 1897 e 1898 c.c. relativi al contratto di assicurazione, in cui si consente a ciascun contraente, in presenza di determinati presupposti, il diritto di aumentare o ridurre il premio originariamente pattuito, fatto salvo, per la controparte, il diritto di recedere.

[5] In tema di *ius variandi* nei contratti dei consumatori, cfr. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, 4.

[6] Sullo *ius variandi* nei contratti bancari, cfr. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, 373

[7] Cfr. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 553

Copyleft – Ius Publicum

La terza categoria raggruppa, infine, norme che conferiscono ad una delle parti il diritto di imporre modifiche che, ove non recepite dall'altro contraente, determineranno a carico di quest'ultimo una situazione di inadempimento. Si pensi all'art. 1664 c.c., ove si prevede che in un appalto tra privati[8], qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della manodopera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono pretendere la revisione del prezzo medesimo. O ancora, sempre in tema di appalto, si veda l'art. 1661 c.c., in forza del quale il committente può apportare variazioni al progetto, purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto. O infine, nel contratto di trasporto, si veda l'art. 1685 c.c., che sancisce il cd. diritto al contrordine, ossia il diritto del mittente di "sospendere il trasporto (…) ovvero di ordinarne la consegna a un destinatario diverso da quello originariamente indicato o anche disporre diversamente".

Nonostante la prima impressione, occorre rilevare come nessuna delle tre categorie di norme sinora menzionate annoveri fattispecie relative a modifiche autenticamente unilaterali.

Nel primo caso, infatti, si tratta di norme che incidono sull'autonomia negoziale, vietando o limitando le pattuizioni con cui le parti di comune accordo (e dunque non unilateralmente) assegnano lo *ius variandi* ad uno dei protagonisti del rapporto.

La seconda categoria, invece, raggruppa norme che attribuiscono ad uno dei contraenti il diritto di modificare il regolamento negoziale, assegnando però alla

[8] Cfr. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Catania, 2006, 48, secondo cui l'art. 1664 c.c. detterebbe un principio generale di gestione dei rischi destinato ad operare non solo nell'ambito del tipo contrattuale contrassegnato dal *nomen* «appalto», ma in tutti i contratti di durata contrassegnati dal carattere specialistico della prestazione dedotta in contratto (che si traduce nella difficile surrogabilità del prestatore).

Copyleft – Ius Publicum

controparte uno speculare diritto di recesso, che neutralizza il carattere unilaterale – ossia autenticamente impositivo - dello *ius variandi*[9].

La terza categoria, infine, include norme che assegnano ad una delle parti un diritto di modifica non controbilanciato da alcun diritto di recesso. E tuttavia, anche in questo caso, non si tratta di fattispecie autenticamente unilaterali. Ciò in ragione del carattere dispositivo delle norme in questione[10], la cui operatività può essere sterilizzata di comune accordo dalle parti. Se nei contratti in questione trova applicazione lo *ius variandi* previsto dalle norme civilistiche è dunque in ragione del fatto che le parti si sono tacitamente accordate al fine di non neutralizzare l'operatività delle norme attributive del predetto diritto di modifica. Ancora una volta, quindi, non si rintraccia l'attributo dell'unilateralità.

Il quadro appena tratteggiato porta a concludere che il diritto civile non contempla autentiche fattispecie di modificabilità unilaterale, stante il carattere dispositivo delle norme di *ius variandi* appartenenti alla terza categoria appena menzionata. In ciò risiede il principale tratto di discontinuità rispetto agli scenari relativi all'appalto pubblico, ove, di contro, le norme di *ius variandi* sono inderogabili, e perciò sottratte all'autonomia negoziale .

[9] *Contra*, ossia nel senso che lo *ius variandi* di una parte, anche laddove bilanciato dal recesso della controparte, costituisca un fenomeno che avversa il principio di vincolatività *ex* art. 1372 c.c.: DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1999, 25; nonché VETTORI, *La vincolatività*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2001, 5.

[10] Cfr. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione* (jus variandi) *del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, 22; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2008, 768; RESCIGNO, voce *Appalto*, in *Enc. dir.*, Roma, 1991, II, 391.

Copyleft – Ius Publicum

3. LE MODIFICHE UNILATERALI NEI CONTRATTI PUBBLICI

La dottrina tradizionale, influenzata dalla letteratura scientifica francese, ha professato l'esistenza di un regime di mutabilità implicita del contratto pubblico, in forza del quale l'amministrazione potrebbe unilateralmente modificare le clausole negoziali, anche successivamente alla stipulazione e anche in assenza di una norma che le assegni esplicitamente tale potere. Queste tesi possono ormai considerarsi superate, anche in forza dell'art. 1 comma 1 *bis* della l. 241/90[11], il quale impedisce di rintracciare, nell'ambito dell'attività consensuale, poteri pubblicistici non contemplati dalla legge. Il che, a sua volta, rappresenta una conseguenza ineludibile del principio di legalità, nella sua declinazione in termini di legalità-garanzia.

Le modifiche unilateralmente apponibili al contenuto del contratto pubblico sono, perciò, solo quelle previste dal diritto positivo. Gli istituti di maggiore di rilievo, in tal senso, sono quelli della revisione dei prezzi e delle varianti in corso d'opera.

[11] Sull'applicabilità del novello co. 1 *bis* ai contratti ad evidenza pubblica, con conseguente superamento delle teoriche all'insegna della cd specialità intrinseca della disciplina del rapporto negoziale cfr. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della P.A. e l'art 1 "*bis*" della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, a cura di Mastragostino, 2007, Bologna, 29.

Copyleft – Ius Publicum

3.1 La revisione dei prezzi[12]

In materia di appalti di lavori, l'art. 133 del Codice dei contratti pubblici impone il cd. sistema del prezzo chiuso, che non equivale a "prezzo immodificabile", ma consiste nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza sia superiore al 2%, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno previsto per l'ultimazione dei lavori. Tale percentuale è fissata con decreto del Ministero delle infrastrutture.

Tuttavia, in deroga a tale regime, il medesimo articolo prevede che, qualora il prezzo dei singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione superiori al 10% rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta si faccia luogo a compensazioni in aumento o in diminuzione, per la metà della percentuale superiore al 10%[13].

L'istituto della revisione dei prezzi compare tanto nella disciplina degli appalti tra privati, quanto in quella degli appalti pubblici. La regolamentazione della revisione dei

[12] Per una ricostruzione storica più dettagliata circa l'introduzione del meccanismo revisionale, cfr. VARANESE, *La revisione dei prezzi*, Milano, 1947

[13] In base al co. 4 dell'art. 133, al di sopra del limite del 10% si deve comunque avere riguardo a non superare l'ammontare delle somme di cui al co. 7 del medesimo art. 133, in cui si prevede che «per le finalità di cui al comma 4 si possono utilizzare le somme appositamente accantonate per imprevisti, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, nel quadro economico di ogni intervento, in misura non inferiore all'1 per cento del totale dell'importo dei lavori, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, nonché le eventuali ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento nei limiti della relativa autorizzazione di spesa. Possono altresì essere utilizzate le somme derivanti da ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti, nonché le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza dei soggetti aggiudicatori nei limiti della residua spesa autorizzata; l'utilizzo di tali somme deve essere autorizzato dal CIPE, qualora gli interventi siano stati finanziati dal CIPE stesso».

Copyleft – Ius Publicum

prezzi nei rapporti tra privati e nei contratti pubblici ha conosciuto nel tempo notevoli oscillazioni, seguendo ciclici tragitti di avvicinamento e allontanamento. La differenza più significativa tra i due istituti omologhi, tuttavia, non risiede nel contenuto precettivo delle rispettive (e oscillanti) discipline, bensì in una caratteristica strutturale delle norme dedicate a ciascuno di essi. La revisione dei prezzi, nei contratti pubblici, è, infatti, un diritto indisponibile. L'amministrazione, così come l'impresa aggiudicataria di un contratto pubblico, non possono rinunciare preventivamente al diritto di pretendere la revisione dei prezzi in aumento o in diminuzione. Ciò per evidenti ragioni di tutela dell'interesse pubblico[14], inteso come interesse ad una utile allocazione delle risorse (pubbliche) investite nel contratto, mediante un bilanciamento efficiente tra qualità (del bene o del servizio acquisito) e risparmio.

La revisione dei prezzi di un contratto pubblico è dunque una prerogativa autenticamente unilaterale[15], giacché le parti, in sede di stipulazione, non possono efficacemente accordarsi nel senso della inoperatività della disciplina legale dedicata a tale istituto[16].

[14] nel senso che l'istituto della revisione dei prezzi risponda a finalità pubblicistiche sconosciute alla disciplina dell'omonimo contratto tra privati: Cons. St., 12 ottobre 1984, n 723; in *Mass. Compl. Cons. Stato*, 1984, 371; nonché Corte dei conti, sez. controllo per la regione Sardegna, n. 55/2009/PAR.

[15] Nel senso che la revisione del prezzo degli appalti pubblici consisterebbe in un atto di esercizio di un potere pubblicistico che dall'esterno incide sul contratto, GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 85 e NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc dir*., Milano, 1964, XII, 916.

[16] Diversamente, negli appalti tra privati «la norma che disciplina la revisione dei prezzi nel contratto di appalto (art. 1664 c.c.) non ha carattere imperativo, per cui le parti hanno facoltà di derogarvi, sia limitando la revisione e modificandone le condizioni di legge, sia anche escludendola completamente», così Cass. civ., 12 giugno 1987, n. 5148, in *Rep*., voce *Appalto* 1987, n. 42.

Copyleft – Ius Publicum

3.2 Le varianti in corso d'opera

L'art 132 del codice dei contratti pubblici consente all'amministrazione appaltante di imporre varianti all'opera in corso di esecuzione, purché sia soddisfatta una triplice condizione.

La prima consiste nella sussistenza di una delle situazioni tassativamente previste dallo stesso art. 132[17]: sopravvenienze normative, errori progettuali, *etc*. Questo regime di tipizzazione concerne, però, solo le varianti in aumento. Per quelle in diminuzione, che determinano risparmi di spesa per le amministrazioni e minori guadagni per l'appaltatore, tale regime di tipizzazione è escluso dall'art. 162 co. 1 del d.P.R. 207/2010. Per converso, nell'appalto tra privati il diritto del committente di imporre varianti in corso d'opera non è sottoposto ad alcun regime di tipizzazione dei presupposti.

La seconda condizione riguarda il *quantum* della variante, che può essere imposta dalla stazione appaltante pubblica nel limite di un quinto del valore complessivo dell'affidamento[18], laddove invece, nei contratti tra privati, tale soglia coincide con un sesto[19] (art. 1661 c.c.).

[17] Nei settori dei servizi e delle forniture la tipizzazione dei presupposti di apponibilità delle varianti è dettata dal'art. 311 co. 2 del regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici.

[18] Una regola del tutto analoga è dettata all'art. 311 co. 4 con riferimento ai contratti di servizi e forniture.

[19] Secondo alcuni degli Autori che si sono cimentati nello studio di questi temi, il diverso ammontare della soglia di imponibilità denuncerebbe cioè la natura pubblicistica dell'istituto, e dunque il carattere provvedimentale dell'atto in cui esso si esprime. Così, MOSCARINI *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit., 131; STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano, 1999, 51. *Contra*, ossia nel senso della inidoneità della differenza quantitativa a denunciare la presunta connotazione pubblicistica della variante apposta a contratto pubblico: BENEDETTI, *Contratti della pubblica amministrazione*, cit., 202.

Copyleft – Ius Publicum

Infine, la terza condizione concerne il carattere non essenziale della variante, la quale non potrà determinare alterazioni sostanziali dell'oggetto dell'affidamento. Limite, quest'ultimo, introdotto per la prima volta dalla legge Merloni, la quale ha determinato, sotto tale profilo, una convergenza rispetto alla disciplina degli appalti tra privati, in cui il divieto di apporre varianti essenziali è sancito dall' art. 1661 c.c.

Il divieto di introdurre varianti essenziali è però ispirato da obiettivi differenti: nei rapporti tra privati esso è posto a presidio del principio di affidamento e di tutela del contraente "debole"; negli appalti pubblici, invece, esso presiede anche ad obiettivi di trasparenza e concorrenzialità delle gare, ad evidente beneficio dei terzi non aggiudicatari. Ciò spiega, ancora una volta, il fatto che nei rapporti tra privati la regola in questione sia derogabile con il consenso delle parti, mentre nei rapporti pubblicistici, essa non possa essere consensualmente rivisitata[20].

In ciò risiede il più autentico tratto di discontinuità rispetto agli omologhi istituti civilistici di *ius variandi*, i quali, quand'anche dovessero essere disciplinati in modo identico a quanto previsto per le fattispecie pubbliche, sarebbero comunque distinguibili da esse in ragione della derogabilità della relativa disciplina. Lo stesso dicasi per i limiti quantitativi (cfr. il limite di un quinto oltre il quale la variante non può essere imposta dall'amministrazione) ed eziologici (cfr. la tipizzazione della condizioni di apponibilità della variante) che assistono l'istituto delle varianti pubblicistiche, le quali non possono essere pattiziamente ridisciplinate in ragione dei potenziali rischi sul fronte dell'effettività

[20] Da ultimo, in giurisprudenza: Cons. St., sez. III, 9 maggio 2012, n. 2685, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Peraltro, l'inderogabilità delle norme relative alla modificabilità del contratto pubblico è stata, talvolta, espressamente puntualizzata dal legislatore: cfr. ad esempio il previgente art. 33 della l. 41/86, in cui si dettava la disciplina relativa alla revisione dei prezzi negli appalti di lavori, puntualizzando la nullità di ogni pattuizione contraria.

Copyleft – Ius Publicum

dei principi di buon andamento (inteso quale efficienza economica degli acquisti pubblici) e imparzialità nel mercato dei pubblici affidamenti[21].

Dal quadro sinora tratteggiato emerge una rinnovata accezione del concetto di specialità, quale attributo delle fattispecie contrattuali pubbliche. Se tradizionalmente si è ritenuto che il diritto dei contratti pubblici fosse un diritto privato *speciale* perché foriero di prerogative di vantaggio (ossia di "privilegio") in capo al contraente pubblico[22], a tutt'oggi sembra più verosimile accogliere una accezione "diminutiva" del predicato della specialità. Quest'ultima, a ben vedere, si compendia in un ridimensionamento delle prerogative pubbliche, stante l'impossibilità, per l'amministrazione, di rinunciare allo *ius variandi* assegnatole dalle norme sull'esecuzione, ovvero di ridefinirne in via pattizia il contenuto.

[21] Cfr. Tar Umbria, sez. I, 7 giugno 2008 n. 247, in *Urb. app.*, 2008, 1176, in cui si denuncia come «le varianti in corso d'opera comportano un *vulnus* ai principi della concorsualità e della par condicio, come ogni altra ipotesi di rinegoziazione a trattativa privata fra l'appaltante e l'aggiudicatario, e rappresentano dunque una lesione degli interessi legittimi degli altri concorrenti; d'altra parte, in quanto sottratte alla verifica della gara, rappresentano un pericolo per gli interessi della stessa stazione appaltante. In questa luce, la figura della variante in corso d'opera (…) è ammissibile solo come rimedio eccezionale nell'ipotesi che si debba far fronte a sopravvenienze impreviste e imprevedibili».

[22] Cfr. RESTA, *Sulla natura speciale del contratto di appalto. Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità dell'azione giudiziaria di adempimento dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1932, II, 189, in cui, coerentemente con le premesse ispiratrici della teorica pubblicistica, l'Autore puntualizza come «il noto principio che di fronte ad un potere discrezionale non sussistono diritti subiettivi perfetti, ma solo interessi legittimi, non può conciliarsi con la sussistenza di rispettivi diritti ed obblighi giuridici creati dai contraenti in virtù dell'incontro dei reciproci consensi». Di qui la negazione del carattere genuinamente contrattuale dell'appalto pubblico. Su posizioni analoghe anche: VITALE, *Appalti: commento alle note che riguardano l'esecuzione delle opere pubbliche*, Milano, 1938, 10; FRAGOLA, *Il collaudo di opere pubbliche*, Napoli, 1955, 8. Tra i detrattori della nozione di diritto privato speciale figura invece AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 478 e 479 il quale puntualizza come l'ordinamento di diritto comune sia «fondamentalmente stabilito a tutela degli interessi dei privati, pei quali domina il principio dell'uguaglianza, ove l'amministrazione agisca secondo le sue norme essa deve, per forza di cose, perdere quella condizione di superiorità che le compete altrimenti, per la tutela di quei particolari interessi collettivi che essa persegue.»

Copyleft – Ius Publicum

Sotto questa veste, pertanto, la situazione dell'amministrazione, lungi dall'accostarsi agli orizzonti concettuali della supremazia (cfr. *supra*), ricorda piuttosto quella del c.d. contraente debole, al quale il diritto comune sottrae ambiti di autonomia negoziale (quelli afferenti alla possibilità di rinunciare o disporre dei propri diritti) in ragione di una "congenita" limitazione della libertà di autodeterminarsi. Limitazione che, per il contraente pubblico, è impressa dal vincolo di funzione, inteso come necessario perseguimento dell'efficienza degli investimenti pubblici e, dunque, come divieto di porre in essere iniziative negoziali diseconomiche ovvero eccessivamente rischiose.

4. LE MODIFICHE BILATERALI

4.1 Le modifiche bilaterali nel diritto civile

L'ordinamento civile italiano, a differenza di quello di molti stati europei[23], nonché delle principali esperienze di diritto transnazionale[24], non contempla alcuna regola

[23] Si veda, in proposito, il codice civile tedesco, il quale oggi rimette al giudice, in caso di mancato accordo tra le parti, il potere di modificare il contenuto del contratto divenuto eccessivamente oneroso in corso di esecuzione (è il cd. istituto dell'*Anpassung*).La regola appena enunciata è stata introdotta con la legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 novembre 2001), la quale sul punto ha recepito una consolidata tendenza giurisprudenziale che già riteneva possibile l'intervento correttivo del giudice in forza di una interpretazione estensiva della clausola di buona fede oggettiva di cui ai § 157 e 242 BGB (cfr. su questi temi AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, 366) Per una puntuale analisi della epocale svolta adottata nel 2001 dall'ordinamento tedesco in tema di revisione giudiziale del contenuto del rapporto, si rinvia a RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage, in la riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e contratti?*, a cura di Cian, Padova, 2004, 10; DI MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., 821; CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 1, 9; TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law*, Napoli, 2003. Nella stessa direzione si è mossa anche la riforma del recente codice civile olandese (New Burgerlijk Wetboek – nuovo codice civile - del 1992) che all'art. 11 stabilisce che il giudice, su istanza di parte, possa modificare il contratto ogni qualvolta si verifichino eventi tali da non rendere più conforme a giustizia ed equità l'esecuzione delle

Copyleft – Ius Publicum

in forza della quale una delle parti di un contratto di durata, in caso di sopravvenienze idonee ad alterare l'equilibrio economico del sinallagma, possa pretendere, eventualmente anche in sede giurisdizionale, la rinegoziazione del contratto. Ciò si desume dall'art. 1467 c.c., che dispone che il contraente svantaggiato dalle sopravvenienze possa ottenere solo lo scioglimento anticipato del rapporto, salvo che la controparte spontaneamente offra di modificare equamente le condizioni del contratto. Il che implica, con ogni evidenza, l'assenza di un regime di rinegoziazione obbligatoria e coercibile.

4.2 Le modifiche bilaterali nel diritto europeo dei contratti pubblici

Neppure la legislazione sui contratti pubblici contempla alcuna regola dedicata alla rinegoziazione: sia per quanto concerne la sua praticabilità, sia per quanto riguarda i suoi eventuali limiti, sia, infine, per quanto attiene alla sua procedimentalizzazione.

prestazioni nei termini e alle condizioni originariamente pattuite. Di tenore analogo è anche l'art. 373 del codice civile greco del 1946. In tema di rinegoziazione "coatta" si veda altresì il progetto di riforma del codice civile francese, ove si prevede l'introduzione di una regola per cui, al verificarsi di sopravvenienze tali da modificare in modo significativo l'originario sinallagma, il giudice possa ordinare alle parti una nuova negoziazione (cfr. l'art. 1335 co. 2 dell'*avant projet* di riforma del diritto delle obbligazioni francesi redatto su iniziativa del Prof. Catala). Sui tentativi di riforma dell'ordinamento civile francese si veda: BOTTONI, *Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'*avant projet *di riforma del diritto delle obbligazioni.* In medio stat virtus?, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 2, 591. FAUVARQUE-COSSON, *La réforme du droiot francais des contrats*, in *Rev. contr.*, 2006, 15.

[24] Si vedano, in particolare, i Principi Unidroit, che contemplano la famosa clausola di *hardship* (art. 6.2.3), su cui, in dottrina, si veda VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto negoziale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 40. Sempre in tema di progetti di codificazione transnazionale recanti norme in tema di rinegoziazione obbligatoria, meritano di essere menzionati anche i progetti di codificazione del cd. diritto privato europeo (Principi Lando, art. 6.111) e il *Code européen des contrats*, elaborato dall'Accademia dei giusprivatisti europei guidata dal Prof. Gandolfi.

Copyleft – Ius Publicum

Questo vuoto normativo non può essere arginato in alcun modo dal diritto civile. Non solo perché esso, come si è visto, non ha sinora espresso alcuna regola esplicita riguardo a tale fenomeno[25]. Ma anche, e soprattutto, perché la rinegoziazione delle fattispecie pubbliche intercetta un tema estraneo agli orizzonti dei rapporti tra privati, quello relativo alle possibili elusioni delle regole di imparzialità che presiedono al processo di individuazione del contraente.

Più utili, sul punto, risultano gli spunti offerti dalla giurisprudenza, in particolare da quella comunitaria, la quale a più riprese ha stigmatizzato come attraverso la rinegoziazione di clausole *essenziali* del contenuto negoziale spesso si realizzino surrettizie (ed illegittime) aggiudicazioni senza gara, in evidente pregiudizio delle situazioni dei terzi aspiranti aggiudicatari.

La Corte di giustizia, ispirata dalla recente giurisprudenza federale americana[26], ha proposto nel tempo un duplice paradigma di essenzialità.

Dapprima la Corte ha considerato dirimente ai fini dell'apponibilità della modifica la sua incidenza sull'originario equilibrio economico tra le prestazioni dedotte in contratto. I giudici del Lussemburgo praticavano cioè il cd. *scope of the contract test*, il quale tendeva

[25] La dottrina civilistica, nel dibattito che ha preceduto la codificazione del 1942, aveva formulato autorevoli suggerimenti e indirizzi in favore della positivizzazione dell'obbligo di revisione del contratto di durata divenuto eccessivamente oneroso. Si veda, in particolare, il celebre scritto di ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss., in cui l'Autore sosteneva la necessità di introdurre nell'emanando codice una norma che imponesse alle parti, a fronte di notevoli sopravvenienze, la rinegoziazione del contratto di durata.

[26] Cfr. J.A. Constr. v. Lehrer McGovern Bovis Inc., 89 P.3d 1009 (Nev. 2004), Chapman Law firm Co. V. United States, 81 Fed. Cl. 323, 2008 U.S. Claims Lexis 92.

Copyleft – Ius Publicum

a considerare essenziale, e dunque non apponibile, la modifica idonea a stravolgere l'economia del contratto, ossia il baricentro dell'originario sinallagma[27].

In tempi più recenti, tuttavia, i giudici europei si sono orientati verso un diverso tipo di scrutinio, che ravvisa l'essenzialità della modifica (e dunque l'antigiuridicità della stessa) all'esito di una prognosi postuma, ossia di una verifica *ex post* sulla attitudine della modifica a compromettere, secondo un metaforico tragitto a ritroso, l'imparzialità della procedura di selezione del contraente privato originariamente celebrata.

Le pronunce più recenti in tema di rinegoziazione hanno cioè accolto il criterio funzionale (i.e. pro concorrenziale) dello *scope of the competition test*[28] per far sì che la rinegoziazione, pur non rappresentando un istituto espressamente contemplato dal diritto positivo, si conformi ai principi fondanti tutta la disciplina dei contratti pubblici, primi fra tutti l'imparzialità e la trasparenza nel mercato delle commesse

[27] Cfr. Corte di giust., *Commission v. France*, 5 ottobre 2000, C-337/984, in *Racc.*, 2000, I, 8377. L'adozione del criterio economico, da parte della giustizia europea, si pone in linea di continuità con la giurisprudenza del Conseil d'Etat che ha tradizionalmente censurato con rigore le modifiche idonee a determinare cd. *bouleversement de l'économie du contract initial*, con ciò anticipando il vigente art. 20 del *Code des marchés publics* (« *sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché ou de l'accord-cadre, ni en changer l'objet*»).

[28] Cfr. Corte di giust., *Commissione v. CAS Succhi di frutta SpA*, 29 aprile 2004, C-496/99, in *Foro amm*., 2004, 985; id., *Presstext Nachrichtenagentur Gmbh*, 19 giugno 2008, C-454/06, in www.europa.eu. Su questa falsariga si esprime anche la Commissione europea nella comunicazione interpretativa C(2007) 6661 sulla applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI).

Copyleft – Ius Publicum

4.3 Le modifiche bilaterali nel diritto nazionale dei contratti pubblici

Le norme di diritto interno relative alla fase di esecuzione forniscono una ulteriore conferma della maggiore persuasività dell'accezione funzionale (i.e. pro concorrenziale) del concetto di essenzialità della modifica. Un primo spunto a riprova della maggiore "sintonia" dell'ordinamento vigente rispetto ad un paradigma pro-concorrenziale di essenzialità riguarda le cd. modifiche peggiorative, ossia quelle che comportano una revisione del contenuto negoziale non vantaggiosa per il contraente privato.

Se si accoglie l'accezione pro-concorrenziale di essenzialità, si deve coerentemente ritenere che le modifiche peggiorative non possano considerarsi essenziali[29], in quanto inidonee a conferire in via diretta all'aggiudicatario alcun illegittimo vantaggio. Il diritto positivo interno conferma questa ipotesi: il d. lgs. 163/2006 e il relativo regolamento, infatti, tratteggiano un regime in cui l'apposizione della variante in diminuzione risulta sensibilmente più agevole rispetto all'apposizione della variante suppletiva, la quale comporta non solo il maggior esborso di denaro pubblico, ma anche (e di conseguenza) il riconoscimento in capo al contraente privato di un "vantaggio" potenzialmente configgente con i principi di imparzialità che regolano i pubblici affidamenti.

Lo stesso atteggiamento di rigore nei confronti delle modifiche migliorative si rinviene poi negli istituti dell'affidamento dei cd. lavori complementari e servizi analoghi (art. 57 d. lgs. 163/2006), anch'essi costellati di una serie di limiti e divieti[30] ispirati, per

[29] Spunti, in questo senso, si rinvengono in MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione* in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 505.

[30] Particolarmente puntuale ed esaustivo è il parere n. 19 del 29 aprile 2010 (fruibile nel sito della Autorità di vigilanza sui contratti pubblici) laddove si puntualizza che «possono ritenersi complementari [e dunque affidabili in via diretta, ove siano rispettati gli ulteriori requisiti legali] soltanto le opere che da un punto di vista tecnico costruttivo rappresentano un'integrazione delle opere principali». Deve, perciò, trattarsi di lavori rientranti nel piano dell'opera originario, privi in quanto tali di «una propria individualità distinta da quella dell'opera originaria». In proposito giova inoltre evidenziare come la norma sui servizi analoghi sia applicabile solo a fronte di commesse originariamente affidate con procedura aperta o ristretta (così dispone esplicitamente l'art. 57 co. 5

l'appunto, dall'esigenza di contrastare la potenziale anticoncorrenzialità della modifica "additiva".

E ancora, un analogo regime restrittivo caratterizza la disciplina delle modifiche temporali. Si pensi all'art. 23 co. 2 della l. 62/2005, recante un tendenziale divieto di proroga dei contratti di durata. La prorogabilità, in particolare, viene consentita dalla norma in questione solo nel rispetto di una duplice limitazione. La prima è di tipo cronologico: la proroga veniva consentita solo per i contratti già scaduti o in scadenza nei sei mesi successivi all'entrata in vigore della legge del 2005, a condizione che essa non superasse comunque i sei mesi e purché il bando per il successivo affidamento fosse pubblicato entro 90 giorni dall'entrata in vigore della legge medesima. La seconda è di tipo finalistico: la proroga era infatti ammessa solo nella misura in cui risultasse necessaria alla predisposizione delle procedure di gara strumentali all'affidamento di nuovi contratti.

Prescindendo dai risvolti più tecnici delle varie norme sinora menzionate, la sensazione che si ritrae da quanto sinora evidenziato è la seguente: il diritto positivo tratteggia un regime di maggiore apertura verso le modifiche peggiorative/diminutive, mentre esprime regole più severe quando si tratta di modifiche additive/migliorative. Ciò a conferma del fatto che la problematicità delle modifiche post-aggiudicazione si esprime soprattutto quando la revisione diventa lo strumento per assegnare al contraente privato un "supplemento" di contratto che, a ben vedere, si identifica con una nuova e distinta commessa.

lett. b). La regola si spiega, evidentemente, con la volontà del legislatore di arginare i rischi di anticoncorrenzialità insiti nell'istituto dei servizi analoghi, prevedendo, per l'appunto, che a beneficiare di tale affidamento diretto possano essere solo gli operatori che abbiano con successo già superato una competizione ispirata alla massima apertura e concorrenzialità. In giurisprudenza si veda: Tar Lombardia, sez. III, 3 novembre 2004, n. 5575, in *Foro amm.*, 2004, 2838, ove il giudice amministrativo ha ritenuto illegittimo (poiché non sussumibile nell'alveo dell'art. 57 co. 5 lett. a) del d. lgs. 163/2006) l'affidamento in favore del contraente originariamente selezionato della costruzione di svincoli stradali ulteriori rispetto a quelli compresi nell'oggetto dell'originaria commessa.

Copyleft – Ius Publicum

Ad ulteriore conferma del maggior favore accordato alle fattispecie di revisione "diminutiva", ossia comportante minori volumi di spesa per l'amministrazione, giova menzionare anche la recente riforma introdotta dalle cd. norme sulla *spending review*. Il riferimento concerne l'art. 1 co. 13 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, che assegna al committente di un appalto di servizi o forniture il diritto di recedere dai contratti che il contraente privato si rifiuti di rinegoziare "al ribasso", ossia in modo da adeguare la fattispecie alle condizioni – più convenienti per la committenza – proposte da Consip dopo il perfezionamento del singolo contratto. La regola, pertanto, non solo non avversa l'apposizione di modifiche peggiorative della situazione negoziale del privato, ma addirittura la incentiva fortemente, assegnando al committente un diritto di recesso con funzione di "deterrenza" avverso gli atteggiamenti non collaborativi della controparte privata.

Anche da tale recente intervento di riforma risulta corroborata la tesi che individua l'essenzialità della modifica, e dunque la sua antigiuridicità, in funzione dell'attitudine della rinegoziazione ad attribuire indebiti vantaggi al contraente privato, selezionato mediante una procedura non coerente con l'oggetto effettivo del contratto eseguito.

Accogliendo tale presupposto, si può allora tentare di individuare, anche al di fuori degli istituti positivizzati, qualche ulteriore esemplare di modifica contrassegnata dall'attributo dell'essenzialità, nell'accezione funzionale/proconcorrenziale sinora accolta.

L'adozione dello standard pro-concorrenziale induce, ad esempio, a ritenere sempre essenziali le modifiche che comportino un incremento del valore del contratto idoneo a far superare la soglia di rilevanza comunitaria. In questo casi, il rilievo economico della modifica apposta in corso di esecuzione non rileva quale fattore di sovvertimento dell'equilibro economico del rapporto, bensì quale "figura sintomatica" della potenziale anticoncorrenzialità della fattispecie, la quale sia stata affidata secondo le regole – meno rigorose - del sottosoglia.

Di contro, l'accoglimento del parametro pro- concorrenziale dovrebbe condurre a ritenere praticabili tutte quelle modifiche che siano state in qualche modo "preventivate" nel bando. Ciò, ovviamente, a condizione che il bando sia formulato in modo da rendere

Copyleft – Ius Publicum

effettivamente edotti i concorrenti reali o potenziali del contenuto concreto della modifica apponibile in corso di esecuzione[31].

Anche in materia di contratto misto, ossia contrassegnato da prestazioni ascrivibili a più settori (lavori, servizi, forniture) il concetto di essenzialità riveste un ruolo rilevante. L'art. 14 del codice dei contratti pubblici, in sintonia con il contenuto della dir. 18/2004, dispone che per individuare la disciplina settoriale applicabile in fase di aggiudicazione si debba fare riferimento al settore prevalente dal punto di vista funzionale[32], dovendosi tuttavia sfruttare, quale indice presuntivo di tale prevalenza funzionale, il parametro delle proporzioni economiche tra i valori delle componenti settoriali della commessa. Pertanto, dovrà ritenersi essenziale la modifica che, sovvertendo tali proporzioni economiche ovvero agendo direttamente sul rilievo funzionale di ciascuna componente settoriale, alteri i rapporti di prevalenza tra le prestazioni dedotte nella commessa considerata, rendendo *ex post* illegittima la procedura di selezione in origine celebrata per l'individuazione del contraente.

[31] Corte di giust., *Commissione europea v. Spagna*, 22 aprile 2010, C- 423/07, in *Racc.* 2010, I, 3429. Anche nella precedente decisione resa dalla Commissione relativamente all'appalto di lavori per la costruzione della metropolitana di Londra aveva menzionato, tra i vari argomenti a riprova della legittimità della condotta rinegoziativa posta in essere dalla stazione appaltante, il fatto che «*the possibility of post selection changes was made known to all bidders in advance*» (decisione della Commissione del 2 ottobre 2002 C(2002) 3578, in GUCE C309 del 2002, 14). Si vedano, in commento alla decisione appena menzionata, le osservazioni di ZANETTINI, *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel Regno Unito*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit., 248 ss.

[32] Prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, il criterio per l'individuazione della disciplina settoriale da applicarsi in fase di aggiudicazione era di tipo economico: Il riferimento più significativo è all'art. 1, l. 18 dicembre 1998, n. 415 (cd. Merloni *ter*), in cui si stabiliva che «nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge [i.e. le norme sul settore dei lavori] qualora i lavori assumano un valore economico superiore al 50%». Il criterio quantitativo fissato dalla Merloni *ter* aveva determinato l'apertura di una procedura di infrazione (n. 2001/2182) nei confronti dell'Italia, a causa del contrasto della normativa interna con il criterio funzionale previsto dal 16 *considerando* della cd. direttiva servizi (successivamente ribadito dalla dir. 18/2004).

Copyleft – Ius Publicum

Infine, se si accoglie l'idea per cui l'essenzialità della modifica rifletta il potenziale elusivo della modifica stessa, occorrerà considerare anche il rapporto tra rinegoziabilità del contratto e il tasso di "rigidità" della procedura di aggiudicazione celebrata, intesa come maggiore o minore apertura all'apporto degli offerenti nella determinazione del contenuto negoziale. L'essenzialità della modifica, infatti, risulta un predicato naturalmente destinato ad insistere soprattutto sulle modifiche che interessano le porzioni del contratto oggetto dell'apporto creativo/propositivo dell'offerente, in quanto idonee ad orientare in favore di questi l'aggiudicazione della commessa in gara. La flessibilità della procedura, in altre parole, pare inversamente proporzionale alla rinegoziabilità del contratto stipulato all'esito della procedura medesima: maggiore è la flessibilità della fase di aggiudicazione, minori parrebbero essere i margini di revisionabilità del successivo contratto.

5. LA TUTELA DEI TERZI AVVERSO LE MODIFICHE ELUSIVE

Se si conviene sul fatto che lo scrutinio sull'essenzialità della modifica presidia il valore della imparzialità delle aggiudicazioni, il problema che conseguentemente si pone è quello di definire i percorsi di accesso alla tutela dei soggetti lesi dalla rinegoziazione, ossia i terzi non aggiudicatari.

Su questo fronte i profili controversi sono due.

Il primo concerne il novero dei terzi dotati di adeguata legittimazione attiva. Occorre cioè verificare se sia necessaria, ai fini dell'accesso alla tutela, la previa partecipazione alla procedura di aggiudicazione oppure se vadano tutelati anche i cd. offerenti potenziali, con annessi rischi di ulteriore oggettivizzazione del rito appalti. Il diritto europeo, in sintonia con la giurisprudenza federale americana, apre la fruizione della tutela anche ai cd. *perspective bidders*, purché dimostrino che, ove la gara fosse stata

Copyleft – Ius Publicum

originariamente bandita alle mutate condizioni (i.e. alle condizioni risultanti dalla rinegoziazione) essi avrebbero avuto serie *chance* di aggiudicarsi la commessa[33].

Più altalenante risulta invece la giurisprudenza interna, tendenzialmente ancorata al presupposto legittimante della previa partecipazione alla procedura di affidamento[34] .

Il secondo profilo controverso riguarda i rimedi azionabili . I terzi, in quanto tali, non sono dotati di strumenti civilistici idonei a contrastare la rinegoziazione: osta, in tal senso, la regola della *res inter alios acta*. I percorsi astrattamente praticabili, per i terzi in questione, sembrano piuttosto riconducibili a due opzione alternative.

La prima consiste nel ritenere che il terzo, ove si assuma leso da una rinegoziazione elusiva del principio di gara, possa impugnare presso il giudice amministrativo la modifica elusiva, quale implicito atto di aggiudicazione in favore dell'impresa già affidataria della originaria commessa[35].

[33] Cfr. Corte di giust., *Presstext Nachrichtenagentur*, cit.. Tra i commenti a tale rilevantissima pronuncia si segnala: BROWN, *When Do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purposes of the EUProcurement Rules? Guidance at Last in Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (Case C-454/06*) in *Public Procurement Law Review*, 2008, 253. Sul fronte americano si veda: *Northorp v. Grumman*, 5Fed Cl. 443, 456, 2001; HDM Corp v. U.S., 1 giugno 2005 Lexis 431; CCL. Inc. v. U.S., 3Fed. Cl. 780, 79, 1997; *Memorex Corporation*, 23 ottobre 1981, 81-2 CPD 334)

[34] Per una visione d'insieme sul tema in questione si veda Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4.

[35] Cfr. GOISIS, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm*., 2011, n. 815, il quale propende per l'impugnazione dell'atto implicito (i.e. della rinegoziazione facente funzione di aggiudicazione) dal cui accoglimento deriverebbe, secondo l'Autore, l'invalidità (*sub specie* di nullità) del contratto accessivo all'atto gravato. La soluzione dell'impugnazione dell'atto di modifica, inteso alla stregua di un autentico provvedimento amministrativo, è stata ampiamente sperimentata dall'ordinamento francese, presso il quale hanno a lungo trovato seguito le suggestioni ascrivibili alla teorica degli *actes detachables* (letteralmente atti separabili). Per comprendere il fondamento del meccanismo di separazione appena evocato giova premettere che nel contesto d'oltralpe il contenzioso sul *contrat administratif* è interamente devoluto al *juge du pleine*

La seconda consiste invece nell'idea per cui il contratto rinegoziato possa essere censurato in via diretta, facendone valere dinanzi al giudice ordinario la nullità per violazione di norme imperative[36] (quelle che impongono la celebrazione di procedure ad evidenza pubblica coerenti con l'oggetto e l'entità dell'affidamento).

Le soluzioni appena prospettate sono entrambe astrattamente idonee a garantire il medesimo risultato, ossia la fruizione della tutela da parte di soggetti estranei al contratto. Tuttavia, vi sono sufficienti elementi per ritenere che la prima di tali opzioni sia più conforme alle linee ispiratrici del vigente ordinamento in materia di contratti pubblici. La soluzione della nullità introdurrebbe, infatti, una notevole vischiosità tra la fase pubblicistica e quella negoziale, in contrasto con le istanze di separazione perseguite dal diritto europeo, ad esempio mediante l'introduzione dei termini di *standstill*.

contentieux, il quale, fino al recente passato, poteva essere adito solo dalle parti contraenti. Questa circostanza poneva un duplice ordine di problemi. Il primo riguardava i terzi non aggiudicatari, che, in quanto tali, non potevano agire al cospetto del predetto giudice. Il secondo riguardava il tipo di rimedio accordabile dal giudice in questione, il quale, a ridosso della stipulazione, poteva decidere della validità del contratto ma non annullare le singole iniziative modificative, come invece avrebbe potuto fare il *juge administratif* al cospetto di un ricorso *pour excés de pouvoir*. In questo contesto il ricorso all'archetipo della separabilità si è rivelato un efficace strumento per scongiurare il pericolo del vuoto di tutela. Paradigmatica, in questo senso: Cons. Et., Ass., 2 febbraio 1987, Societé TV6, in *RFDA, 1987, 29*, in cui si legge che «*le recours pour excés de pouvoir n'est pas recevable contre le contrat administratif mais il lest dans certaines conditions contre les actes detachables du contrat notamment. En l'espce, le REP- est recevable contre les actes postrieurs la conclusion du contrat*».

[36] Cfr. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm*., 2004, 1168, il quale sostiene che della nullità in questione debba conoscere il giudice ordinario, quale giudice cui spetta la cognizione sulle vicende della fase di esecuzione. sul fronte giurisprudenziale non può essere omesso il riferimento alle affermazioni, alquanto contraddittorie, del Consiglio di Stato nel noto caso della Centrale del latte (sentenza del 14 luglio 2003, sez. V, n. 4167, in *Cons. Stato*, 2003, 1586) ove la nullità del contratto interessato dalla rinegoziazione (connotata in termini di essenzialità) viene argomentata in forza della presunta incapacità d'agire delle amministrazioni rispetto al perfezionamento di patti rinegoziativi. La tesi dei giudici, evidentemente, oltre a rinnegare un principio ormai acquisito come quello della capacità generale di diritto privato dei soggetti pubblici, smentisce anche il regime civilistico di invalidità del contratto concluso dall'incapace, il quale è annullabile su iniziativa della sola parte interessata dall'incapacità (cfr. artt. 1425 e 1441 c.c.).

Copyleft – Ius Publicum

Di contro, l'impugnazione della modifica elusiva, in quanto equivalente ad una aggiudicazione diretta, risulta maggiormente persuasiva, giacché presidia un più generale principio di uguaglianza nella fruizione della tutela giurisdizionale. Per questa via l'ordinamento verrebbe, infatti, a predisporre gli stessi strumenti di reazione tanto per gli espliciti ed illegittimi atti di aggiudicazione diretta, quanto per le surrettizie iniziative di affidamento senza gara. Diversamente, se si optasse per il rimedio della nullità, si potrebbe godere – per ogni modifica corrispondente ad una implicita aggiudicazione diretta – di un regime di imprescrittibilità dell'azione, laddove invece, rispetto alle aggiudicazioni senza gara esplicitate in appositi atti amministrativi, la tutela dovrebbe soggiacere agli stringenti limiti decadenziali vigenti nel rito degli appalti.

6. PROSPETTIVE COMPARATISTICHE E DE JURE CONDENDO

Presso l'ordinamento francese vige una norma che procedimentalizza la scelta di apporre modifiche di significativo valore economico. Il riferimento concerne l'art. 8 l. 8 febbraio 1995, n. 127, ove si stabilisce che ogni progetto di modifica di un appalto pubblico che comporti un incremento di prezzo pari almeno al 5% del prezzo originario debba essere sottoposto al parere obbligatorio ma non vincolante da parte della commissione di gara che aveva decretato l'aggiudicazione.

La scelta di disciplinare un sub procedimento di modifica risponde all'esigenza di garantire l'attenta ponderazione di una decisione ricca di implicazioni problematiche anche sul fronte extracontrattuale, come, per l'appunto, la revisione del contenuto negoziale. In particolare, la scelta di coinvolgere nel processo decisionale l'originaria commissione di gara denota la consapevolezza dell'attitudine delle modifiche post-aggiudicazione a compromettere l'imparzialità dell'originario processo di selezione delle offerte.

Tuttavia, il sub-procedimento in questione si snoda lungo un percorso decisionale interno all'amministrazione contraente. Non sono cioè previsti istituti volti a sottoporre ad uno standard minimo di pubblicità le iniziative di revisione del contenuto negoziale, in modo da consentire ai potenziali controinteressati di reagire ad esse non solo in sede

Copyleft – Ius Publicum

giurisdizionale, ma anche mediante la partecipazione al procedimento di decisione della modifica, con auspicabili effetti deflattivi del contenzioso.

L'introduzione del predetto principio di informazione costituirebbe un traguardo di notevole interesse anche per l'ordinamento italiano, il quale, a differenza di quello d'oltralpe, non reca neppure alcuna disciplina dedicata al sub-procedimento di revisione[37].

Sullo sfondo di quanto sinora si è detto vi è la proposta di riforma delle direttive unificate del 2004, in cui vengono per la prima volta presi in considerazione i problemi connessi alla rinegoziazione in corso di esecuzione dell'appalto pubblico(cfr. art. 72 della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio presentata a Bruxelles il 20 dicembre 2011).

La nuova norma, invero, non reca significative novità: non impone alcun regime di pubblicità della modifica, e neppure formula in termini stringenti i contorni della nozione di essenzialità, rispetto alla quale vengono semplicemente riprodotti gli indici elaborati dalla giurisprudenza. In particolare vengono qualificate come essenziali, e dunque antigiuridiche, le modifiche che:

- introducano condizioni che, se fossero state contenute nel primo appalto, avrebbero consentito la selezione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o avrebbero consentito l'aggiudicazione dell'appalto ad un altro offerente;

- cambino l'equilibrio economico del contratto in favore del contraente privato

[37] La mancata procedimentalizzazione delle decisioni di revisione è stata peraltro sfruttata come argomento utile in tema di riparto di giurisdizione sulle iniziative post-aggiudicazione. Il riferimento è ad ALESIO, *Il Consiglio di Stato distingue l'esecuzione dall'adempimento del contratto. Privatizzazioni, c'è giurisdizione esclusiva del G..a*., in *Dir. e giust*., 2003, 32, ove l'Autore propende per la giurisdizione dell'a.g.o. sulle fattispecie rinegoziative, menzionando, quale elemento in favore della predetta tesi, proprio la mancata predisposizione di una apposita disciplina procedimentale, circostanza – quest'ultima – che varrebbe a denunciare l'afferenza delle fattispecie *de qua* alla dialettica tra le situazioni creditizie dei protagonisti del rapporto.

Copyleft – Ius Publicum

- estendano notevolmente il campo di applicazione del contratto comprendendo forniture, servizi o lavori inizialmente non previsti.

Si tratta, evidentemente, di indici a largo spettro di applicazione, la cui portata viene, peraltro, significativamente ridimensionata dal novero dei limiti, eccezioni e deroghe rintracciabili presso gli ulteriori paragrafi del medesimo articolo.

Il quesito da porsi riguarda quindi l'utilità di questo tipo di positivizzazione, che anziché dettare una regola di certezza, ripropone una serie di meri indici sintomatici, il cui concreto funzionamento pare comunque rimesso all'apprezzamento della giurisprudenza.

La sensazione è quella di una "norma manifesto", che vuole testimoniare l'attenzione europea al tema della rinegoziazione e la consapevolezza dei rischi ad essa connessi, senza tuttavia cimentarsi nella formulazione di una precisa regola di comportamento.

Si tratta, dunque, di una pseudo positivizzazione, che non comprime affatto il ruolo della giurisprudenza, tuttora ritenuta, il soggetto più idoneo ad indagare la natura mutevole e plastica dei fenomeni elusivi sottesi alla realtà della rinegoziazione.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

PERFORMANCE AND AND RENEGOTIATION OF PUBLIC CONTRACTS

ANNUAL REPORT - 2013 - ITALY

(March 2013)

Dott.ssa Annalaura GIANNELLI

INDEX

1. INTRODUCTION
2. UNILATERAL AMENDMENTS IN PRIVATE LAW
3. UNILATERAL AMENDMENTS IN PUBLIC CONTRACTS
3.1 Price revision
3.2 Amendments in the course of the contract
4. BILATERAL AMENDMENTS
4.1 Bilateral amendments in private law
4.2 Bilateral amendments in the european law of public contracts
4.3 Bilateral amendments in the national law of public contracts
5. THE PROTECTION OF THIRD PARTY AGAINST THE ELUSIVE AMENDMENTS
6. COMPARATIVE AND DE JURE CONDENDO PERSPECTIVES

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUCTION

Literature has paid insufficient attention to the performance of public contracts. The disregard towards this matter even by the doctrine dealing with public law[1] can be explained in the light of two antithetical critical perspectives. The first one considers any stage of an obligation performance as provided by the civil law, due to the absence of implications relating to the public law[2], also with regard to the specific issue of *ius variandi*. The second one considers, instead, the entire phase of performance as a mere

[1] The investigation on the performance of a public contract is absent even in wide-ranging researches as that carried out by ROEHRSSEN DI CAMMERATA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1971. It is however described in detail in the accounting literature (see BUSCEMA, *Trattato di contabilità pubblica*, Milano, 1981, 965 ff.; BENTIVENGA, *Elementi di contabilità di Stato*, Milano, 1960, 119). As some exceptions, see CAVALLO PERIN-RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, *Dir. amm.*, 2010, 325; COMBA, *L'esecuzione di opere pubbliche. Con cenni di diritto comparato*, Torino, 2012; BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011, 22.

[2] See ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 359, who says that "nei rapporti giuridici patrimoniali, il diritto moderno, non che ammettere che alcuno sia superiore al diritto, non ammette neanche alcun regime di privilegio (…) Il patrimonio dello Stato, cioè l'insieme dei mezzi economici con cui esso sopperisce ai suoi bisogni, è sottoposto, come tutti i patrimoni privati, al diritto comune, salvo deroghe che naturalmente discendono dalla intima varietà dei rapporti, e che quindi, per ciò stesso, non vanno considerati come privilegi". See also ROMANO (*Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937, 14) shares the same opinion by stressing that the performance of a contract does not deal with the administrative law properly understood due to the public nature of negotiation is relevant only in relation with the spending decisions and the identification of the contractor as unilaterally taken in by the administration. On the contrary, "dopo questo stadio, la valutazione dell'interesse pubblico e quindi la funzione amministrativa propriamente detta si può considerare esaurita e quell'atto, di fronte al venditore o al locatore, appare come ogni altro negozio di compravendita o locazione e conseguentemente di diritto privato".

Copyleft – Ius Publicum

appendage of the administrative activity[3] aimed at ensuring the impartiality and transparency in choosing the best contractor, therefore not worthy of special scientific investigation.

Even the legislation deserved a limited interest to the matter: the performance was traditionally given a very restricted discipline and mostly related to the field of work (see law no. 109/1994 and following amendments). Even with the entry into force of the Code of public contracts, the situation did not change: the rules relating to the performance are still few and are mainly concerned with the field of works, considered as one where the occurrences risk to have a greater impact on the fulfillment of public interest involved in each contract.

In spite of this, the phenomenon of *ius variandi*, when the impartiality and transparency in choosing the best contractor is to be ensured, is very complex and heterogeneous. It develops along two different perspectives: that of the unilateral possibility of revision, that is imposed by the public contractor, and that of the consensual possibility of revision, characterized by the convergence of the parties' agreement on the amendment to be made to the negotiation content.

The unilateral modifiability has aroused the most interest by the traditional doctrine, which, influenced by the French theory of the *mutabilité du contract administratif*[4], has issued the existence of a principle of immanent unilateral possibility of

[3] See MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1882, 680, who, taking into consideration the French doctrine on the *contracts administratifs*, states that "non è dunque e non può essere del tutto contrattuale lo stesso rapporto giuridico dell'impresario, avendola da fare con l'amministrazione, non meno come autorità, che come contraente. Donde interceda pur l'istrumento, i contratti dello Stato si preparano e concludono sempre e poi sempre per atto d'autorità".

[4] See: JEZE, *Théorie générale des contrats de l'Adimistration*, Rev. dr. pub., 1930, 130; MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Berlino, 1876, 291; PEQUINOT, *Contribuition à la théorie générale du contrat administratif*, Montpellier, 1945, 364, which states that "est de reconnaître que le contrat administratif ne lie pas l'administration de le même manière qu'un contrat ordinaire lie un particulier"; similarly MORAND DEVILLER,

Copyleft – Ius Publicum

revising a public contract, as a result of the supremacy whose the administration would be endorsed even when acting according to forms of negotiation. In this perspective, the *ius variandi* was then investigated through the power/subjection dialectic.

The directive of the consensual possibility of amendment, in which the problematic aspects do not affect the balance of power between the parties, but rather the risks of neutralizing the procedures in favor of a competitive selection of the private contractor, suitable for a negotiating object different from that one possibly resulting from renegotiation, has been much more neglected.

2. UNILATERAL AMENDMENTS IN PRIVATE LAW

The unilateral possibility of amending the content of a contract is not alien to the civil law.

Cours de droit administratif, Montchrestien, 2001, 396, stating that "le contrats administratifs échappent au charactère obligatoire de la convention at à son immutabilité puisque les obligations contractuelles ne naissent pas seulment de la commune intention des parties mais parfois de la volonté unilatérale de l'administration". See also DE LABAUDERE, MODERNE, DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, 694, 700. About the *modification unilatérale* see LLORENS, *Réflexions sur le pouvoir de modification unilatéral du maître de l'ouvrage dans le marchés de travaux publics et privés*, Droit et ville, 1984, 50; LIBERT, *Les modifications du marché en cours d'exécution*, AJDA, 1994, 65; DE LABAUDERE, *Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, Rev. dir. Pub. , 1954, 36 which includes the *mutabilitè* among the "notions dominantes de la théorie de l'exécution des contrats administratifs". More recently, see HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Paris, 2009; BRECHON MOULENES, *Liberté contractuelle des persone publiques*, AJDA, 1998, 643. On the contrary, the necessity of overcoming the theory of the unilateral possibility of amending, is to be taken into consideration; see BENOIT, *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs*, JCP, 1963, 25; on the relationship between the theory of amending and the pro-competitive possibilities provided for by the European law of public contracts, see YANNAKOPOULOS, *L'apport de la protection de la libre concorrence à la théorie du contrat administratif*, Rev. dir. pub., 2008, 2, 421.

Copyleft – Ius Publicum

In particular, there are categories of rules of private law that deal with the theme of *ius variandi* relating to duration.

The first category includes rules prohibiting or restricting the phenomenon of unilateral possibility of amendment, even where it has first been contemplated by the parties during signing. Among the most significant rules the following ones should be mentioned: art. 6 of the law no. 192/1998, which prohibits the formulation of *ius variandi* clauses in subcontracts; art. 333, paragraph 2, letter m) of the decree no. 206/2005 (Consumer Code)[5], which qualifies the *jus variandi* clauses existing in the consumer contracts as a presumptively vexatious, and art. 118 of the decree no. 385/1993 (Consolidated Banking Law), subordinating the application of the *ius variandi* by banks to the existence of a valid reason as far as the bank contracts are concerned[6].

The second category contains rules that make the contractor subject to the *ius variandi* responsible for a choice between acceptance of the unilaterally stated amendment and the early termination of the contract. The doctrine defines this situation "withdrawal in self-defense against the counterpart *ius variandi*"[7]. As an example, the art. 33, paragraph 4, of the Consumer Code assigns the practitioner the right to change the content of a contract giving the counterpart the opportunity of choosing between acceptance of the amendment and right of withdrawal. Similarly, the articles 1897 and 1898 of the Civil code related to the insurance contract allow each party, in the presence of certain conditions, the right to increase or reduce the premium originally agreed, without prejudice of the right to withdraw from the contract by the counterpart.

[5] On the *ius variandi* in the consumers' contracts, see SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, 4.

[6] On the *ius variandi* in the bank contracts, see GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, 373.

[7] See ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 553.

Copyleft – Ius Publicum

Finally, the third category collects rules that give one party the right to impose amendments that, if not acknowledged by the other party, determine a non-performance of the contract by the latter. See art. 1664 Civil code, where in a contract between private parties[8], the contractor may require a price revision if, due to unforeseen circumstances, increases or decreases in the cost of materials or labor, such as to cause an increase or decrease greater than the tenth of the total agreed price, have occurred. Or again, still about a contract, see art. 1661 Civil code, under which the contractor may make changes to the project, provided that their amount does not exceed the sixth of the total agreed price. Or, finally, in the contract of carriage, see art. 1685 Civil code, which establishes the so-called "right to countermand", namely the right of the sender to suspend carriage or to order its delivery to a consignee other than the consignee originally designated, or even decide otherwise.

Despite the first impression, it should be noted that none of the three categories of rules mentioned so far takes into consideration a case of real unilateral amendment.

In the first case, in fact, rules affect the negotiations autonomy, prohibiting or restricting the agreements whereby the parties by mutual agreement (and therefore not unilaterally) assign the *ius variandi* to one of the contract party.

The second category includes rules that assign the right to amend the negotiating regulation to one of the parties, giving the counterpart, however, a parallel right of withdrawal, which neutralizes the unilateral nature - that is authentically mandatory - of the *ius variandi*[9].

[8] See MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Catania, 2006, 48. On the author's opinion, art. 1644 Civil code would introduce the general principle of risks management not only within the kind of contracts named "tender", but within all contracts where a special performance is foreseen.

[9] On the contrary, that is the *ius variandi* of a party, even when balanced by the counterparty's withdrawal, is against the binding principle as provided for by art. 1372 Civil code, see DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*,

Copyleft – Ius Publicum

Finally, the third category, includes provisions that grant to one party the right to change counterbalanced by no right of withdrawal. And yet, even in this case, no real unilateral circumstance occurs, due to the mandatory character of the rules in hand[10], whose force can be voided by a mutual agreement by the parties. If the *jus variandi* can be applied to this kind of circumstances provided by the civil law it means that the parties have tacitly agreed not to neutralize the force of the rules giving the above mentioned right to amendment. Once again, the unilateral character is absent.

The situation just described leads to the conclusion that the civil law does not regulate genuine case of unilateral possibility of amendment, due to the mandatory nature of the *jus variandi* rules belonging to the third category just mentioned. It represents the main character of discontinuity from the situations related to the public contract, where, in contrast, the norms of *jus variandi* are mandatory and therefore excluded from the negotiating autonomy.

3. UNILATERAL AMENDMENTS IN PUBLIC CONTRACTS

Under the influence of the French literature on the matter, the traditional doctrine has stated the existence of a regime of implicit mutability of the public contract, in force of which the administration could unilaterally amend the terms of negotiation, also after the conclusion and even in the absence of a rule that explicitly assigns that power to it. These theories can nowadays be considered as obsolete, even in force of the art. 1, paragraph 1*bis*,

Milano, 1999, 25; see also VETTORI, *La vincolatività*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 2001, 5.

[10] See SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione* (jus variandi) *del rapporto contrattuale*, Giur. comm., 1992, 22; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2008, 768; RESCIGNO, *Appalto*, Enc. dir., Roma, 1991, II, 391.

Copyleft – Ius Publicum

of the law no. 241/90[11], which prevents to detect, within the consensual performance, powers dealing with the public law not governed by the law. This, in turn, is an inevitable consequence of the legality principle, considered in terms of legality-guarantee.

Therefore the amendments that can be applied unilaterally to the content of a contract are only those provided for by the positive law. The most relevant institutions, in this sense, are the prices revision and the amendment in the course of the contract.

3.1 Price revision[12]

In the case of labor contracts, the art. 133 of the Code of public contracts requires the so-called "system of closed price", which is not equivalent to "unmodifiable price", but consists of the cost of the work after the auction reduction and plus a percentage (in the case the difference is more than 2%) calculated on the price related to the work to be done per each year until the work completion. This percentage is fixed by a decree issued by the Ministry of Infrastructures.

However, notwithstanding this rule, the same article provides that, where the price of individual building materials, as a result of exceptional circumstances, increases or decreases more than 10% compared to the price recorded by the Ministry of Infrastructures in the year of the tender submission, compensations in increase or decrease corresponding

[11] On the possible application of the new paragraph 1*bis* to the contracts involving public parties, allowing to get over the theories concerning the so-called intrinsic specialty of the discipline concerning the negotiating relationship, see DE PRETIS, *L'attività contrattuale della P.A. e l'art 1 "*bis*" della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici* (Mastragostino ed.), 2007, Bologna, 29.

[12] A historical excursus on the introduction of the revision mechanism is in VARANESE, *La revisione dei prezzi*, Milano, 1947.

Copyleft – Ius Publicum

to the half of the percentage greater than 10% have to be applied[13].

The institution of price amendment is in both the discipline of contracts between privates and in that of public tenders. The regulation of the price amendment in the contracts between private parties and in public tenders has experienced significant fluctuations over time, sometimes approaching each other and sometimes moving away each other. The most relevant difference between the two institutions, however, is not contained in the rules of the respective (and oscillating) disciplines, but in a structural feature of the rules dedicated to each of them. In public contracts the price revision is, in fact, a right that cannot be disposed of. The administration, as well as the successful undertaking of a public contract cannot waive in advance the right to demand the revision of rising or falling pricing. This is for obvious reasons of protection of the public interest[14],

[13] According to the paragraph 4 of the art. 133, above the limit of 10% the amount of the sums referred by the paragraph 7 of the same article 133, is not to be exceeded. It provides that "per le finalità di cui al comma 4 si possono utilizzare le somme appositamente accantonate per imprevisti, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, nel quadro economico di ogni intervento, in misura non inferiore all'1 per cento del totale dell'importo dei lavori, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, nonché le eventuali ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento nei limiti della relativa autorizzazione di spesa. Possono altresì essere utilizzate le somme derivanti da ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti, nonché le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza dei soggetti aggiudicatori nei limiti della residua spesa autorizzata; l'utilizzo di tali somme deve essere autorizzato dal CIPE, qualora gli interventi siano stati finanziati dal CIPE stesso" (for the purposes referred to in paragraph 4, the funds specially set aside for unforeseen circumstances can be used, without any new or additional cost to the public finance, in the economic context of each intervention, to an extent not less than 1 percent of the total amount referred to the work, except the amounts relating to the contracts already paid, as well as any additional sums at the disposal of the contracting authority for the same action within the limits of its authorization of expenditure. Similarly sums deriving from bidding discounts can also be used, if not provided for a different destination as provided by the rules in force and the funds available for other completed interventions under the responsibility of the contracting authorities within the limits of the remaining authorized expense, the use of such sums must be authorized by the CIPE, where interventions are financed by the same CIPE).

[14] The goals of the institution of price revision are of public nature and are unknown by the discipline of the same contract between private parties; see Cons. St., 12 ottobre 1984, n 723; Mass. Compl. Cons. Stato, 1984, 371;

Copyleft – Ius Publicum

intended as an interest in a helpful (public) resource allocation invested in the contract, by means of an efficient balance between quality (of goods or services acquired) and saving.

The revision of prices of a public contract is therefore a genuinely unilateral prerogative[15], since the parties, during the negotiation, cannot effectively come to an agreement in the sense of the inapplicability of the legal discipline dedicated to this institution[16].

3.2 Amendments in the course of the contract

The article 132 of the Code of public contracts allows the contracting authority to impose amendments to the work in progress, provided three conditions.

The first one is the existence of a situation categorically provided by the same art. 132[17]: law amendments, design errors, etc. This case concerns, however, only the variations in increase. As far as those ones in decrease, leading to cost saving for the government and

Corte dei conti, sez. controllo per la regione Sardegna, n. 55/2009/PAR.

[15] The price revision in public assignments would consist in an act resulting from the application of the public law which from outside affects the contract; see GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., 85 e NICOLÒ, *Diritto civile*, Enc dir., Milano, 1964, XII, 916.

[16] Differently, in tenders among private parties "la norma che disciplina la revisione dei prezzi nel contratto di appalto (art. 1664 c.c.) non ha carattere imperativo, per cui le parti hanno facoltà di derogarvi, sia limitando la revisione e modificandone le condizioni di legge, sia anche escludendola completamente" (the rule governing the revision of prices in the contract (art. 1664 civil code) is not mandatory; therefore the parties may derogate or by limiting the revision and changing the legal conditions, or completely excluding it) (Cass. civ., 12 giugno 1987, n. 5148, in *Rep*., voce *Appalto* 1987, n. 42).

[17] As far as services and supplies are concerned, the typing of the premises to amend is governed by the art. 311, paragraph 2, of the regulations contained in the Code of public contracts.

Copyleft – Ius Publicum

lower earnings for the contractor, this typing regime is excluded by the article no. 162, paragraph 1, of the d.P.r. no. 207/2010. On the other hand, in a contract between private parties the client's right to impose amendments during the contract is not subject to any system of premises typing.

The second condition concerns the *quantum* of the amendment, which may be imposed by the public client up to a fifth of the total value of the contract[18], whereas, in contracts between private parties this limit coincides with a sixth[19] (art. 1661 Civil code).

Finally, the third condition concerns the non-essential character of the amendment, which cannot determine substantial alterations of the assigned task. This limit was introduced for the first time by the Merloni law, which determined, in that respect, a convergence with respect to the regulations about the contracts between private parties, where the prohibition of the introduced essential variations was set forth by the art. 1661 of the Civil Code.

The prohibition of introducing essential amendment is inspired by different objectives: in the contracts between private parties it protects the principle of assignment and protection of the "weak" contractor in public tenders; on the other hand, in public contracts it also presides over objectives of transparency and competitiveness in tenders, with an obvious benefit for the not allottee third parties. This explains why, once again, in contracts between private parties this rule can be waived with the consent of both parties,

[18] A very similar rule is stated in the art. 311, paragraph 4, with reference to contract of services and supplies.

[19] According to some of the authors who have investigated these topic, the different amount of the taxable income would show the public nature of the institution and therefore the provisional character of the act in which it is expressed; see MOSCARINI *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, op. cit., 131; STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano, 1999, 51. *Contra*, that is on the unsuitability of the quantity and quality difference showing the assumed public character of the amendment in a public contract, see BENEDETTI, *Contratti della pubblica amministrazione*, op. cit. 202.

Copyleft – Ius Publicum

while in public contracts it cannot be revised by mutual consent[20].

Therein the most authentic character of discontinuity with respect to the corresponding civil institutions of *jus variandi* is provided; even if they were to be governed as for the public cases, they could still be distinguished from them because the relating discipline could be derogated. The same principle can be applied to the quantitative (see the limit of a fifth beyond which the variation cannot be imposed by the administration) and etiological (see the typing of the conditions allowing the introduction of a variation) limits supporting the institution of the amendments in the public contracts, which cannot be changed after an agreement because of the potential risks in terms of the effectiveness of the principles of good performance (understood as the economic efficiency of public procurement) and fairness in the market of public assignments[21].

These considerations show a new meaning of the specialty concept, as an attribute of the public contracts. While traditionally the right of public contracts was considered as a

[20] In the recent case-law: Cons. St., sez. III, 9 maggio 2012, n. 2685, www.giustizia-amministrativa.it. Moreover, the mandatory nature of the rules relating to the possible amendment in the public contract was sometimes expressly stressed by the legislator: see for example the former art. 33, law no. 41/1986, which provided for the rules on the prices revision in works contracts, pointing out the invalidity of any contrary agreement.

[21] See TAR Umbria, sez. I, 7 giugno 2008, n. 247, Urb. app., 2008, 1176 stating that "le varianti in corso d'opera comportano un *vulnus* ai principi della concorsualità e della par condicio, come ogni altra ipotesi di rinegoziazione a trattativa privata fra l'appaltante e l'aggiudicatario, e rappresentano dunque una lesione degli interessi legittimi degli altri concorrenti; d'altra parte, in quanto sottratte alla verifica della gara, rappresentano un pericolo per gli interessi della stessa stazione appaltante. In questa luce, la figura della variante in corso d'opera (…) è ammissibile solo come rimedio eccezionale nell'ipotesi che si debba far fronte a sopravvenienze impreviste e imprevedibili" (variants in the course of work involve a *vulnus* referred to the principles of invitation to tenders and to the *par condicio*, as any other case of private renegotiation between the contracting party and the contractor, and therefore represent an injury to the legitimate interests of the other competitors; on the other hand, as excluded from the control of the tender, they are a danger to the interests of the contracting authority itself. In this light, the variation in the course of work (...) is only admissible as an exceptional remedy in the case of unforeseen and unforeseeable contingencies).

Copyleft – Ius Publicum

special private law as bearing advantage prerogatives (i.e. "privilege") to the public contractor[22], to date it seems more likely to accept a "diminutive" meaning of "specialty". Specialty is summed up in a reduction of public prerogatives, given the impossibility for the administration to renounce to the *jus variandi* assigned to it by the rules on performance, that is to redefine the content by agreement.

From this point of views, therefore, the situation of the administration, far from taking into consideration the conceptual horizons of supremacy (see above), reminds somewhat of the so-called weaker party, which the common law deprives of some negotiating autonomy (relating to the opportunity of renouncing or disposing of his rights) because of a "congenital" restriction of self-determination freedom. As far as the public contractor is concerned, this limitation is regulated by the function constraint, intended as the need to get public investments and, therefore, as a prohibition to implement anti-economic or excessively risky negotiating initiatives.

[22] See RESTA, *Sulla natura speciale del contratto di appalto. Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità dell'azione giudiziaria di adempimento dell'amministrazione*, Foro amm., 1932, II, 189. Consistently with the premise that inspired the public law theory, the author points out that "il noto principio che di fronte ad un potere discrezionale non sussistono diritti subiettivi perfetti, ma solo interessi legittimi, non può conciliarsi con la sussistenza di rispettivi diritti ed obblighi giuridici creati dai contraenti in virtù dell'incontro dei reciproci consensi". Hence the denial of the contractual character of the public tender. Consistently see VITALE, *Appalti: commento alle note che riguardano l'esecuzione delle opere pubbliche*, Milano, 1938, 10; FRAGOLA, *Il collaudo di opere pubbliche*, Napoli, 1955, 8. Among the critics of the notion of private law, instead AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, Arch dir. publ., 1938, 478-479, who points out that the private law is "fondamentalmente stabilito a tutela degli interessi dei privati, pei quali domina il principio dell'uguaglianza, ove l'amministrazione agisca secondo le sue norme essa deve, per forza di cose, perdere quella condizione di superiorità che le compete altrimenti, per la tutela di quei particolari interessi collettivi che essa persegue".

Copyleft – Ius Publicum

4. BILATERAL AMENDMENTS

4.1 Bilateral amendments in private law

The Italian civil law, unlike that of many European countries[23], as well as the main experiences of transnational law[24], does not contain any rule under which a party of a

[23] See, in this regard, the German civil code, which now, in absence of agreement between the parties, endorses the judge of the power to amend the contents of the contract become excessively onerous in progress (this is the so-called institution of *Anpassung*). This rule has been introduced by the law on the modernization of the obligations law (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* dated 26 November 2001), which has implemented a well-established case-law attitude already considering as possible the judge's corrective action on the basis of a wide-ranging interpretation of the clause of good faith regulated by the paragraphs 157 and 242 BGB (see AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, 366). For a punctual investigation on the contract content, see RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e contratti?*, Padova, 2004, 10; DI MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, op. cit. 821; CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, Riv. dir. civ., 2003, 1, 9; TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law*, Napoli, 2003. Consistently see also the recent reform of the Dutch Civil Code (*New Burgerlijk Wetboek* - New Civil Code - 1992) whose art. 11 provides that the judge, on a party's request, may change the contract whenever events occur that do not make it in accordance with justice and equity in the performance of the services under the terms and conditions originally agreed. Of similar content is also the art. 373 of the Greek Civil code dated 1946. On the subject of "forced" renegotiation see also the draft reform of the French Civil code, where it is expected to introduce a rule that, upon the occurrence of contingencies such as to significantly alter the original equilibrium, the judge may order the parties to make a new agreement (see the art. 1335, paragraph 2, of the avant projet of the reform of the French obligations law drawn up on the initiative of Professor Catala). On the attempts to reform the French Civil see BOTTONI, *Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'avant projet di riforma del diritto delle obbligazioni. In medio stat virtus?*, Rass. dir. civ., 2009, 2, 591; FAUVARQUE-COSSON, *La réforme du droiot francais des contrats*, Rev. contr., 2006, 15.

[24] See the Unidroit Principles, which provide for the famous hardship clause (art. 6.2.3). At this regard, see VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto negoziale*, Riv. dir. priv., 1999, 40. On the transnational codification projects providing for mandatory renegotiation, the projects of codification of the so-called European private law (Lando principles, art. 6.111) and the Code européen des contracts, drawn up by the Academy of the European experts in private law whose leader is Professor Gandolfi, have also to be mentioned.

Copyleft – Ius Publicum

contract, in the case of events able to alter the economic balance of the contract bilaterality, can claim, including in the courts, the contract renegotiation. This follows from the art. 1467 of the Civil code, providing that the contractor disadvantaged by the contingent event can only get the early termination of the contract, unless the other party voluntarily proposes to modify equitably the contract conditions. This implies, obviously, the absence of a regime of mandatory and enforceable renegotiation.

4.2 Bilateral amendments in the european law of public contracts

Neither the legislation on public contracts provides for any rule devoted to renegotiation both in terms of its feasibility, both in terms of its possible limits, and, finally, with regard to its proceduralisation.

This regulatory gap cannot be closed in any way through the civil law, not only because it, as seen above, has not yet issued any explicit rule with regard to this case[25], but also, and above all, because the renegotiation of public contracts meets a topic unrelated to the contracts between private parties, that is the one concerning the possible avoidance of the impartiality rules that govern the contractor choice.

The suggestions from the case-law, in particular that of the European Community, which on several occasions has stigmatized that the renegotiation of essential clauses of the negotiation content often results in surreptitious (and illegitimate) contracts awarded without tender, to the prejudice of third parties aspiring to become contractors, are more

[25] In the debate that preceded the codification of 1942, the doctrine about the civil law had formulated authoritative advices and suggestions in favor of positivization of the mandatory amendment of the contract become too expensive. See, in particular, the famous article by ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, Riv. dir. civ., 1938, 309 ff., in which the author argued the need to introduce in the former code a rule requiring the parties to make the renegotiation of the contract, in the case of significant contingencies.

Copyleft – Ius Publicum

useful.

The Court of Justice, inspired by the recent U.S. federal law[26], has proposed over time a dual paradigm of essentiality.

First, the Court considered as diriment to the aim of an amendment its impact on the original economic balance between the benefits derived from a contract. The Court of Luxembourg took into consideration the so-called "scope of the contract test", which tended to consider as essential, and therefore inapplicable, the amendment suitable to disrupt the contract economy, i.e. the center of gravity of the original bilaterality of the contract[27].

In more recent times, however, the European judges adopted a different point of view, which finds the amendment essence (and therefore its unlawfulness) in the outcome of a subsequent prognosis, i.e. an ex-post assessment on the attitude of the amendment to compromise, according to a metaphorical way-back, the originally celebrated impartiality in the procedure selecting the private contractor.

The more recent cases concerning renegotiation accepted the functional criterion (i.e. the pro-competitive one) of the *scope of the competition test*[28] to ensure that

[26] See J.A. Constr. v. Lehrer McGovern Bovis Inc., 89 P.3d 1009 (Nev. 2004), Chapman Law firm Co. V. United States, 81 Fed. Cl. 323, 2008 U.S. Claims Lexis 92.

[27] See Corte di giust., *Commission v. France*, 5 ottobre 2000, C-337/984, Racc., 2000, I, 8377. The adoption of the economic criterion by the European justice is in conformity with the case-law of the Conseil d'Etat, which traditionally has rigorously censored changes which determine the so-called *bouleversement de l'économie du contract initial*, foreseeing the art. 20 of the *Code des marchés publics* ("sauf sujestions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché ou de l'accord-cadre, ni en changer l'objet") (unless except technical unforeseen suggestions not caused by the parties, an amendment or a decision to prosecute affect the market or the amendment economy or change the object).

[28] See Corte di giust., *Commissione v. CAS Succhi di frutta SpA*, 29 aprile 2004, C-496/99, Foro amm., 2004, 985;

Copyleft – Ius Publicum

renegotiation, even if it does not represent an institution expressly regulated by the positive law, is consistent with the principles founding the entire discipline of public contracts, first of all fairness and transparency, in the market of orders.

4.3 Bilateral amendments in the national law of public contracts

The rules of the domestic law relating to performance provide for a further confirmation of the greater persuasiveness of the functional (i.e. pro-competitive) meaning of the concept of amendment essentiality. A first proof of the greater "harmony" of the regulations in force with a pro-competitive paradigm of essentiality consists in the so-called worsening amendments, that is those involving a review of the negotiating content not profitable for the private contractor.

If the pro-competitive meaning of essentiality is accepted, the worsening amendments cannot be considered as essential[29], being unsuitable to give any unlawful advantage directly to the contractor. The domestic positive law confirms this hypothesis: the decree no. 163/2006 and the d.P.r. no. 207/2010, in fact, form a regime in which the application of the variant in decrease is significantly easier than the application of the supplementary one, which implies not only a greater outlay of public money, but also (and consequently) the attribution of a "benefit" potentially in contrast with the principles of impartiality that govern public assignments to the private contractor.

The same rigidity towards improving amendments can be found in the case of the

id., *Presstext Nachrichtenagentur Gmbh*, 19 giugno 2008, C-454/06, www.europa.eu. Consistently the European Commission in the communication no. C(2007) 6661 on the application of the European law of the public contracts and concession to the public-private partnerships (PPPI).

[29] See MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione*, Giorn. dir. amm., 2003, 505.

Copyleft – Ius Publicum

assignment of the so-called supplementary works and services (art. 57, decree no. 163/2006), also subjected to a number of restrictions and prohibitions[30] precisely imposed by the need of countering the potential anti-competitive nature of the "additive" amendment.

And again, a similar restrictive regime characterizes the discipline of the temporary amendments, as in the case of the art. 23, paragraph 2, of the law no. 62/2005 stating a prohibition of extending the duration contracts. The extendible character, in particular, is permitted by the rule in question only in respect of two limitations. The first is of chronological kind: the extension was allowed only for contracts already expired or expiring within six months after the entry into force of the law dated 2005, provided that it does not in any case exceed six months and that the next tender was published within 90 days after the entry into force of the same law. The second limitation concerns the aim: the extension was in fact only permitted as it was necessary for the preparation of the tender procedures suitable for the assignment of new contracts.

[30] Particularly timely and comprehensive is the opinion no. 19 dated 29 April 2010 (accessible on the website of the Supervisory Authority for public contracts) where it is noted that "possono ritenersi complementari [e dunque affidabili in via diretta, ove siano rispettati gli ulteriori requisiti legali] soltanto le opere che da un punto di vista tecnico costruttivo rappresentano un'integrazione delle opere principali" (can be considered as complementary [and therefore reliable in a direct way, where additional legal requirements are met] only those works that represent a relevant integration of major works from a technical point of view). These works have to be included in the original work-plan, lacking as such of their own individuality distinct from that of the original work. In this regard it should also be pointed out that the norm on similar services is applicable only in respect of contracts originally assigned through an open or restricted procedure (as provided by art. 57, paragraph 5, lett. b). The rule can be explained taking into account the legislator's intention to contain the anti-competitive risks inherent the institution of similar services by providing, in fact, that only those operators that have already been successfully passed a competition based on the maximum openness and competitiveness can benefit from this direct assignment. In the case-law see TAR Lombardia, sez. III, 3 novembre 2004, no. 5575, Foro amm., 2004, 2838, where the administrative judge considered as illegitimate (since not subject to art. 57, paragraph 5, letter. a) decree no. 163/2006) the assignment to the contractor originally selected for the construction of road junctions in addition to those included in the content of the original contract.

Copyleft – Ius Publicum

Leaving aside the more technical aspects of the various rules mentioned so far, the following conclusion can be drawn: the positive law shows a regime of greater openness to the worsening/"diminutive" amendments, while providing for stricter rules in the cases of "additive"/improving amendments. This confirms that the problematic nature of the post-assignment amendments emerges especially when the amendment becomes the means to assign a contract "supplement" (that is a new and distinct assignment) to the private contractor.

In confirmation of the preference of the "diminutive" amendments, that is those involving lower outlay for the administration, the recent reform called spending review is to be reminded. The reference concerns the art. 1, paragraph 13, of the decree no. 95 dated 6 July 2012, which assigns a contractor the right to back out of contracts that the private contractor refuses to renegotiate "on a fall", that is in order to adapt the case to the conditions - the most convenient for the client - proposed by the CONSIP after the completion of each contract. The rule, therefore, not only allows the application of amendments worsening the negotiating situation of the private contractor, but also strongly stimulates it, giving the client a right of withdrawal as a deterrent against uncooperative attitudes by the private party.

The thesis that identifies the essential nature of amendment, and therefore its unlawfulness, depending on the renegotiation attitude aiming at giving unfair advantages to the private contractor, selected through a procedure not consistent with the actual objective of the executed contract, is corroborated even by such a recent reform.

Accepting this assumption, even outside the regulated institutions, some further amendments characterized by essentiality, considered as functional/pro-competitive, can be found.

The adoption of the pro-competitive standard leads, for example, to consider always as essential the amendments that result in an increase in the value of the contract suitable to raise the limit of the European relevance. In this cases, the economic impact of the amendment introduced in progress is not relevant as a factor of upheaval of the report

Copyleft – Ius Publicum

economic balance, but as a "symptomatic figure" of the potential anti-competitive nature of the case, which has been entrusted by the - less stringent - sub-threshold rules.

On the other hand, the acceptance of the pro-competitive parameter should lead to consider as practicable all the amendments that have been somehow "budgeted" in the tender, of course provided that it is formulated in order to actually make aware the actual or potential competitors of the exact content of the amendment to be introduced in progress[31].

Even in the case of mixed contract, that is marked by performances attributable to several sectors (works, services, supplies), the concept of essentiality plays an important role. In line with the contents of the directive no. 18/2004, the art. 14 of the Code of public contracts provides that, in order to determine the sector rules applicable at the award stage, the main field from the functional point of view is to be taken into consideration[32]; however, as a presumptive index of this functional prevalence, the parameter of the

[31] See Corte di giust., Commissione europea v. Spagna, 22 aprile 2010, C- 423/07, Racc. 2010, I, 3429. Even in the earlier decision issued by the Commission in relation to the contract concerning the construction of the London underground, among other arguments to prove the legality of the renegotiation procedure implemented by the contracting authority, the fact that "the possibility of post selection changes was made known to all bidders in advance" (decision of the Commission dated 2 October 2002 C(2002) 3578, GUCE C309 dated 2002, 14) is mentioned. On the topic see ZANETTINI, *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel Regno Unito, in Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, op. cit., 248 ff.

[32] Before the entry into force of the Code of public contracts, the criterion for identifying the sector rules to be applied in the assignment was of economic nature. The most significant reference is art. 1, law no. 415 dated 18 December 1998, (so-called Merloni-ter), stating that "nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge [i.e. le norme sul settore dei lavori] qualora i lavori assumano un valore economico superiore al 50%" (in the mixed contracts for works, supplies and services and contracts for supplies or services when they include ancillary works, the rules of this law [i.e. the rules on public works] where the work value in over 50%). The quantitative criterion set by the Merloni law had led to the opening of an infringement procedure (no. 2001/2182) against Italy, because of the contrast of the domestic legislation with the functional criterion stated by art. 16 (*considerando*) of the so called Direttiva servizi (later confirmed by directive 2004/18).

Copyleft – Ius Publicum

economic proportions between the sector importance of the order components is to be exploited. Therefore, the amendment that, subverting these economic proportions, i.e. acting directly on the functional importance of each sector component, alters the relationship between the performance considered to be deducted in the assignment in hand, making *ex post* the selection procedure originally adopted for the identification of the contractor illegal, is to be considered as essential.

Finally, considering that the amendment essentiality reflects the elusive potential of the same amendment, even the relationship between the renegotiating character of the contract and the extent of the "rigidity" of the celebrated assignment procedure, understood as more or less opening to the contribution of bidders in determining the negotiating content, is to be taken into consideration. The amendment essentiality, in fact, is naturally intended as insisting especially on the amendments affecting the parts of the contract which the creative/proponent tenderer contributes to, as suitable to orient the assignment of the contract to him. In other words, the procedure flexibility seems as inversely proportional to the renegotiation character of the contract signed at the end of the same procedure: the greater the flexibility of the assignment stage, the lower the margins of amendment of the next contract.

5. THE PROTECTION OF THIRD PARTY AGAINST THE ELUSIVE AMENDMENTS

If is agreed that the investigation on the amendment essentiality affects the relevance of the assignment fairness, the problem that arises therefore is to define how to access to the protection of the parties damaged by renegotiation, i.e, the not-assignee third parties. At this subject, there are two controversial profiles.

The first concerns the third parties provided with an appropriate active legitimization. In other words, in order to enjoy protection, the prior participation in the contract procedure or whether the so-called potential bidders are to be protected are to be checked, with related risks of further objectification of the contracts rite. The European law,

Copyleft – Ius Publicum

in line with the U.S. case law, extends the protection enjoyment also to the so-called *perspective bidders*, provided that they prove that, if the tender had originally been banished in presence of changed conditions (i.e. the conditions resulting from renegotiation), they would have had serious *chances* of being assignee of a contract[33].

The domestic case-law is not so clear, basically anchored to the legitimating assumption of the prior participation in the assignment procedure[34].

The second uncertain profile concerns the possible remedies. The third parties, as such, are not provided with appropriate instruments of civil law to counter the renegotiation because of the rule of *res inter alios acta*. The procedures theoretically feasible, for the third party, seem rather to refer to two alternative options.

The first is the belief that the third party, if considered as damaged by an elusive renegotiation of the tender principle, can appeal at the administrative court the elusive modification, as an implicit act of assignment in favor of the already assignee of the original contract[35].

[33] Corte di giust., *Presstext Nachrichtenagentur*, op. cit. Among the most relevant researches, see BROWN, *When Do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at Last in Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (Case C-454/06*), Public Procurement Law Review, 2008, 253. As far as U.S., see: *Northorp v. Grumman*, 5Fed Cl. 443, 456, 2001; HDM Corp v. U.S., 1 June 2005 Lexis 431; CCL. Inc. v. U.S., 3Fed. Cl. 780, 79, 1997; *Memorex Corporation*, 23 October 1981, 81-2 CPD 334.

[34] For an overall investigation on the matter, see Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4.

[35] See Goisis, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione,* Dir. proc. amm., 2011, n. 815. The author is in favor of the appeal of the implicit act (i.e. the renegotiation acting as assignment) from whose acceptance would result, according to the author, the invalidity (a form of nullity) of the contract entering in the burdened act. The solution of the amendment appeal, understood as a genuine administrative measure, has been widely tested by the French legal system, which over the time has applied the suggestions

Copyleft – Ius Publicum

The second is instead the idea for which the renegotiated contract can be directly censored, making it null and void before the ordinary courts for violation of mandatory rules[36] (those which require the celebration of public procedures consistent with the object and the entity of the assignment).

The proposed solutions are both theoretically appropriate to secure the same result, i.e. the enjoyment of the protection by parties unrelated with the contract. However, there is sufficient evidence to suggest that the first option is more in line with the inspiring lines of

attributable to the theory of actes détachables (literally "separated acts"). In order to understand the basis for the separation mechanism just mentioned it should be stated first that in France the dispute on the contrat administratif is assigned to the juge du pleine contentieux, who, until recently, could only be called by the parties entering in a contract. This circumstance raised to a two problems. The first concerned the non-allottee third party, which, as such, could not act in the presence of the above mentioned judge. The second concerned the type of solution that could be given by the judge in question, which, in the phase of stipulation, could decide on the validity of the contract but not undo individual modifying initiatives, as the juge administratif could have done in the presence of an action pour excès de pouvoir. In this context, the recourse to the separability archetype proved to be an effective tool to avert the risk of lack of protection. Paradigmatic in this sense: Cons. Et., Ass., 2 février 1987, Societé TV6, RFDA, 1987, 29, stating that "le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre le contrat administratif mais il l'est dans certaines conditions contre les actes détachables du contrat notamment. En l'espèce, le REP- est recevable contre les actes postérieurs la conclusion du contrat" (the appeal for abuse of power is not admissible against the administrative contract but, under certain conditions, against the removable acts of the contract, i.e. the REP is admissible against acts subsequent the contract conclusion).

[36] See MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, Dir. proc. amm., 2004, 1168, who argues that the nullity in question should consider the ordinary judge as the judge who should know the circumstances related to the entering in force of the contract. On the front of case-law, the reference to the claims, somewhat contradictory, of the Council of State in the famous case of the milk plant (sentenza del 14 luglio 2003, sez. V, n. 4167, in Cons. Stato, 2003, 1586), where the nullity of the contract affected by renegotiation (characterized in terms of essentiality) is argued on the basis of the alleged inability of action by the administrations with respect to the drawing up of renegotiating agreements, cannot be omitted. Of course, in addition to denying the principle, now accepted, of the overall capacity of the public administration according to private law, the judges' thesis also refutes the civil law rule of invalidity of a contract drawn up by a legally incompetent person, which is voidable at the initiative of one legally incompetent party (see articles 1425 and 1441 Civil code).

Copyleft – Ius Publicum

the existing regulations in the field of public contracts. The solution of nullity would introduce, in fact, a remarkable stickiness between the public and the negotiating phases, in contrast to the necessity of keeping them as separated, as recommended by the European law, for example through the introduction of the *standstill* terms.

In contrast, the appeal of the elusive amendment, as equivalent to a direct assignment, is more persuasive, since oversees a more general principle of equality in the enjoyment of judicial protection. In this way the legal system would prepare the same reaction tools for both the explicit and illegitimate acts of direct assignment and for the surreptitious initiatives of assignment without competition. Otherwise, if the solution of nullity is adopted, a regime of acquisitive action could be enjoyed - for each amendment corresponding to an implicit direct assignment - whereas, in the case of assignments without tender carried out within specific administrative acts, the protection should accept the stringent limits of forfeiture in force in the tender rite.

6. COMPARATIVE AND DE JURE CONDENDO PERSPECTIVES

In the French legal system there is a rule regulating the opportunity of making amendments relevant from the economic point of view. The article in hand is art. 8, law no. 127 dated 8 February 1995, establishing that any proposed amendment to a public contract involving a price increase of at least 5% of the original price should be subjected to a mandatory but non-binding opinion by the tender commission who had decreed the assignment.

The choice of regulating an amendment sub-procedure allows to ensure a careful consideration of a decision full of problematic implications also in the extra-contract field, as the review of the negotiating content is. In particular, the decision to involve in the decision-making process the original tender committee shows the awareness of the attitude from the post-assignment amendments to undermine the impartiality of the original selection of the tenders.

Copyleft – Ius Publicum

However, the sub-procedure in question foresees a decision-making process within the contracting authority. In other words, no institution designed to submit the amendments of the negotiating content to a minimum standard is foreseen, so as to enable potential counterparties to oppose to them not only in the courts, but also through the participation in the decision-making process concerning the amendment with desirable deflationary effects of litigation.

The introduction of the above-mentioned principle of information would constitute a goal of considerable interest for the Italian legal system, too, which, unlike the French one, provides for no discipline concerning the revision sub-process[37].

Taking into account these considerations, special attention is to be paid to the proposal for the reform of the directives unified in 2004, when for the first time the problems related to the renegotiation of the public contract in progress (see the art. 72 of the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council presented in Brussels on 20 December 2011) were taken into account.

The new rule, indeed, does not create significant new features: it doesn't imposes any system of making the amendment public nor strictly formulates the notion of essentiality with respect to which the indices developed by the case-law are simply reported. In particular, the following amendments are classified as essential, and therefore unlawful:

1. those introducing conditions which, if they were introduced in the initial

[37] The failed proceduralization of the amending decisions was also used as a useful topic in terms of allocation of jurisdiction on post-assignment initiatives. See ALESIO, *Il Consiglio di Stato distingue l'esecuzione dall'adempimento del contratto. Privatizzazioni, c'è giurisdizione esclusiva del G.a*., Dir. e giust., 2003, 32. The Author is inclined to the jurisdiction of the civil judge (a.g.o.) on the renegotiating cases, mentioning, as an element in favour of that thesis, precisely the failure to make an appropriate procedural discipline: it is a circumstance that would denounce the reference of the case in question to the dialectics between the credit situations of the parties entering in a contract.

Copyleft – Ius Publicum

tender, would have allowed the selection of tenderers different than those initially selected or would have allowed the assignment of the contract to another tenderer;

2. those changing the economic balance of the contract in favor of the private contractor;

3. those significantly extending the scope of the contract to encompass supplies, services or works not originally foreseen.

There are indeed wide fields of application, whose scope is, however, significantly restricted by the limitations, exceptions and derogations listed in the other paragraphs of the same article.

The question concerns the usefulness of this type of positivization that, rather than stating a certain rule, proposes a series of mere symptomatic hypotheses, whose actual functioning seems anyway regulated by the case-law.

It seems to be a sort of "manifesto-rule" which wants to testify the European attention to the issue of renegotiation and the awareness of the risks associated with it, without formulating a clear rule of conduct.

It is, therefore, a pseudo-positivization, which does not limit at all the role of the case-law, still considered the most appropriate body to investigate the changing nature of the elusive occurrences in renegotiation.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

LA RIFORMA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO E IL RIORDINO DELLA SCUOLA SECONDARIA IN ITALIA: L'ISTRUZIONE QUALE FONDAMENTALE FATTORE DI SVILUPPO E PROGRESSO?

REPORT ANNUALE – 2013 - ITALIA

(Febbraio 2013)

Remo MORZENTI PELLEGRINI

INDICE

1. PREMESSA
2. LA RIFORMA DELL'UNIVERSITÀ: VERSO UNA NUOVA AUTONOMIA RESPONSABILE?
3. IL RIORDINO DELLA SCUOLA SECONDARIA DI II GRADO NEL NUOVO SISTEMA NAZIONALE DI ISTRUZIONE
4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE
5. BIBLIOGRAFIA

Copyleft – Ius Publicum

1. PREMESSA

Il contributo analizza, dapprima, le rilevanti recenti novità apportate in materia di governance e di organizzazione della didattica e della ricerca degli atenei italiani. Quest'ultima questione, in particolare, riveste un particolare interesse proprio nel nostro Paese, a seguito dell'approvazione della legge di riforma n. 240/2010, la quale, tra le altre cose, ha imposto un generale processo di revisione degli Statuti delle Università italiane che non ha precedenti, venendo a costituire, per questo, uno straordinario "esperimento sociale".

Successivamente viene esaminato il riordino della scuola secondaria di II grado all'interno nel nuovo sistema nazionale di istruzione. Per la prima volta, infatti, la disciplina del sistema scolastico non si esaurisce in una mera elencazione di materie e compiti che lo Stato e la sua Amministrazione delegano alle scuole, ma si occupa di delimitare le competenze dello Stato e del Ministero della Pubblica Istruzione, sancendo definitivamente il principio che tutti i compiti ed i poteri non esplicitamente riservati all'iniziativa ministeriale sono compiti e poteri ordinari, rectius, originari delle scuole, le quali li gestiscono in piena autonomia.

2. LA RIFORMA DELL'UNIVERSITÀ: VERSO UNA NUOVA AUTONOMIA RESPONSABILE?

L'ultima riforma del sistema universitario italiano, pare muovere da una certa insoddisfazione rispetto all'avvenuto esercizio dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli atenei, la quale ha finito per generare, in taluni casi, un assetto "autoreferenziale" foriero di disfunzioni organizzative e di un uso non efficiente ed efficace

Copyleft – Ius Publicum

delle risorse[1].

Così, prendendo atto della incapacità del sistema di auto-orientarsi verso scelte razionali, il legislatore italiano, si è in qualche modo "riappropriato" della materia, giungendo ad imporre una certa uniformità organizzativa in nome di una *governance* in grado di assicurare la necessaria funzionalità delle università, con particolare riferimento all'assunzione di decisioni di maggiore qualità programmatica e strategica[2].

In tale direzione, la recente attività di revisione statutaria degli Atenei italiani imposta dalla riforma è avvenuta in conformità a principi e criteri direttivi posti dal legislatore pur in un contesto di dichiarata "autonomia" e "responsabilità", cui va aggiunto il concetto, ancora più innovativo, di "professionalità", il quale connota, in particolar modo, la composizione del Consiglio di Amministrazione in relazione alla partecipazione di membri "esterni" agli organi accademici.

In generale, la soluzione adottata a livello normativo allo scopo di riformare il sistema di *governance* delle Università, si ispira sostanzialmente ad uno schema che già pervade e connota in larga misura i più recenti modelli organizzativi pubblici, il quale consiste nell'attuazione del principio della separazione di competenze tra organi di indirizzo politico-amministrativo e organi gestionali. In particolare, il modello configurato dalla legge n. 240 del 2010, con riferimento ai rapporti tra gli organi di governo delle università, può legittimamente definirsi di "interconnessione" e, in realtà, più che di separazione, può ora parlarsi di una "differenziazione" di ruoli nell'ambito di un sistema il quale, pur espressione di una logica d'insieme che ne definisca gli elementi "portanti", consente doverosamente la praticabilità di soluzioni operative differenziate in relazione alle

[1] Di recente, in generale sul tema, si v. A. BANFI, *Prima che la nave affondi: un rapido bilancio della riforma dell'Università e qualche possibile intervento normativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 548.

[2] Cfr. F. MERLONI, *La riforma dell'università. La nuova governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 354.

Copyleft – Ius Publicum

specifiche caratteristiche e ai peculiari scopi che ogni singolo Ateneo può e deve prefigurarsi[3].

La recente riforma del sistema universitario italiano, in particolare, si prefigge di fissare, a livello centrale, un sistema di *governance* standard, ferma restando la possibilità, una volta conseguite "stabilità e sostenibilità del bilancio, nonché risultati di elevato livello nel campo della didattica e della ricerca", di sperimentare, da parte dei singoli atenei, in base ad accordi di programma con il Ministero, "propri modelli funzionali e organizzativi", ivi comprese modalità di composizione e costituzione degli organi di governo diverse da quelle indicate dal legislatore statale[4].

L'impianto della *governance* "standard" delle università italiane ruota attorno alla costituzione obbligatoria di sei organi quali il rettore, il consiglio di amministrazione, il senato accademico, il collegio dei revisori dei conti, il nucleo di valutazione, il direttore generale.

Per quanto riguarda il rettore, esso viene eletto secondo modalità previste dallo statuto dei singoli atenei (di solito si propende per l'elezione diretta da parte delle varie componenti accademiche) tra i professori ordinari in servizio, anche presso altre università italiane. Il rettore, il cui ruolo è stato rafforzato nella riforma, costituisce l'organo centrale dell'intero processo decisionale dell'ateneo, è il *dominus* dell'intera *governance*[5], essendo chiamato a svolgere attività, non solo di indirizzo, ma anche operative e gestionali. Da tale punto di vista, infatti, egli, da un lato, esercita un potere di proposta ed impulso (con

[3] Sul tema specifico cfr. E.M. MARENGHI, *L'organizzazione delle università tra riforma e controriforma*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 791 ss.

[4] Cfr, in generale sul tema, E. FOLLIERI, *La riforma dell'Università tra legge e statuti, analisi interdisciplinare della L. n. 240/2010*, M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), Milano, 2011, 31 ss. e R. CALVANO, *Problemi costituzionali della riforma dell'università di cui alla l. n. 240 del 2010*, in *Dir. soc.*, 2011, 765 e ss.

[5] Cfr. F. MERLONI, *op. cit.*, 357.

Copyleft – Ius Publicum

particolare riferimento ai documenti di programmazione finanziaria) nei confronti dei due organi collegiali dell'ateneo, di cui è membro di diritto (e che, nella maggior parte delle previsioni statutarie, presiede), dall'altro lato, è responsabile del perseguimento delle finalità dell'università secondo criteri di qualità e nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza, trasparenza e promozione del merito. Inoltre, il rettore costituisce un organo a competenza residuale, nel senso che ad esso spettano tutte le funzioni non espressamente attribuite dallo statuto ad altri organi[6].

Una particolare novità della riforma risiede nella previsione relativa al fatto che il mandato del rettore è unico, per sei anni, e non rinnovabile, secondo un'impostazione mirata ad assicurare che il medesimo non sia indotto ad utilizzare i suoi (vasti) poteri ai fini della sua rielezione e per assicurare un ricambio al vertice.

Per quanto riguarda gli organi collegiali, la riforma, in reazione alle disfunzioni di sistema in precedenza segnalate, ha posto l'esigenza di distinguerne le funzioni tra senato, quale organo di derivazione elettiva prettamente accademica, e consiglio di amministrazione, presieduto dal rettore (come avverrà praticamente nelle totalità dei casi) o da un consigliere esterno ai ruoli dell'ateneo, e composto da soggetti nominati secondo modalità previste negli statuti ma comunque in possesso di "comprovata esperienza gestionale" o di una "qualificazione scientifica culturale", con la previsione dell'obbligatorietà della presenza di un certo numero di consiglieri esterni.

In particolare, al primo organo vengono attribuiti dalla riforma compiti perlopiù consultivi in materia di didattica, ricerca e di servizio agli studenti nonché in materia di programmazione finanziaria, oltre che poteri regolamentari, mentre il secondo viene investito delle funzioni, tra le altre, di indirizzo strategico nonché di vigilanza sulla sostenibilità finanziaria dell'attività, di approvazione della programmazione finanziaria, di

[6] In tema, AA.VV., *La riforma dell'università (commento alla l. 30 dicembre 2010 n. 240)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 353 e ss.

Copyleft – Ius Publicum

deliberazione, previo parere del senato, circa l'attivazione o la soppressione di corsi o sedi.

Al senato, inoltre, viene attribuita la facoltà di proporre una mozione di sfiducia nei confronti del rettore, perché siano decorsi almeno due anni dall'inizio del suo mandato: si tratta di uno strumento di garanzia, attivabile dalla maggioranza qualificata (due terzi), qualora questa ritenga che l'operato del rettore non corrisponda più agli orientamenti del corpo elettorale che lo ha espresso, il che costituisce un elemento che ancora lega il rettore, nonostante il rafforzamento del suo ruolo decisionale, alla comunità scientifica che lo ha eletto e che deve, continuativamente, nutrire fiducia nel suo operato.

In sostanza, l'assetto organizzativo che esce dalla riforma si caratterizza per una ridefinizione dei compiti rispettivi dei due organi collegiali, con un netto spostamento di baricentro a favore del consiglio di amministrazione, il quale, insieme al rettore, diviene l'organo decisionale maggiormente rilevante, mentre il ruolo del senato appare, in un certo senso, "marginalizzato".

Inoltre, va considerata l'apertura obbligatoria del consiglio di amministrazione a membri esterni, in relazione ai quali la richiesta di "comprovata esperienza in campo gestionale", sia pure temperata dall'alternativa della qualificazione scientifica-culturale, sembra indirizzare verso modelli di tipo manageriale, i quali, invero, si espongono al rischio, opposto rispetto alla autoreferenzialità, di sottomissione a un potere tecnico-gestionale esterno, privo di legittimazione e di effettiva rappresentanza nel corpo accademico[7].

[7] Cfr. E. CAVALIERI, *Il d.d.l. sulla riforma universitaria. Osservazioni sul modello di* governance *proposto*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Luci ed ombre della riforma universitaria (Governance, meritocrazia, baronie)*, Bari, 2010, il quale sottolinea come una *governance* gestita da soggetti privati non deve pregiudicare la finalizzazione della ricerca e della formazione di alto livello verso obiettivi di interesse generale; sul punto si v. anche G. GRASSO, *Governance ed autonomia del sistema universitario: problemi e prospettive*, in A. ARCARI, G. GRASSO (a cura di), *Ripensare l'università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, Milano, 2011, 1 ss.

Copyleft – Ius Publicum

In definitiva, il sistema di *governance* di cui alla riforma, per quanto riguarda il vertice dell'ateneo e gli organi collegiali, si basa essenzialmente sul binomio consiglio di amministrazione-rettore, il primo dotato di competenze gestionali (*rectius* decisionali e programmatorie[8]), il secondo di derivazione accademica, ai quali competono le scelte maggiormente qualificanti sul piano strategico, con un ruolo più defilato, di tipo consultivo, del senato accademico, al quale, però, viene attribuito il potere di sfiduciare il rettore.

Nelle intenzioni del legislatore un tale assetto dovrebbe, attraverso una certa limitazione dell'autonomia dei singoli atenei, correggere le distorsioni autoreferenziali evidenziate in precedenza, e ciò attraverso un'attenuazione del principio di rappresentanza tra titolari degli organi accademici e comunità scientifica o, in altri termini, del principio di autogoverno. In particolare, tale principio continua a trovare applicazione per le funzioni amministrative e di controllo, ma viene limitato per quanto riguarda le decisioni di indirizzo strategico e di valutazione, soprattutto in ordine alle scelte che presuppongo un'allocazione selettiva delle risorse, richiedendo, di conseguenza, una qualche misura di indipendenza e autonomia del decisore rispetto ai destinatari delle decisione stessa. Proprio per tale ragione, nella riforma in esame si è cercato di separare più nettamente queste ultime funzioni dalle altre, assegnandole ad organi in cui la legittimazione rappresentativa sia bilanciata da un diverso tipo di investitura, in quanto fondata sulla professionalità ed indipendenza del titolare della carica[9].

Queste ultime caratteristiche connotano, in maniera ancora più stringente rispetto al consiglio di amministrazione, ove pure, come si è visto, è disposta la presenza di una minima componente esterna, i membri del nucleo di valutazione, i quali, a norma di legge,

[8] Cfr., sullo specifico punto le riflessioni di E.M. MARENGHI, *op. cit.*, 803, che acutamente evidenzia come "l'articolazione dei poteri, combinato con la leva finanziaria, trasferisce al consiglio di amministrazione quel che resta dell'autonomia limitata" e che "quanto resta all'autonomia possibile è riservato al consiglio di amministrazione".

[9] Cfr. S. BATTINI, *La nuova governance delle università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 377.

Copyleft – Ius Publicum

devono essere prevalentemente esterni all'ateneo (anche se il coordinatore può essere individuato tra i docenti di ruolo dell'ateneo) e soprattutto devono essere dotati di "elevata qualificazione professionale" risultante dal *curriculum* da pubblicarsi sul sito internet dell'ateneo.

Il nucleo di valutazione, nella rinnovata architettura della *governance* universitaria italiana, viene ad assumere pari rilievo e dignità rispetto agli altri organi dotati di una ben più risalente tradizione, e ciò in concomitanza del mutamento delle forme di controllo sull'operato delle pubbliche amministrazioni e quindi anche dell'università.

A tale organo, infatti, sono affidate dalla riforma in esame funzioni di verifica della qualità ed efficacia dell'offerta didattica, nonché di verifica dell'attività di ricerca svolta dai dipartimenti e della congruità del *curriculum* scientifico o professionale dei titolari di contratti di insegnamento; inoltre, proprio in assonanza con quanto previsto per la pubblica amministrazione in generale, il nucleo di valutazione è titolare delle funzioni relative alle procedure di valutazione delle strutture e del personale al fine dichiarato di promuovere il merito e il miglioramento della *performance* organizzativa ed individuale.

In sostanza, il nucleo di valutazione viene impegnato su di un duplice fronte: da un lato, esso è chiamato a fornire le informazioni necessarie ad alimentare la funzioni di indirizzo strategico e di programmazione, dall'altro lato, il medesimo deve provvedere a mettere in collegamento e comunicazione la *governance* interna con quella esterna, potendosi affermare che esso sia contemporaneamente parte della struttura organizzativa interna e componente di una rete esterna guidata da un organo centrale (ANVUR – Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca) di cui ogni nucleo di valutazione può considerarsi terminale operativo[10].

[10] In generale, sulla valutazione in ambito universitario cfr. A. SANDULLI, *Spunti di riflessione sulla valutazione della ricerca universitaria*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di) *Concorrenza e merito nelle università, prospettive e proposte*, Torino, 2009, 55 ss.; F. FRACCHIA, *La valutazione dell'attività didattica, in Concorrenza e merito*, cit., 63 ss.

Copyleft – Ius Publicum

In pratica, da quest'ultimo punto di vista, il nucleo di valutazione, operando in raccordo proprio con l'ANVUR, deve garantire che la valutazione delle strutture e dei docenti all'interno dell'ateneo avvenga secondo criteri e indicatori coerenti con quelli sulla base dei quali l'ateneo stesso, nel suo complesso, viene poi valutato dai poteri pubblici, anche in vista del relativo finanziamento[11].

Completano la "dotazione" organica obbligatoria della *governance* di ateneo, il collegio dei revisori dei conti e il direttore generale.

Il primo organo è composto da tre membri effettivi e da due supplenti, di cui uno, con funzioni di presidente, scelto dall'ateneo, mentre gli altri vengono in parte designati dal Ministero dell'economia e per la restante parte scelti sempre dal Ministero tra i propri dirigenti e funzionari.

Per quanto riguarda il secondo organo, pare significativo il mutamento di denominazione operato dalla riforma tra direttore amministrativo e direttore generale, a sottolineare l'attribuzione a quest'ultimo della responsabilità circa la complessiva gestione e organizzazione dei servizi, delle risorse strumentali, del personale tecnico-amministrativo, nonché delle funzioni tipiche, in quanto compatibili, dei dirigenti dello Stato[12].

Il direttore generale agisce sulla base degli indirizzi forniti dal consiglio di amministrazione, alle cui sedute partecipa senza diritto di voto ed è nominato, tra personalità dotate di "alta qualificazione professionale e comprovata esperienza pluriennale con funzioni dirigenziali", dal consiglio di amministrazione, su proposta del rettore e sentito il parere del senato accademico. Proprio a quest'ultimo proposito, è stato rilevato come, sostanzialmente, quella del direttore generale sia una nomina fiduciaria del rettore, il che

[11] S. BATTINI, *op. cit.*, 374.

[12] Sul tema, di recente, A. MARRA, *Il direttore generale e i dirigenti nella nuova* governance *delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1142 ss.

Copyleft – Ius Publicum

parrebbe in contrasto con l'attribuzione al direttore di competenze di gestione amministrativa, di cui peraltro pure il rettore, come già segnalato, è dotato. Tale assetto "composito" non aiuta a fare chiarezza sulla corretta configurazione delle competenze amministrative nelle università, tenendo conto, tra le altre cose, che la fiduciarietà della nomina dovrebbe comportare l'attribuzione al direttore "solo" di compiti di sovraintendenza e coordinamento complessivo dell'attività degli organi amministrativi[13].

In definitiva, si può affermare che, nell'ambito della *governance* prevista dalla legge, il rettore è chiamato a svolgere un ruolo decisionale fondamentale, sia pure in accordo con gli organi collegiali, nell'ambito di un'organizzazione dotata (costituzionalmente) di autonomia sulla quale, però, il legislatore, attraverso la riforma in esame, ha voluto incidere in misura estremamente significativa.

Dal punto di vista del sistema di controllo sul sistema universitario e della ricerca, esso viene svolto su di un fronte interno, tramite il nucleo di valutazione, in raccordo con un livello esterno e centralizzato, facente capo ad una Agenzia nazionale autonoma avente personalità giuridica di diritto pubblico (ANVUR)[14].

Quest'ultima, dal primo punto di vista, svolge un ruolo di indirizzo e di raccordo con i sistemi interni di valutazione, dal secondo punto di vista effettua, a beneficio del Ministero, attività di valutazione, di definizione di standard e parametri tecnici e soprattutto valuta, *ex post* ma sulla base di parametri definiti *ex ante*, la qualità dei processi di gestione, formazione e ricerca delle università, anche ai fini della distribuzione delle risorse, facendo riferimento, tra le altre cose, all'efficienza ed efficacia dell'attività didattica sulla base di standard quantitativi di livello internazionale, alla qualità dei prodotti della ricerca, apprezzati tramite procedimenti di valutazione tra pari, la capacità di acquisire

[13] Cfr. F. MERLONI, *op. cit.*, 358-359.

[14] Sul tema, di recente, si v. C. BARBATI, *La valutazione del sistema universitario (commento al d.lgs. 27 gennaio 2012 n. 19)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 816 ss.

Copyleft – Ius Publicum

finanziamenti esterni e di attivare rapporti di collaborazione con soggetti pubblici e privati, l'internazionalizzazione degli atenei, l'efficienza e la sostenibilità delle strutture e dei processi di governo e di gestione (d.P.R. 1° febbraio 2010, n. 76, art. 3, comma 2).

Da un punto di vista organizzativo, la riforma in esame detta una semplificazione dell'articolazione interna, individuando nel dipartimento l'unica sede deputata a svolgere funzioni didattiche e di ricerca, cumulando, così, sia le funzioni della facoltà che dei dipartimenti come intesi in precedenza.

Tale intento di semplificazione trae origine dalla necessità di superare un sistema che aveva evidenziato intrecci di competenze e sovrapposizioni non razionali[15]: così, il legislatore della riforma ha prescritto la contestuale attribuzione al dipartimento delle funzioni in tema di ricerca scientifica, attività didattiche e formative, nonché delle attività rivolte all'esterno ad esse correlate o accessorie.

La riforma giunge anche a definire un numero minimo di docenti afferenti a ciascun dipartimento sulla base di "settori scientifico-disciplinari omogenei".

La legge, inoltre, prevede, in termini facoltativi per gli atenei di minori dimensioni, un secondo livello di organizzazione delle funzioni didattiche tramite "strutture di raccordo" deputate a svolgere compiti di coordinamento e razionalizzazione, nonché di gestione di servizi comuni tra più dipartimenti.

Nella sostanza, la de-strutturazione della facoltà si riflette nel tramonto del ruolo di governo che, nel precedente sistema, era svolto dai presidi attraverso il senato accademico: in tale ottica, i direttori del dipartimento, nella nuova accezione, sono chiamati a svolgere un ruolo minore, sottolineato dalla loro presenza solo parziale nel senato accademico.

[15] In tal senso, E. CARLONI, *La riforma dell'università. L'organizzazione della didattica e della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 366 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Si tratta di un assetto che pare coerente con l'impostazione, descritta in precedenza, maggiormente centralistica della *governance* di ateneo. In tale contesto, la riforma, pur attribuendo un significativo ruolo ai dipartimenti, quali vera sede di autogoverno e garanzia della libertà scientifica e didattica dei docenti, li pone, al contempo, in una posizione caratterizzata da una certa "separatezza" e "distinzione" rispetto agli organi di governo di ateneo, a loro volta sottoposti, nei rapporti reciproci, alla medesima impostazione, proprio allo scopo di evitare, come poc'anzi evidenziato, ogni forma di intreccio di competenze e di sovrapposizione[16].

Così, il "nuovo" dipartimento, salva l'eventuale intermediazione delle strutture di raccordo, si trova a confrontarsi direttamente con il consiglio di amministrazione e con il senato.

Sul primo fronte, le scelte che comportano un impatto sull'allocazione delle risorse sono condizionate da una condivisione a livello centrale (ad esempio, per quanto riguarda la chiamata di nuovi docenti, il cui processo decisionale è ripartito tra dipartimento, che formula la proposta, e consiglio di amministrazione, chiamato a deliberare sulla stessa)[17].

Sul secondo fronte, spettano al dipartimento, o anche alle strutture di raccordo, le principali decisioni in tema di didattica, dovendosi porre in relazione, in questo caso, al senato accademico, cui viene esplicitamente attribuita una funzione di coordinamento con i dipartimenti e le strutture di raccordo.

[16] Cfr. E. CARLONI, op. ult. cit., 370.

[17] Sul tema si v., di recente, C. FRANCHINI, *Il nuovo sistema di reclutamento dei professori universitari e l'apologo di Schopenhauer*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 802.

Copyleft – Ius Publicum

3. IL RIORDINO DELLA SCUOLA SECONDARIA DI II GRADO NEL NUOVO SISTEMA NAZIONALE DI ISTRUZIONE

Il caposaldo che alla luce del nuovo quadro istituzionale caratterizza con evidenza l'assetto e l'equilibrio del sistema del servizio pubblico dell'istruzione, come noto, è la dimensione "nazionale" di tale sistema.

Essa è chiaramente riaffermata dalla previsione della riserva alla competenza esclusiva del legislatore statale delle principali regole comuni che, a vario titolo, debbono disciplinare il volto e il funzionamento del servizio pubblico dell'istruzione, inteso come funzionale alla garanzia effettiva di uno dei principali diritti sociali di cittadinanza[18].

In sostanza, pur in un contesto di forte valorizzazione dell'autonomia normativa regionale e locale, emerge chiaro il disegno costituzionale di ancoraggio dell'istruzione ad una serie di princìpi e regole comuni su base nazionale, che finiscono per circoscrivere a vario titolo il potere legislativo concorrente pur riconosciuto alle Regioni in materia di istruzione.

La legge n. 53/2003, rappresentando, di fatto, la prima legge dopo l'approvazione della Costituzione che detta le "norme generali sull'istruzione", ha preso atto di queste disposizioni e non ne ha dissimulato, per le nostre abitudini linguistiche e ordinamentali, il carattere dirompente[19].

A distanza di più di settanta anni dalla riforma *Gentile* e dopo gli innumerevoli tentativi di riforma del sistema scolastico, tale documento rappresenta un tassello

[18] Cfr. R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica*, Milano, 2004, 139.

[19] Una prima evidente differenziazione rispetto alle disposizioni della legge n. 30/2000, risiede nel fatto che la legge n. 53/2003 indica, rispetto al sistema educativo, le "norme generali" e non le "finalità".

Copyleft – Ius Publicum

fondamentale dei grandi cambiamenti che stanno (da tempo) ridisegnando la scuola italiana e il riordino cancella in un solo colpo sia la vecchia struttura esistente, sia le ipotesi di riassetto formulate e sperimentate nel corso dei decenni.

La nuova normativa conferma innanzitutto, risolvendo tra l'altro la sopravvenuta incoerenza della legge n. 30/2000 rispetto al nuovo contesto costituzionale, la disciplina dei cicli di istruzione.

Scompare innanzitutto la tripartizione della scuola in scuola elementare, scuola media-inferiore e scuola media-superiore; essa viene ora suddivisa in tre distinti cicli: il *ciclo dell'infanzia*[20], il *ciclo primario* e il *ciclo secondario.*

Nel primo ciclo sono compresi la scuola primaria (già elementare) e la scuola secondaria di primo grado (scuola media)[21]; il secondo ciclo comprende il sistema dei

[20] Cfr. il d.P.R. 20 marzo, 2009 n. 89, *Revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*. La scuola dell'infanzia è aperta a tutti i bambini italiani e stranieri che abbiano un'età compresa fra i tre e i cinque anni compiuti entro il 31 dicembre. Ha durata triennale e non è obbligatoria. Questo primo segmento del percorso di istruzione concorre all'educazione e allo sviluppo affettivo, psicomotorio, cognitivo, morale, religioso e sociale dei bambini promuovendone le potenzialità di relazione, autonomia, creatività, apprendimento, e ad assicurare un'effettiva eguaglianza delle opportunità educative. Nel rispetto della primaria responsabilità educativa dei genitori, la scuola dell'infanzia contribuisce alla formazione integrale dei bambini e, nella sua autonomia e unitarietà didattica e pedagogica, realizza la continuità educativa con la scuola primaria (cfr. art. 2, legge n. 53 del 28 marzo 2003).

[21] Il primo ciclo di istruzione si articola in due percorsi scolastici consecutivi e obbligatori, la scuola primaria, della durata di cinque anni e la scuola secondaria di primo grado, della durata di tre anni.

Copyleft – Ius Publicum

licei[22], gli istituti tecnici[23] e il sistema dell'istruzione professionale (Istituti professionali)[24] e dell'istruzione e formazione professionale (percorsi regionali triennali e quadriennali)[25]. È proprio il secondo ciclo che rappresenta, nella riforma, il momento di più forte innovazione e, non a caso, tale momento è costituito dall'architettura del ciclo finalizzata "alla crescita educativa, culturale e professionale dei giovani attraverso il sapere, il fare e l'agire" (art. 2, lett. *g*) della legge delega).

La legge n. 53/2003 prevedeva otto licei, mentre la nuova disciplina ne prevede ora sei: Liceo artistico - indirizzo Arti figurative, Architettura e ambiente, indirizzo Design, Audiovisivo e multimediale, indirizzo Grafica, Scenografia. Liceo classico; Liceo linguistico; liceo musicale e coreutico, con le sezioni Musicale e Coreutica; Liceo scientifico e opzione scienze applicate; Liceo delle scienze umane e opzione economico-

[22] Così come "ridisegnato" dal d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226 – *Norme generali ed i livelli essenziali delle prestazioni sul secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53 e dal d.P.R. 15 marzo 2010, n. 89, Regolamento recante revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico dei licei a norma dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*.

[23] Così come disciplinati Legge 2 aprile 2007, n. 40, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese e dal d.P.R. 15 marzo 2010, n. 88, Regolamento recante norme per il riordino degli istituti tecnici a norma dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*.

[24] Cfr. la Legge 2 aprile 2007, n. 40 e il d.P.R. 15 marzo 2010, n. 87, *Norme concernenti il riordino degli istituti professionali, ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*.

[25] Cfr. d.lgs. n. 226/2005.

Copyleft – Ius Publicum

sociale.[26]. La stessa legge n. 53, e non poteva essere diversamente data la competenza legislativa esclusiva in materia da parte delle Regioni, non diceva molto sugli istituti del "sistema dell'istruzione e formazione professionale" che risultavano, tuttavia, sufficientemente delineati nella loro fisionomia essenziale.

Da ultimo, si è assistito ad un (nuovo) generale riordino dei percorsi di studio del secondo ciclo di istruzione, attraverso il "ridisegno" del *sistema dei licei* e, soprattutto, il rinnovamento degli istituti tecnici e di quelli professionali.

Tutti i licei hanno la durata di cinque anni e sono suddivisi in due bienni e in un quinto anno, al termine del quale gli studenti sostengono l'esame di Stato, utile al proseguimento degli studi in qualunque facoltà universitaria. Il quinto anno è altresì finalizzato ad un migliore raccordo tra la scuola e l'istruzione superiore e alla preparazione all'inserimento nella vita lavorativa.

Dal 1° settembre 2010, per la prima volta nel nostro Paese, è quindi entrata in vigore una riforma complessiva e simultanea del secondo ciclo di istruzione e formazione che cambia il volto della scuola secondaria superiore; essa viene completamente riorganizzata per offrire un panorama più chiaro per le scelte delle famiglie (6 licei; istituti tecnici suddivisi in 2 settori con 11 indirizzi; istituti professionali suddivisi in 2 settori e 6 indirizzi).

Per ciò che concerne gli istituti tecnici, per il *settore economico*, troviamo gli indirizzi: Amministrazione, Finanza e Marketing; per il *settore tecnologico* gli indirizzi: Meccanica, Meccatronica ed Energia; Trasporti e Logistica; Elettronica ed Elettrotecnica; Informatica e Telecomunicazioni; Grafica e Comunicazione; Chimica, Materiali e

[26] Il riordino del sistema dei licei supera l'enorme frammentazione degli indirizzi ordinari e sperimentali (oltre 500). Tra le novità, anche lo studio per cinque anni di una lingua straniera in tutti i licei, di una seconda lingua straniera nell'opzione economico-sociale del liceo delle scienze umane e di 3 lingue straniere nel liceo linguistico.

Copyleft – Ius Publicum

Biotecnologie; Sistema Moda; Agraria, Agroalimentare e Agroindustria; Costruzioni, Ambiente e Territorio[27].

I nuovi istituti professionali, invece, sono ripartiti in due settori e in sei servizi. Per il *settore dei servizi*, gli indirizzi: Servizi per l'agricoltura e lo sviluppo rurale; Servizi socio-sanitari; Servizi per l'enogastronomia e l'ospitalità alberghiera; Servizi commerciali; per il *settore industria e artigianato*: Produzioni industriali ed artigianali e Manutenzione e assistenza tecnica[28].

Questa nuova impostazione va certamente collocata all'interno della cooperazione europea per la costituzione di un sistema condiviso di istruzione e formazione professionale e degli impegni assunti dal nostro Paese a seguito del Consiglio di Lisbona del 2000 e il rilancio di questa tipologia formativa mira non solo allo sviluppo della persona ma anche al progresso economico e sociale, scientifico e tecnologico che richiede "menti d'opera" con una specializzazione particolare[29].

La scuola secondaria, completamente rivista nel suo impianto generale, persegue l'ulteriore obiettivo di impartire agli studenti una preparazione adeguata al percorso di istruzione superiore, universitario e non, ed alle scelte di inserimento nel mondo del lavoro.

Va inoltre rilevato che già l'art. 1 della legge n. 53/2003 prevedeva che il Governo, nell'esercitare la delega diretta alla definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione, operi "in coerenza con il principio di autonomia delle Istituzioni scolastiche e secondo i princìpi sanciti dalla

[27] Cfr. il d.P.R. 88/2010.

[28] Cfr., in materia, il d.P.R. 87/2010 e il d.m. 18 gennaio 2011, n. 4, *Linee Guida per realizzare organici raccordi tra i percorsi degli Istituti Professionali e i percorsi di Istruzione e Formazione Professionale*.

[29] In questi termini M. FALANGA, *La scuola pubblica in Italia*, Brescia, 2011, 343.

Copyleft – Ius Publicum

Costituzione"[30]. Il rispetto di tale acquisizione implica necessariamente che le norme generali devono limitarsi a definire gli *obiettivi minimi* generali e gli *standard* valutativi del sistema formativo, nel rispetto della sfera di autonomia riconosciuta alle scuole sotto il profilo didattico e pedagogico.

I primi importanti tasselli dell'attuazione della legge delega n. 53/2003 sono, dapprima, stati attuati dal d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59, con il quale sono state ridefinite le principali *linee guida per il riordino dei cicli dell'istruzione*[31]. Nel corso del 2005 sono stati poi definiti altri fondamentali passaggi verso il completamento della riforma dei cicli scolastici, attraverso l'approvazione del d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76, in materia di *diritto-dovere all'istruzione e alla formazione e in materia di alternanza scuola-lavoro* con il d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77[32]. È stato poi approvato il d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226, relativo alle *norme generali ed ai livelli essenziali delle prestazioni sul secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione ai sensi della legge 28 marzo 2003*, n. 53 e il

[30] In questo senso la previsione sembra rappresentare una salvaguardia inferiore dell'autonomia scolastica rispetto al disegno di legge delega n. 1306/2002 in cui si prevedeva che il Governo, nell'esercitare la delega diretta alla definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione, rispettasse "l'avvenuta acquisizione, a livello costituzionale, dell'autonomia delle Istituzioni scolastiche".

[31] Cfr. d.lgs. 19 febbraio 2004 n. 59, *Definizione delle norme generali relative alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo dell'istruzione, a norma dell'art. 1 della legge 28 marzo 2003, n. 53*.

[32] Cfr. d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76 – *Definizione delle norme generali sul diritto-dovere all'istruzione e alla formazione, a norma dell'art. 2, comma 1, lett. c), della legge 28 marzo 2003, n. 53. D.lgs. 15 aprile 2005, n. 77 – Definizione delle norme generali relative all'alternanza scuola-lavoro, a norma dell'art. 4 della legge 28 marzo 2003, n. 53*. Si v. sul tema A. POGGI, *I decreti attuativi della riforma della scuola, Commento a d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76 e d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 922-928.

Copyleft – Ius Publicum

d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 227, in materia di formazione degli insegnanti ai fini dell'accesso all'insegnamento[33].

I decreti approvati in seguito (soprattutto tra il 2008 e il 2010) rappresentano un fondamentale (e definitivo?) compimento del percorso delle deleghe delineato dalla legge n. 53/2003, finalizzato a ridisegnare (in modo integrale) il nostro sistema scolastico[34].

[33] Cfr. d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226 – *Norme generali ed i livelli essenziali delle prestazioni sul secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53; D.lgs. 17 ottobre 2005, n. 227 – Definizione delle norme generali in materia di formazione degli insegnanti al fine dell'accesso all'insegnamento, ai sensi dell'art. n. 5 della legge 28 marzo 2003, n. 53*. Sul tema si v. altresì, M. COCCONI, *Diventare insegnanti: le nuove regole (Commento a d.m. Pubblica istruzione 10 settembre 2010, n. 249)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 237–243.

[34] L'impianto normativo generale, rimasto sostanzialmente immutato, è stato ulteriormente implementato attraverso la legge n. 133/2008 che all'art. 64, commi 3 e 4 ha previsto, tra l'altro, l'adozione di regolamenti di delegificazione per modificare gli ordinamenti dei cicli di istruzione. Sono stati così adottati i già citati (in parte), d.P.R 15 marzo 2010, n. 89, recante *Revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico dei licei, ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*; d.P.R. 15 marzo 2010, n. 87, recante *norme concernenti il riordino degli istituti professionali, ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*; d.P.R. 15 marzo 2010, n. 88, recante *norme concernenti il riordino degli istituti tecnici ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*. Si segnalano altresì: d.P.R. 22 giugno 2009, n. 122, *Regolamento recante coordinamento delle norme vigenti per la valutazione degli alunni e ulteriori modalità applicative in materia, ai sensi degli articoli 2 e 3 del decreto-legge 1° settembre 2008, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2008, n. 169*; d.P.R. 20 marzo 2009, n. 81, *Norme per la riorganizzazione della rete scolastica e il razionale ed efficace utilizzo delle risorse umane della scuola, ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*; d.P.R. 20 marzo 2009, n. 89, *Revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*; Legge 30 ottobre 2008, n. 169, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 1º settembre 2008, n. 137, recante *disposizioni urgenti in materia di istruzione e università*.

Copyleft – Ius Publicum

Tali atti, in particolare, solo apparentemente seguirebbero lo schema della definizione delle norme generali, dei princìpi fondamentali e dei livelli essenziali. In realtà, leggendoli controluce, essi appaiono un contenitore sostanzialmente vuoto che rinvia a successivi atti normalmente regolamentari. Soprattutto essi (spesso) non prevedono coperture finanziarie o, peggio, costruiscono un altro contenitore vuoto: nell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 59/2004, ad esempio, si dispone che "è assicurata la generalizzazione dell'offerta formativa e la possibilità di frequenza della scuola dell'infanzia", poi si aggiunge che a tali fini provvedono i d.lgss. di cui all'art. 7, comma 8, legge n. 53/2003. Tali decreti, tuttavia, possono essere adottati "solo successivamente all'entrata in vigore di provvedimenti legislativi che stanzino le occorrenti risorse finanziarie"[35].

Tali decreti attuativi, inoltre, incidono fortemente sull'attuazione del principio (ora costituzionalizzato) dell'autonomia delle Istituzioni scolastiche, nel momento in cui vanno ad occuparsi delle indicazioni nazionali relative ai profili organizzativi dell'attività scolastica (si pensi alla definizione degli organici di istituto, la valutazione degli apprendimenti)[36].

Essi si propongono, in definitiva, in modo ambizioso, di porre le premesse per attivare uno dei motori propulsivi dell'intera riforma e cioè l'integrazione tra istruzione formazione professionale. I nodi irrisolti che tuttora permangono anche in tale normativa di attuazione, relativamente soprattutto al dilemma delle risorse e delle competenze del

[35] Cfr., a riguardo A. POGGI, *La legislazione regionale sull'istruzione dopo la revisione del Titolo V*, in *Reg.*, 2005, 934.

[36] Cfr. R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazioni e pluralismi*, Torino, 2011, 87.

Copyleft – Ius Publicum

sistema regionale, pongono una pesante ipoteca non solo sull'effettività di tali decreti ma, probabilmente, sulla riuscita complessiva dell'intera riforma[37].

In ordine alle discipline di studio, per i Licei sono state approvate le *Indicazioni nazionali* che individuano gli *obiettivi specifici di apprendimento* con riferimento sia ai *profili* dello studente sia alle attività e agli insegnamenti compresi nei *piani degli studi* (D.M. n. 211/2010)[38]; per gli Istituti tecnici vigono le *Linee guida* approvate per il primo biennio, con *Direttiva ministeriale* n. 57/2010, e per per il secondo biennio e il quinto anno, con *Direttiva ministeriale* n. 4/2012, in vigore dall'a.s. 2012/2013; per gli Istituti professionali sono state approvate le *Linee guida* comprensivi dei *risultati di apprendimento* per il primo biennio (*Direttiva ministeriale* n. 65/2010) e per il secondo biennio e l'ultimo anno (*Direttiva ministeriale* n. 5/2012, in vigore dall´anno scolastico 2012/2013).

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nell'attuale contesto socio-economico l'Università, e il mondo dell'istruzione in genere, può (e deve) rappresentare un fondamentale fattore di sviluppo e di uscita dalla

[37] Così si esprime A. POGGI, *I decreti attuativi della riforma della scuola, Commento a d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76, d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77,* cit., 922. La stessa a. evidenzia inoltre – con riferimento al d.lgs. n. 77/2005 e osservando come rimangano ancora aperti diversi nodi problematici relativi alla persistenza di "invasioni" da parte del legislatore statale in ambiti afferenti alla competenza legislativa regionale – che su tale decreto non si sia raggiunta l'intesa in sede di Conferenza unificata nella seduta del 14 ottobre 2004 nonostante tale intesa sia obbligatoriamente prevista dall'art. 4, comma 1, della legge n. 53/2003.

[38] D.M. 7 ottobre 2010, *Indicazioni nazionali riguardanti gli obiettivi specifici di apprendimento concernenti le attività e gli insegnamenti compresi nei piani degli studi previsti per i percorsi liceali di cui all'articolo 10, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 89, in relazione all'articolo 2, commi 1 e 3, del medesimo regolamento*.

Copyleft – Ius Publicum

crisi. A tale scopo è sorta la necessità di ri-pensare ad un nuovo modello organizzativo-gestionale, ma anche culturale, in grado di sostenere l'intero sistema universitario, pur nella limitatezza di risorse causata dall'attuale situazione economico-finanziaria e dalla ristrettezza dei *budget* statali, tipica dei nostri tempi, individuando, ad esempio, nuove forme di finanziamento, di natura non "centralista" ma "territoriale", e, al contempo, valorizzando il ruolo delle Università nell'ambito della società civile.

Nella "società della conoscenza" si ritiene che l'Università e il mondo dell'istruzione siano destinati a ricoprire un ruolo cruciale. Il loro ruolo è però molto cambiato ed oggi sono chiamati a svolgere un insieme di compiti molto più ampi rispetto al passato. Per ciò che concerne l'università, accanto alle tradizionali funzioni di ricerca e didattica, di derivazione *humboldtiana*, si è affiancata, infatti, una "terza funzione", di "servizio alla comunità" con un'apertura e un servizio al territorio e di motore per lo sviluppo del contesto di riferimento[39]. Questa "terza funzione" rappresenta un'estensione delle due attività principali di produzione e trasmissione della conoscenza, non fine a sé stessa, ma mettendole al servizio delle attività produttive.

In tale contesto, di tipo "culturale", si è inserita l'ultima riforma del sistema universitario italiano, la quale ha determinato un certo avvicinamento ad un modello di mercato, senza però che si arrivi ad una struttura "imprenditoriale" vera e propria della *governance* universitaria, persistendo, in tale ambito, elementi significativi di rappresentanza accademica, peraltro giustificati dall'individuazione di una *mission* universitaria non basata solo sulla "domanda di mercato", ma orientata a favorire la libera ricerca e formazione, in un contesto di "apprendimento ed elaborazione critica delle conoscenze" in vista del progresso culturale, civile ed economico della Repubblica (art. 1, comma 1, l. n. 240/2010), nonché taluni fattori di "controllo statale" effettuato, oltre che attraverso la predefinizione di molti dei contenuti statutari, anche, tra le altre cose, per

[39] Cfr., a riguardo, le riflessioni di C. BARBATI, *Territori e università: l'incontro di due autonomie*, in *Ist. fed.*, 2012, 20 ss.

Copyleft – Ius Publicum

mezzo della definizione di indirizzi generali sulla programmazione, quindi sulle scelte strategiche.

Per ciò che concerne invece il settore dell'istruzione, il quadro generale attuale è destinato ad essere ancora investito da ulteriori e profondo interventi; qualsiasi (ulteriore) riforma del sistema nazionale di istruzione, sicuramente vedrà il coinvolgimento della scuola, con la necessità conseguente di un (ulteriore) adeguamento della legislazione ordinaria e dell'assetto organizzativo e gestionale.

5. BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La riforma dell'università (commento alla l. 30 dicembre 2010 n. 240)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

AA.VV., *Istruzione e formazione dopo la modifica del Titolo V della Costituzione*, Roma, 2004.

A. BANFI, *Prima che la nave affondi: un rapido bilancio della riforma dell'Università e qualche possibile intervento normativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013.

C. BARBATI, *La valutazione del sistema universitario (commento al d.lgs. 27 gennaio 2012 n. 19*), in *Giorn. dir. amm.*, 2012.

C. BARBATI, *Territori e università: l'incontro di due autonomie*, in *Ist. fed.*, 2012.

L. BARBERIO CORSETTI, *La riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Nuova sec.*, 2001.

F. BATTINI, *L'attuazione della riforma dei cicli scolastici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001.

S. BATTINI, *La nuova* governance *delle università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011.

Copyleft – Ius Publicum

L. BERLINGUER, *Presentazione*, in F. DUBET, *Perché cambiare la scuola*, Firenze, 2002.

G. BERTAGNA, *Istruzione e formazione professionale dopo la modifica del Titolo V della Costituzione*, in *Nuova sec.*, 2003.

G. BERTAGNA, *Un unico sistema educativo*, in *Nuova sec.*, 2004.

G. BERTI, G.C. DE MARTIN, *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003.

R. CALVANO, *Problemi costituzionali della riforma dell'università di cui alla l. n. 240 del 2010*, in *Dir. soc.*, 2011.

E. CARLONI, *La riforma dell'università. L'organizzazione della didattica e della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

E. CAVALIERI, *Il d.d.l. sulla riforma universitaria. Osservazioni sul modello di governance proposto*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Luci ed ombre della riforma universitaria (Governance, meritocrazia, baronie)*, Bari, 2010.

M. COCCONI, *Diventare insegnanti: le nuove regole (Commento a d.m. Pubblica istruzione 10 settembre 2010, n. 249)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

N. DANIELE, *Natura del diritto all'istruzione; L'obbligo scolastico; Inadempimento dell'obbligo scolastico; L'attività assistenziale; Le borse di studio; Gli enti pubblici che operano nel settore della pubblica istruzione; Le prestazioni degli enti pubblici; Il problema del decentramento; Istruzione professionale*, in *Comm. di legislazione amm. La pubblica istruzione*, Milano, 2001.

M. DEI, *Un cantiere aperto per la scuola del 2000*, in *La scuola in Italia*, Bologna, 1998.

G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di) *Concorrenza e merito nelle*

Copyleft – Ius Publicum

università, prospettive e proposte, Torino, 2009.

G.C. DE MARTIN, *Autonomia dell'istruzione e riforme istituzionali: note introduttive*, Relazione al Convegno *Autonomia dell'istruzione e autonomia regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Ist. fed.*, 2004.

M. FALANGA, *La scuola pubblica in Italia*, Brescia, 2011.

E. FOLLIERI, *La riforma dell'Università tra legge e statuti, analisi interdisciplinare della L. n. 240/2010*, M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), Milano, 2011.

C. FRANCHINI, *Il nuovo sistema di reclutamento dei professori universitari e l'apologo di Schopenhauer*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

G. GRASSO, *Governance ed autonomia del sistema universitario: problemi e prospettive*, in A. ARCARI, G. GRASSO (a cura di), *Ripensare l'università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, Milano, 2011.

G. LOY, *Istruzione professionale* (*ad vocem*), in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994.

E.M. MARENGHI, *L'organizzazione delle università tra riforma e controriforma*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012.

A. MARRA, *Il direttore generale e i dirigenti nella nuova* governance *delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012.

F. MARSILIO, E. MIDENA, in *Giorn. dir. amm*., 2004.

C. MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in C. MARZUOLI, *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003.

G. MELONI, *Il diritto-dovere all'istruzione e alla formazione*, in *Quad. cost.*, 2003.

Copyleft – Ius Publicum

F. MERLONI, *La riforma dell'università. La nuova* governance, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica*, Milano, 2004.

R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazioni e pluralismi*, Torino, 2011.

A. POGGI, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle Istituzioni scolastiche*, in *Reg.*, 2002.

A. POGGI, *La legislazione regionale sull'istruzione dopo la revisione del Titolo V*, in *Reg.*, 2005.

A. POGGI, *I decreti attuativi della riforma della scuola, Commento a d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76, d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005.

A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003.

L. TORCHIA, *Il riordino dell'amministrazione centrale: criteri, condizioni e strumenti*, in *Dir. pubbl.*, 1999.

G. VESPERINI, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

THE UNIVERSITY SYSTEM REFORM AND THE REORGANISATION OF SECONDARY SCHOOL EDUCATION IN ITALY: EDUCATION AS A FUNDAMENTALLY IMPORTANT FACTOR IN DEVELOPMENT AND PROGRESS?

ANNUAL REPORT – 2013 - ITALY

(February 2013)

Remo MORZENTI PELLEGRINI

INDEX

1. FOREWORD
2. UNIVERSITY REFORM: TOWARDS A NEW RESPONSIBLE AUTONOMY?
3. THE REORGANISATION OF UPPER SECONDARY EDUCATION IN THE NEW NATIONAL EDUCATION SYSTEM
4. CONCLUDING REMARKS
5. BIBLIOGRAPHY

Copyleft – Ius Publicum

1. FOREWORD

This article analyses, firstly, relevant recent developments on the subject of governance and the organisation of teaching methods and research in Italian Universities. This latter issue, in particular, is of special interest in Italy following the approval of Reform Law no. 240/2010 whose provisions include an unprecedented overall revision process of the Statutes of Italian Universities and which thus constitutes an extraordinary 'social experiment'.

The reorganisation of secondary school education in the new national education system will then be analysed. For the first time, the school system regulations have not confined themselves to listing the subjects and tasks that the State and Administration delegates to the schools, but has also defined the competence of the State and the Ministry for Public Education, thereby definitively confirming the principle whereby all duties and powers not explicitly reserved to the ministerial initiative are ordinary duties and powers - *rectius* - which originate with the school and are managed in total autonomy by them.

2. UNIVERSITY REFORM: TOWARDS A NEW RESPONSIBLE AUTONOMY?

The latest Italian University reform would seem to be motivated by a certain dissatisfaction regarding the actual exercise of the autonomy constitutionally granted to the Universities which has resulted, in some cases, in a 'self-regulatory' framework which has led to organisational malfunction and an inefficient and ineffective use of resources[1].

[1] Recently, in general on this issue, see A. BANFI, *Prima che la nave affondi: un rapido bilancio della riforma dell'Università e qualche possibile intervento normativo,* in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 548.

Copyleft – Ius Publicum

Acknowledging the system's inability to move autonomously towards rational choices, then, Italian law has in some way "took back" the subject and imposed a certain organisational uniformity onto it in the name of governance capable of guaranteeing the Universities' necessary functions with special reference to improving the quality of planning and strategic decision making[2].

Moving in the same direction, the recent statutory revision of Italian Universities foreseen by the reform has taken place in accordance with managerial principles and criteria placed by the law in a context of overt 'autonomy' and 'responsibility' to which has been added the yet more innovative concept of 'professionalism' which has characterised, in particular, the participation of non-academic external members in the Board of Governors.

In general, the solution adopted on a legal level with the purpose of reforming the Universities' governance is largely based on a framework which already underlies and characterises the most recent public organisation models which implement the principle of the division of responsibility between political-administrative and management bodies. In particular, the model outlined by Law no. 240 of 2010 on the subject of relations between University governing Bodies can legitimately be described as an 'interconnecting' one and in actual fact, rather than a division it is now possible to speak of a 'differentiation' of roles in the context of a system which, while still an expression of an overall logic which defines the elements as 'load-bearing', dutifully allows for the practicability of differentiated working solutions in relation to the specific characteristics and specific purposes which each single University can and must set out[3].

The purpose of the recent reform of the Italian University system is to fix a standard governance model centrally without prejudice to the right of individual

[2] See F. MERLONI, *La riforma dell'università. La nuova governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 354.

[3] On this specific issue see E.M. MARENGHI, *L'organizzazione delle università tra riforma e controriforma*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 791 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Universities, once a "stable and sustainable budget has been achieved together with high teaching and research standards" to experiment with "their own functional and organisational models" on the basis of programme agreements with the Ministry, to include a composition and constitution of their governing bodies which are different to those indicated by national law[4].

The standard governance framework in Italian Universities focuses on the mandatory institution of six bodies - the Rector, the Board of Governors, the Academic Senate, the Board of Auditors, the Evaluation Board and the General Manager.

As far as the Rector is concerned, he or she is elected according to procedures contained in the Statutes of each individual University (the usual preference is for direct election by the various academic bodies) amongst full professors including those who are working in other Italian Universities. The Rector's role has been strengthened in the reform and is the crux of the entire University decision making process and the *dominus* of its entire governance[5] with policy and also operational and management responsibilities. From this point of view, in fact, the Rector on one side exercises a proposal and initiative power (with special reference to financial planning documents) in relation to the University's two collegial bodies on which he is an ex-officio member (and over which, in most Statutory frameworks, he presides) and, on the other, he is responsible for pursuing the University's objectives in accordance with its quality criteria and the principles of effectiveness, efficacy, transparency and rewarding merit. Furthermore, the Rector is a residual competence body in the sense that all functions not expressly attributed in the Statute to

[4] See, in general on this issue, E. FOLLIERI, *La riforma dell'Università tra legge e statuti, analisi interdisciplinare della L. n. 240/2010*, M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (eds.), Milano, 2011, 31 ss. e R. CALVANO, *Problemi costituzionali della riforma dell'università di cui alla l. n. 240 del 2010*, in *Dir. soc.*, 2011, 765 e ss.

[5] See F. MERLONI, *op. cit.*, 357.

Copyleft – Ius Publicum

other bodies are his[6].

One original feature of the reform consists in its proposals relating to the fact that the Rector's mandate is a single one lasting six years which cannot be renewed according to an approach aimed at ensuring that the latter does not use his (vast) powers for the purposes of his own re-election and to ensure changeover at the top.

As far as the collegial bodies are concerned, in relation to the system malfunctioning mentioned previously, the reform has emphasised the need to distinguish between the functions of the Senate, as the fully academic elective body, and the Board of Governors presided over by the Rector (as will occur in the vast majority of cases) or by an advisor who is external to the University and made up of individuals nominated according to procedures laid out in the Statutes but in any event with "proven management experience" or an "academic-cultural qualification" with the expectation that a certain number of external advisers will be mandatory.

The reform gave mainly consultation roles in teaching, research and student services and financial planning responsibilities to the former body as well as regulatory powers while the latter's functions include strategic policy and sustainability supervision and financial planning approval and resolutions, after consulting the Senate, on setting up or terminating courses or buildings.

The Senate was given the right to propose a no-confidence resolution in the Rector at least two years after the beginning of the mandate. It is an instrument of guarantee which can be activated by a qualified majority (two thirds) wherever it is held that the work of the Rector is not in line with the declared opinion of the electoral body which constitutes an element which still binds the Rector, despite the strengthening of his decision making capacity, to the academic community which has elected him and which must continue to

[6] On this issue, AA.VV., *La riforma dell'università (commento alla l. 30 dicembre 2010 n. 240)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 353 e ss.

Copyleft – Ius Publicum

trust in his work.

The organisational framework which comes out of the reform is characterised substantially by the respective roles of the two collegial bodies with a marked movement of the centre of gravity in favour of the Board of Governors which, together with the Rector, has become the most important decision making body while the role of the Senate would seem to have been 'marginalised' in some way.

Moreover, it is important to consider the mandatory opening up of the Board of Governors to external members in relation to which the requirement for "proven management experience", both tempered by the alternative academic-cultural qualification, seems to point towards managerial type models which, in fact, expose themselves to the risk - the opposite of self-regulation - of submitting to external technical-managerial power without legitimacy or effective representation in the academic body[7].

Ultimately, the system of governance referred to in the reform, as far as it relates to the top levels of the University hierarchy and the collegiate bodies, is essentially based on the Board of Governors-Rector relationship, the former with managerial competence (*rectius* decision-making and planning[8]), the latter of academic origin to whom falls the most complex strategic decisions with a more covert role, of an advisory sort, from the

[7] See E. CAVALIERI, *Il d.d.l. sulla riforma universitaria. Osservazioni sul modello di* governance *proposto*, in F. CAPRIGLIONE (ed.), *Luci ed ombre della riforma universitaria (Governance, meritocrazia, baronie)*, Bari, 2010, which highlights the fact that governance managed by private individuals should not jeopardise the completion of top level research and training for general interest objectives; on this see also G. GRASSO, *Governance ed autonomia del sistema universitario: problemi e prospettive*, in A. ARCARI, G. GRASSO (ed.), *Ripensare l'università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, Milano, 2011, 1 ss.

[8] See, on this specific point, the considerations of E.M. MARENGHI, *op. cit.*, 803, who perceptively highlights the fact that "the power framework combined with the financial lever, transfers to the Board of Governors that which is left of limited autonomy" and that "what remains of potential autonomy is the preserve of the Board of Governors".

Copyleft – Ius Publicum

Academic Senate which, however, has been given the right to vote a no-confidence resolution in the Rector.

In the intentions of the law such a framework should, by means of limiting the autonomy of individual Universities to an extent, correct the self-regulatory distortions highlighted previously and this by weakening the principle of representation between the academic body office-holders and the academic community or, in other words, the principle of self-government. In particular this principle continues to apply to the administrative and control functions but is limited as far as strategic and evaluation policy decisions are concerned above all in relation to choices which presuppose a selective allocation of resources and consequently require a certain measure of independence and autonomy of the decision maker in relation to the subjects of the decisions themselves. It is precisely for this reason, in the reform under consideration, that an attempt has been made to distinguish these latter roles clearly from the others, assigning them to bodies in which legitimate representation is balanced by a different sort of nomination in that it is based on the professionalism and independence of the office-holder[9].

These latter characteristics underlie - even more strictly as compared to the Board of Governors, where, as we have seen, the presence of a minimal external component is involved – the work of the members of the Evaluation Board, who, in accordance with the law, must be mainly external to the University (although the co-ordinator can be selected from the University's full professors) and above all they must hold a "high level professional qualification" which appears on a CV to be published on the University's website.

The Evaluation Board, in the renewed framework of Italian University governance, has taken on equal weight and dignity with other bodies with a much more long term tradition and this in conjunction with changes in the form of control over public

[9] See S. BATTINI, *La nuova governance delle università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 377.

Copyleft – Ius Publicum

administration and thus of the Universities too.

In fact, review functions of the quality and efficacy of teaching as well as of the research activities carried out by faculties and the adequacy of the academic or professional CVs of the holders of teaching contracts have been entrusted to this body by the reform under examination here. Moreover, in line with that foreseen for public administration in general, the Evaluation Board also carries out roles relative to the evaluation procedures of structures and staff in order to fulfil the declared aims of rewarding merit and promoting improvements in organisational and individual performance.

Essentially, the Evaluation Board is deployed on a twofold front. On one hand it is called on to supply the necessary information to promote strategic planning and policy roles and on the other, its role is also to put internal and external governance into contact with one another as it can claim to be, at the same time, both part of the internal organisational structure and part of an external network guided by a central body (National Agency for the Evaluation of Universities and Research Institutes - ANVUR Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca) of which each Evaluation Board can consider itself an operating terminal[10].

Practically speaking, from this latter point of view and working together with ANVUR, the Evaluation Board must ensure that the evaluation of structures and teaching staff within the University is carried out according to criteria and indicators which are in accordance with those on which the University itself is then assessed by public bodies in overall terms including as far as funding is concerned[11].

[10] In general, on evaluation in the university context, see A. SANDULLI, *Spunti di riflessione sulla valutazione della ricerca universitaria*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (eds.) *Concorrenza e merito nelle università, prospettive e proposte*, Torino, 2009, 55 ss.; F. FRACCHIA, *La valutazione dell'attività didattica, in Concorrenza e merito*, cit., 63 ss.

[11] S. BATTINI, *op. cit.*, 374.

Copyleft – Ius Publicum

The Board of Auditors and the General Director complete the University's mandatory governance bodies.

The former body is made up of three effective members and two substitute members of whom one takes on the role of president and is chosen by the University while the others are either nominated by the Ministry of the Economy or chosen by it from its own managers and executives.

As far as the second body is concerned, the change in title from Administrative Director to General Director carried out by the reform would seem a significant one in underlining the fact that the latter has been given responsibility for the overall management and organisation of services, of the necessary resources, of the technical and administrative staff as well as of the functions typical, as far as these are compatible, of a State official[12].

The General Director acts on the basis of policy guidelines given him by the Board of Governors whose meetings he attends without voting rights and is nominated, from a selection of individuals with "high-level professional qualifications and proven long term experience of managerial roles", by the Board of Governors on the basis of the Rector's suggestions and having heard the opinions of the Academic Senate. Precisely in this regard, it has been found that the General Director is generally a trustee appointed by the Rector which would seem to conflict with the administrative management roles given to the Manager which, as we have already seen, are also part of the Rector's duties. This 'composite' framework does not help to clarify the correct configuration of the University's administrative duties taking account, among other things, of the fact that the trusteeship character of the appointment should mean that the Manager is 'only' given supervisory and overall co-ordination roles of the activities of the administrative bodies[13].

[12] On this issue, see the recent, A. MARRA, *Il direttore generale e i dirigenti nella nuova* governance *delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1142 ss.

[13] See F. MERLONI, *op. cit.*, 358-359.

Copyleft – Ius Publicum

Ultimately, in the context of the governance foreseen by the law it can be argued that the Rector is called onto to perform a fundamentally important decision making role in agreement with the collegiate bodies in the context of a (constitutionally) autonomous organisation which, however, the law has attempted to modify in an extremely important way by means of the reform under examination.

From the point of view of the system of control of the University system and research, this is performed internally, by means of the Evaluation Board, in liaison with an external level and in a centralised manner reporting to an independent national Agency, a legal entity governed by public law (ANVUR)[14].

This latter, from the former point of view, carries out a policy and liaison role with internal evaluation systems and from the latter point of view, on behalf of the Ministry, performs evaluation activities, defines academic standards and parameters and, above all, evaluates *ex post* but on the basis of parameters defined *ex ante*, the quality of University management, training and research processes partly in order to ensure that resources are distributed by reference to the efficiency and efficacy of teaching activities on the basis of international level quantitative standards, the quality of research results - assessed by means of evaluation by peers, the ability to obtain outside funding and set up partnerships with public and private entities, the internationalisation of the University and the efficiency and sustainability of structures and government and management processes (Presidential decree no. 76 of 1st February 2010, Article 3, subsection 2).

From an organisational point of view, the reform under examination dictates a simplification of internal structures and identifies the department as the only body with teaching and research duties which thus acquires the roles of both faculties and departments, as implied above.

[14] On this issue, see the recent C. BARBATI, *La valutazione del sistema universitario (commento al d.lgs. 27 gennaio 2012 n. 19)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 816 ss.

Copyleft – Ius Publicum

This intention to simplify originates from the need to move beyond a system from which irrational and overlapping responsibilities had emerged[15]. In this reform, then, the law has prescribed the simultaneous assignment of academic, teaching and training duties to the departments as well as of outreach activities linked to or in support of these.

The reform also sets out a minimum number of professors to be attached to each Faculty on the basis of "homogeneous academic discipline sectors".

The law also foresees a second level of organisation of teaching responsibilities on an optional basis for smaller Universities by means of 'liaison frameworks' which are given the task of co-ordination and rationalisation as well as of common service management for faculties working together.

In essence, the de-structuring of the Faculty is reflected in the reduction of importance in the role of government which, in the previous system, was performed by the Deans by means of the Academic Senate. Under the reform, the Faculty heads are now called on to perform a minor role which is underlined by their only partial presence on the Academic Senate.

It is a framework which is in line with the greater centralisation in University governance described above. In this context, whilst the reform assigns an important role to the faculties as the true seat of self-government and guarantors of the academic and teaching freedom of the professors, it also, at the same time, places them in a position characterised by a certain 'separation' and 'distinction' as compared to the University governing bodies which are, in turn, placed under the same framework in their mutual relations in order to avoid, as has just been emphasised, any sort of overlapping or cross

[15] In this respect, E. CARLONI, *La riforma dell'università. L'organizzazione della didattica e della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 366 ss.

Copyleft – Ius Publicum

over in roles[16].

Thus, the 'new' faculty, with the exception of any intermediation from liaison structures, deals directly with the Board of Governors and the Senate.

As far as the former is concerned, the choices which impact on the allocation of resources are influenced by central level sharing (for example, as far as the appointment of new professors is concerned in relation to which the decision making process is divided up between the faculty - which formulates the proposal - and the Board of Governors - which is responsible for deliberating on it)[17].

As far as the latter is concerned, the main decisions on teaching fall to the faculties, or to the liaison networks as well, as they are obliged to negotiate with the Academic Senate which has been given an overt co-ordination role with the faculties and liaison networks on this issue.

3. THE REORGANISATION OF UPPER SECONDARY EDUCATION IN THE NEW NATIONAL EDUCATION SYSTEM

Under the new institutional framework, the cornerstone of the structure and balance of the public education system is the 'national' dimension of the system, as is well known.

This is clearly reaffirmed in the exclusive competence set out for the state legislature in relation to the main common regulations which have, in various ways, to

[16] See E. CARLONI, op. ult. cit., 370.

[17] On this issue see the recent C. FRANCHINI, *Il nuovo sistema di reclutamento dei professori universitari e l'apologo di Schopenhauer*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 802.

Copyleft – Ius Publicum

discipline the general approach and working of public education understood as functional to effectively safeguarding one of the main social rights involved in citizenship[18].

Essentially, in the context of a marked development of regional and local autonomy, a constitutional approach based on anchoring education to a series of common principles and rules on a national basis has emerged clearly and this ultimately limits the recognised current legislative power of the regions in various ways.

Law no. 53/2003, effectively the first law, post Constitutional approval, to dictate "general norms on education", took these provisions on board and has not disguised its radical nature for our linguistic and statutory customs[19].

Seventy years after the *Gentile* reform and innumerable attempts to reform the school system, this document is still a fundamentally important element in the great changes which have (long) been reformulating the Italian school system. This reorganisation has eliminated in a single stroke what had survived of the old system together with the decades' long concept of formulated and experimental reorganisation.

In resolving the newly emerged inconsistency of Law no. 30/2000 with the new constitutional framework, the new legislation confirms the educational cycle framework.

Firstly, the tripartite division of education into elementary, lower middle and upper middle schools has disappeared and has been replaced with three distinct cycles: the *infancy cycle*[20], the *primary cycle* and the *secondary cycle.*

[18] See R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica,* Milano, 2004, 139.

[19] A first evident difference, as compared to the provisions of Law no. 30/2000, is the fact that Law no. 53/2003 sets out 'general norms' for and not the 'objectives' of the education system.

Copyleft – Ius Publicum

The first cycle includes primary school (previously elementary) and lower secondary school (middle school)[21]; the second cycle encompasses the high schools[22], the technical schools[23] and the vocational education system (Vocational schools)[24] and professional education and training (regional three and four year courses)[25]. It is the second

[20] See Presidential Decree no. 89, 20 March, 2009, *Revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*. Infant school is open to all Italian and foreign children who are between three and five years of age on the 31st of December. It lasts three years and is non-compulsory. This first stage in the educational journey contributes to the child's emotional, psychomotor, cognitive, moral, religious and social educational and development and promotes the ability to relate to others, autonomy, creativity and learning and guarantees the real equality of educational opportunity. Respecting the primary educational responsibility of the child's parents, infant school contributes to overall educational development and, in terms of autonomy and integrated teaching and pedagogy it is on an educational continuum with primary school (see Article 2, Law no. 53 of 28 March 2003).

[21] The first education cycle is divided into two simultaneous, compulsory stages - primary school lasting five years and lower secondary school lasting three years.

[22] As 'redesigned' by Legislative Decree no. 226 17 October 2005 – *Norme generali ed i livelli essenziali delle prestazioni sul secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53 e dal d.P.R. 15 marzo 2010, n. 89, Regolamento recante revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico dei licei a norma dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*.

[23] As disciplined by Law no. 40 of 02 April 2007, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese e dal d.P.R. 15 marzo 2010, n. 88, Regolamento recante norme per il riordino degli istituti tecnici a norma dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.*

[24] See Law no. 40 2 April 2007 and Presidential Decree no. 87 15 March 2010, *Norme concernenti il riordino degli istituti professionali, ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.*

[25] See Legislative Decree no. 226/2005.

Copyleft – Ius Publicum

cycle which constitutes the reform's most innovative element and this stage has been deliberately designed with the objective of pursuing "the educational, cultural and professional growth of young people by means of knowledge, practice and action" (Article 2, letter *g* of the delegated law).

Law no. 53/2003 provided for eight high schools while the new measures allow for six: the High School for the Arts with specialisations in Representational Arts, Architecture and the Environment, Audio Visual and Multi Media Design and Graphics and Stage Design. The High School for the Classics; the High School for Languages; the High School for Music and Dance, the High School for Science and applied science options; the High School for Social Sciences and the socio-economic option[26]. The same Law no. 53 - and it could not have been otherwise given the exclusive legal competence on the subject of the regions - had very little to say on the schools of the "vocational education and training system" which emerged, however, as insufficiently clearly defined in their essential character.

Lastly, a (new) general reorganisation of the education system of the secondary education system took place involving 'redesigning' the *high school system* and, above all, renewing the technical and vocational schools.

All high school courses last five years and are divided into two year periods and a fifth year at the end of which students take the State examination which is required for continued studies in any University faculty. The purpose of the fifth year is also improved links between school and upper education and preparation for starting work.

[26] The reorganisation of the high school system overcomes the huge fragmentation of the ordinary and experimental specialisations (more than 500). The new features include studying one foreign language for five years in all high schools and a second foreign language in the socio-economic option of the High School for Social Sciences and three foreign languages in the High School for Languages.

Copyleft – Ius Publicum

For the first time in Italy, on the 1st of September 2010, an overall and simultaneous reform was set in motion of the second cycle of education and training which will change the face of upper secondary school education. The latter has been completely reorganised to provide a clearer basis for family choice (6 high schools; technical schools subdivided into 2 sectors with 11 specialisations; vocational schools subdivided into 2 sectors and 6 specialisations).

As far as the vocational schools are concerned, in the *economic sector*, we have the following specialisations: Administration, Finance and Marketing; for the *technological sector*: Mechanics, Mechatronics and Energy; Transportation and Logistics; Electronics and Electrical Engineering; Computer Science and Telecommunications; Graphics and Communication; Chemistry; Materials and Biotechnology; Fashion; Agriculture; Agribusiness and Agro-industry; Construction, Environment and Territory[27].

The new vocational institutes, on the other hand, have been divided into two sectors and six services. For the *service sector*, the specialisations are: Services for Agriculture and Rural Development; Health and Social Services; Services for Wine and Food and Hospitality; Business Services, and for the *industry and artisan sector*: Industrial and Artisan Production and Technical Maintenance and Support[28].

This new framework is certainly to be located within the context of European co-operation for the establishment of a shared system of vocational education and training and the commitments undertaken by the Country following the Council of Lisbon in 2000 and the re-launching of this type of training aims not only at personal development but also at

[27] See Presidential Decree 88/2010.

[28] On this subject, see Presidential Decree 87/2010 and Ministerial Decree no. 4 18 January 2011, *Linee Guida per realizzare organici raccordi tra i percorsi degli Istituti Professionali e i percorsi di Istruzione e Formazione Professionale*.

Copyleft – Ius Publicum

economic, social, scientific and technological progress which requires "working minds" with specific specialisations[29].

The general framework of secondary school education has been completely reviewed with the additional objective of providing suitable preparation for upper education, both University and otherwise, and for the world of work.

It should also be noted that Article 1 of Law no. 53/2003 already provided that, in exercising direct authority over the definition of general norms on education and essential performance standards for education and training, the government must work "in accordance with the principle of school autonomy and the principles set out in the Constitution" [30]. Respect for this necessarily implies that the general norms must limit themselves to defining the general *minimum objectives* and the school system's assessment *standards* without interfering with the recognised autonomy of the schools in matters of teaching and pedagogy.

The first important stages in the implementation of Delegated Law no. 53/2003 have been implemented with legislative decree no. 59 of 19 February 2004 which redefined the main *guidelines for the reorganisation of education cycles*[31]. In 2005 further fundamental stages towards the completion of the reform of school cycles were then defined by means of the approval of legislative decree no. 76 of 15 April 2005 on the subject of *rights and duties in education and training and on the matter of vocational*

[29] In these terms M. FALANGA, *La scuola pubblica in Italia*, Brescia, 2011, 343.

[30] In this sense, it represents a lesser safeguard of school autonomy as compared to draft Law no. 1306/2002 in which it was anticipated that, in exercising its direct authority over the general norms on education and minimum performance standards on education and training, the Government should respect "the newly acquired autonomy of the schools on a constitutional level".

[31] See Legislative Decree no. 59 19 February 2004, *Definizione delle norme generali relative alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo dell'istruzione, a norma dell'art. 1 della legge 28 marzo 2003, n. 53*.

Copyleft – Ius Publicum

courses with legislative decree no. 77 15 April 2005[32] which was followed up by the approval of legislative decree no. 226 of 17 October 2005 – *Norme generali ed i livelli essenziali delle prestazioni sul secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione ai sensi della legge 28 marzo 2003, no.53* and by legislative decree no. 227 of 17 October 2005 on the subject of teacher training for access to teaching[33].

The decrees approved subsequently (particularly between 2008 and 2010) are a fundamental (and definitive?) completion of the powers set out by Law no. 53/2003 aimed at a comprehensive reformulation of our school system[34].

[32] See Legislative Decree no. 76 15 April 2005 – *Definizione delle norme generali sul diritto-dovere all'istruzione e alla formazione, a norma dell'art. 2, comma 1, lett. c), della legge 28 marzo 2003, n. 53. Legislative decree no. 77 15 April 2005 – Definizione delle norme generali relative all'alternanza scuola-lavoro, a norma dell'art. 4 della legge 28 marzo 2003, n. 53*. On this issue see A. POGGI, *I decreti attuativi della riforma della scuola, Commento a d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76 e d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 922-928.

[33] See Legislative Decree no. 226 17 October 2005 – *Norme generali ed i livelli essenziali delle prestazioni sul secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53 e dal d.P.R. 17 ottobre 2005, n. 227 – Definizione delle norme generali in materia di formazione degli insegnanti al fine dell'accesso all'insegnamento, ai sensi dell'art. n. 5 della legge 28 marzo 2003, n. 53*. On this issue also see, M. COCCONI, *Diventare insegnanti: le nuove regole (Commento a d.m. Pubblica istruzione 10 settembre 2010, n. 249)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 237–243.

[34] The general legal framework has remained substantially unaltered and was further implemented by means of Law no. 133/2008 which provided for the adoption of regulations and the delegation of legislative power in Article 64, subsections 3 and 4, in order to amend the legal framework on the school cycles. The Legislative Decree no. 89 of 15 March 2010 cited above was thus (partly) adopted containing: *Revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico dei licei, ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*; Legislative Decree no. 87 15 March 2010, containing *norme concernenti il riordino degli istituti professionali, ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*; Presidential Decree no. 88 15 March 2010, containing *norme concernenti il riordino degli istituti tecnici ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*. See also Legislative Decree no. 122. 22 June 2009, *Regolamento recante coordinamento delle norme vigenti per la valutazione degli alunni e ulteriori modalità*

Copyleft – Ius Publicum

Specifically, these acts only apparently follow the framework of the definition of general norms, fundamental principles and minimum standards. Reading between the lines they are, in fact, essentially an empty container which refer to later, normally regulatory acts. Moreover, they (often) do not provide for funding or, worse, add an additional empty vessel: Art. 1, subsection 2 of Legislative Decree no. 59/2004, for example, sets out that "the generalised nature of educational opportunity and the chance to attend infant school is guaranteed" and then adds that Legislative Decree no. 53/2003 provides for this in Article 7, subsection 8. These decrees, however, can only be adopted "after legal provisions come into force which set aside the necessary funds"[35].

These implementing decrees, moreover, impact strongly on the implementation of the principle (now constitutional) of school autonomy in that they deal with the national guidelines on the organisational profiles of school activity (think of school personnel, the assessment of learning)[36].

These ultimately propose, in an extremely ambitious way, to lay down the guidelines for the activation of one of the powerhouses of the whole reform, the integration,

applicative in materia, ai sensi degli articoli 2 e 3 del decreto-legge 1° settembre 2008, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2008, n. 169; Legislative Decree no. 81 20 March 2009, *Norme per la riorganizzazione della rete scolastica e il razionale ed efficace utilizzo delle risorse umane della scuola, ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*; Legislative Decree no. 89 20 March 2009, *Revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*; Law no. 169, 30 October 2008, n. 169, Converted into law with amendments by legislative decree no. 137 1 September 2008 containing *disposizioni urgenti in materia di istruzione e università*.

[35] On this issue, see A. POGGI, *La legislazione regionale sull'istruzione dopo la revisione del Titolo V*, in *Reg.*, 2005, 934.

[36] See R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazioni e pluralismi*, Torino, 2011, 87.

Copyleft – Ius Publicum

that is, of professional education and training. The unresolved issues which still remain in this implementing legislation, above all on the problem of funding and the responsibilities of the region, place a heavy burden not only on the efficacy of these decrees but, probably, on the overall success of the whole reform[37].

With regard to the study guidelines, the *National Guidelines* for the high schools which identify the *specific learning objectives* with reference both to student *profiles* and to the activities and teaching contained in the *study plans* (Ministerial Decree no. 211/2010) have been approved[38]; for the Technical Schools, the *Guidelines* approved for the first two year period with *Ministerial Decree* no. 57/2010 and for the second two year period and the 5th year by *Ministerial Decree* no. 4/2012 in force from the 2012/13 school year; for the Vocational Schools the *Guidelines* including *learning results* for the first two year period (*Ministerial Decree* no. 65/2010) and for the second two year period and the final year (*Ministerial Decree* no. 5/2012 in force from the 2012/13 school year).

4. CONCLUDING REMARKS

In the current socio-economic context Universities and the world of education in

[37] As argued by A. POGGI, *I decreti attuativi della riforma della scuola, Commento a d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76, d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77*, cit., 922. It also highlights - with reference to legislative decree no. 77/2005 and observing the way in which a number of difficult issues relating to 'interference' by the state legislator in matters which are the competence of regional laws have remained open - the fact that this decree did not meet with agreement in the Joint Conference of 14 October 2004 despite the fact that such agreement is mandatory according to Article 4, subsection 1 of Law no. 53/2003.

[38] Ministerial Decree 07 October 2010, *Indicazioni nazionali riguardanti gli obiettivi specifici di apprendimento concernenti le attività e gli insegnamenti compresi nei piani degli studi previsti per i percorsi liceali di cui all'articolo 10, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 89, in relazione all'articolo 2, commi 1 e 3, del medesimo regolamento*.

Copyleft – Ius Publicum

general, can (and must) represent a fundamental factor in development and the end of economic crisis. To this end, the need has emerged for an organisational and management - but also cultural - model re-think which is capable of supporting the whole University system within the funding restrictions imposed by the current economic and financial situation and the limits on the state budget which are a feature of our times, identifying, for example, new forms of funding which are "local" rather than "central" and, at the same time, enhancing the role of the Universities in civil society.

It is argued that Universities and the world of education will perform a crucial role in the "knowledge society". Their role, however, has changed a great deal and they are today called on to perform a range of tasks which are much more far reaching than in the past. As far as the Universities are concerned, alongside their traditional research and teaching functions, originating from Humboldt, a 'third function' has been added of 'service to the community' involving opening up to the local area, providing services within it and becoming a driving force for development regionally[39]. This 'third function' is an enlargement of the two principal activities of producing and transmitting knowledge not as an end in itself but at the service of productive activities.

The latest reform of the Italian University system fits into this 'cultural' context and involves moving it closer to a market model without, however, producing a fully 'entrepreneurial' University governance model. Significant elements of academic representation have persisted which have been justified by the identification of a University mission which is not based on 'market demand' but rather oriented towards encouraging freedom of research and training in a context of "learning and critical elaboration of knowledge" with a view to Italian cultural, civil and economic progress (Article 1, subsection 1.1, no. 240/2010) as well as of certain elements of 'state control' implemented by means of the establishment in advance of many elements in the Statutes including by

[39] On this issue, see the considerations of C. BARBATI, *Territori e università: l'incontro di due autonomie*, in *Ist. fed.*, 2012, 20 ss.

Copyleft – Ius Publicum

means of defining general guidelines on planning and thus on strategic choice.

As far as the school education sector is concerned, the current general situation will soon be affected by further, radical changes. Any (further) reform of the national education system will definitely involve the schools with the consequent need for a (further) adjustment of ordinary legislation and the organisational and management framework.

5. BIBLIOGRAFY

AA.VV., *La riforma dell'università (commento alla l. 30 dicembre 2010 n. 240)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

AA.VV., *Istruzione e formazione dopo la modifica del Titolo V della Costituzione*, Roma, 2004.

A. BANFI, *Prima che la nave affondi: un rapido bilancio della riforma dell'Università e qualche possibile intervento normativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013.

C. BARBATI, *La valutazione del sistema universitario (commento al d.lgs. 27 gennaio 2012 n. 19*), in *Giorn. dir. amm.*, 2012.

C. BARBATI, *Territori e università: l'incontro di due autonomie*, in *Ist. fed.*, 2012.

L. BARBERIO CORSETTI, *La riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Nuova sec.*, 2001.

F. BATTINI, *L'attuazione della riforma dei cicli scolastici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001.

S. BATTINI, *La nuova* governance *delle università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011.

L. BERLINGUER, *Presentazione*, in F. DUBET, *Perché cambiare la scuola*, Firenze,

Copyleft – Ius Publicum

2002.

G. BERTAGNA, *Istruzione e formazione professionale dopo la modifica del Titolo V della Costituzione*, in *Nuova sec.*, 2003.

G. BERTAGNA, *Un unico sistema educativo*, in *Nuova sec.*, 2004.

G. BERTI, G.C. DE MARTIN, *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003.

R. CALVANO, *Problemi costituzionali della riforma dell'università di cui alla l. n. 240 del 2010*, in *Dir. soc.*, 2011.

E. CARLONI, *La riforma dell'università. L'organizzazione della didattica e della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

E. CAVALIERI, *Il d.d.l. sulla riforma universitaria. Osservazioni sul modello di governance proposto*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Luci ed ombre della riforma universitaria (Governance, meritocrazia, baronie)*, Bari, 2010.

M. COCCONI, *Diventare insegnanti: le nuove regole (Commento a d.m. Pubblica istruzione 10 settembre 2010, n. 249)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

N. DANIELE, *Natura del diritto all'istruzione; L'obbligo scolastico; Inadempimento dell'obbligo scolastico; L'attività assistenziale; Le borse di studio; Gli enti pubblici che operano nel settore della pubblica istruzione; Le prestazioni degli enti pubblici; Il problema del decentramento; Istruzione professionale*, in *Comm. di legislazione amm. La pubblica istruzione*, Milano, 2001.

M. DEI, *Un cantiere aperto per la scuola del 2000*, in *La scuola in Italia*, Bologna, 1998.

G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di) *Concorrenza e merito nelle università, prospettive e proposte*, Torino, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

G.C. DE MARTIN, *Autonomia dell'istruzione e riforme istituzionali: note introduttive*, Relazione al Convegno *Autonomia dell'istruzione e autonomia regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Ist. fed.*, 2004.

M. FALANGA, *La scuola pubblica in Italia*, Brescia, 2011.

E. FOLLIERI, *La riforma dell'Università tra legge e statuti, analisi interdisciplinare della L. n. 240/2010*, M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), Milano, 2011.

C. FRANCHINI, *Il nuovo sistema di reclutamento dei professori universitari e l'apologo di Schopenhauer*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

G. GRASSO, *Governance ed autonomia del sistema universitario: problemi e prospettive*, in A. ARCARI, G. GRASSO (a cura di), *Ripensare l'università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, Milano, 2011.

G. LOY, *Istruzione professionale* (*ad vocem*), in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994.

E.M. MARENGHI, *L'organizzazione delle università tra riforma e controriforma*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012.

A. MARRA, *Il direttore generale e i dirigenti nella nuova* governance *delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012.

F. MARSILIO, E. MIDENA, in *Giorn. dir. amm*., 2004.

C. MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in C. MARZUOLI, *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003.

G. MELONI, *Il diritto-dovere all'istruzione e alla formazione*, in *Quad. cost.*, 2003.

F. MERLONI, *La riforma dell'università. La nuova* governance, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

Copyleft – Ius Publicum

R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica*, Milano, 2004.

R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazioni e pluralismi*, Torino, 2011.

A. POGGI, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle Istituzioni scolastiche*, in *Reg.*, 2002.

A. POGGI, *La legislazione regionale sull'istruzione dopo la revisione del Titolo V*, in *Reg.*, 2005.

A. POGGI, *I decreti attuativi della riforma della scuola, Commento a d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76, d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005.

A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003.

L. TORCHIA, *Il riordino dell'amministrazione centrale: criteri, condizioni e strumenti*, in *Dir. pubbl.*, 1999.

G. VESPERINI, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

POSSIBILE RICOSTRUZIONE DI UN'AMMINISTRAZIONE DI RISCHIO NEI MERCATI FINANZIARI

REPORT ANNUALE – 2013 - ITALIA

(Marzo 2013)

Prof.ssa Michela PASSALACQUA

INDICE

1. LA DISCIPLINA DEL RISCHIO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1.1 Società ed economia del rischio

1.2 Diritto e amministrazione di rischio

2. LA REGOLAMENTAZIONE DEL RISCHIO NEI MERCATI FINANZIARI

2.1 Rischio e mercati finanziari

2.2 Vigilanza prudenziale e regolamentazione di rischio

3. REGOLAZIONE DEL RISCHIO NEL DIRITTO DELLA CRISI

3.1 Il fallimento della regolamentazione prudenziale e la crisi del controllo del rischio

3.2 L'emersione del rischio sistemico (aiuti di stato, politiche monetarie e meccanismi di stabilità)

4. PER UNA RICOSTRUZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE DI RISCHIO NEI MERCATI FINANZIARI

4.1 Prevenzione e poteri inibitori

4.2 Possibile estensione del principio di precauzione ai mercati finanziari

5. AUTORITÀ PUBBLICHE E RETI EUROPEE DI PREVENZIONE E CONTROLLO DEL RISCHIO SISTEMICO

Copyleft – Ius Publicum

5.1 Nuove dinamiche cooperative per il governo del rischio e amministrazione a rete

5.2 Il Comitato europeo per il rischio sistemico

Copyleft – Ius Publicum

1. LA DISCIPLINA DEL RISCHIO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1.1 Società ed economia del rischio

I più recenti studi di sociologia individuano nel rischio, frutto delle decisioni assunte in nome del progresso scientifico, economico e tecnologico, uno degli elementi caratterizzanti la società post-moderna. Per ridurre l'eventualità del prodursi di futuri correlati eventi dannosi, occorre allora procedere ad un calcolo probabilistico dei detti rischi, allo scopo di darne una disciplina nell'ambito della regolamentazione pubblica che, attraverso l'azione preventiva e talvolta precauzionale, consenta di ritrovare una qualche sicurezza. Tuttavia, nell'era attuale, la globalizzazione, che ha riguardato essenzialmente fenomeni negativi (come i disastri ambientali e le crisi finanziarie), ha incrementato i rischi con probabilità di realizzazione difficilmente calcolabile, riducendo notevolmente quella fiducia che si era in grado di generare attraverso il controllo del rischio, adesso capace di diffondersi molto repentinamente su scala mondiale.

D'altro canto, anche la scienza economica si è sempre più interessata al tema del rischio.

L'approccio dominante, c.d. neoclassico, considera però i rischi sempre calcolabili, ritenendo che l'asimmetria informativa, produttrice di incertezza, venga totalmente azzerata dalla piena capacità dei mercati di riflettere, nei prezzi, tutta l'informazione disponibile (si parla infatti di teoria dei mercati efficienti).

A quest'impostazione si è andato a contrapporre un più recente diverso orientamento, che considerando ineliminabile la presenza dell'incertezza, non condivide la *Efficient Market Hypothesis*, in quanto i mercati non sarebbero sempre capaci di rispecchiare nei prezzi anche il "costo" dell'incertezza insita nell'asimmetria informativa. Questo perché gli individui, chiamati ad assumere decisioni in carenza di informazioni perfette, tendono a percepire il rischio in modo distorto, rispetto a come risulterebbe dal

Copyleft – Ius Publicum

normale calcolo probabilistico, affidandosi a soluzioni euristiche, intuitive, che non conducono sempre a decisioni pienamente ottimali.

1.2 Diritto e amministrazione di rischio

Se sociologia ed economia, in epoca recente, hanno iniziato a guardare con sempre maggiore attenzione al tema del rischio, questo ha viceversa subito, anche nel passato, una costante ed attenta opera di analisi da parte dei giuristi.

Esistono certamente istituti e branche del diritto, come il diritto delle obbligazioni e dei contratti, dell'impresa e della concorrenza, nei quali il rischio, individuato come "probabilità di una futura perdita economica", suscettibile di valutazione patrimoniale, entra a far parte delle fattispecie giuridiche.

Fenomeno invece assai diverso è quello riconducibile al c.d. "diritto del rischio", più strettamente riferibile alla società del rischio, laddove il diritto è chiamato a governare i citati rischi da ignoto tecnologico.

Ciò che caratterizza questi rischi, oltre all'incertezza circa il futuro verificarsi dell'evento dannoso, è la capacità che hanno di produrre effetti positivi a vantaggio di chi li assume, con l'eventualità che la decisione di sottrarsi ad essi possa, a sua volta, ingenerare un diverso e magari maggiore rischio, dovuto all'arresto dello sviluppo tecnologico.

Pertanto, posto che l'eventuale beneficio può essere raggiunto solo sottoponendosi ad un rischio, il soggetto pubblico è chiamato ad individuare il livello massimo di tollerabilità del rischio medesimo, di modo che, qualora il rischio di danno superi tale soglia, divenendo inaccettabile per la società, si imporrà, applicando il principio di precauzione, di rinunciare al potenziale beneficio.

Copyleft – Ius Publicum

In particolare, il diritto amministrativo si è sempre più spesso occupato della tutela dai rischi, specie con riferimento agli interessi dei cittadini, consumatori e utenti, che, possono venire raggiunti e lesi da decisioni rischiose.

Il rischio, assume così valenza giuridica, quale parametro "normativo" per la successiva adozione di misure cautelative e di prevenzione, orientate ad evitare che si verifichino futuri danni. Mentre la precauzione assurge a principio generale dell'*agere* amministrativo, e nella sua versione "temperata", consente l'intervento pubblico solo se il rischio sia quantomeno probabile e fondato su accertamenti scientifici oggettivi.

Più in dettaglio, l'amministrazione del rischio si sostanzia, dapprima, in una fase di vera e propria regolazione, per mezzo della quale si formano regole "*risk-oriented*", ed in seguito, nella loro applicazione.

Una volta che si sia compiuta la valutazione "tecnica" del rischio (rimessa a parametri e procedimenti scientifici), compito della regolazione sarà, sia quello di individuare, sulla base delle risultanze di questa, il livello di incertezza, connessa a quel dato rischio, accettabile per l'ordinamento, sia di assicurare lo svolgimento dell'ordinaria attività di gestione del rischio stesso, che potrà avverarsi, a seconda della diversa natura del rischio, nella previsione di divieti o nel rilascio di autorizzazioni allo svolgimento dell'attività, previa verifica del rispetto di determinati standard di rischio sostenibile.

In ultima analisi, la specificità dell'amministrazione di rischio emerge essenzialmente con riferimento alle regole per mezzo delle quali trova compiuta applicazione. Queste, infatti, danno veste giuridica alle risultanza di un precipitato scientifico (*i.e.* l'indice probabilistico), spesso incerto, il quale, non solo consente l'individuazione del rischio stesso, ma determina altresì il progressivo graduarsi delle regole, in funzione del diverso indice di probabilità che l'evento temuto possa compiutamente concretizzarsi.

La regolazione del rischio deve così necessariamente confrontarsi con l'incapacità della scienza di individuare con certezza il rischio e soprattutto il nesso di causalità intercorrente tra il fattore di rischio e il futuro danno potenziale, che appare quindi soltanto

Copyleft – Ius Publicum

probabile. Questa condizione di sostanziale incertezza scientifica impone allora il ricorso, quale norma di chiusura, al citato principio di precauzione, per rinvenire le regole cui assoggettare il rischio. Se, dunque, l'ordinaria attività di prevenzione dei rischi certi si sostanzia nella prescrizione di regole di protezione per la collettività destinataria dei rischi stessi, l'applicazione del principio di precauzione, secondo una visione moderata e ragionevole, mira piuttosto ad impedire un'attività quando vi sia una credibile probabilità, in luogo di una certezza, che essa possa causare, nel futuro, danni irreversibili, consentendo una notevole anticipazione della tutela degli interessi coinvolti. Ed è proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi che la gestione dei rischi sembra riconducibile ad una amministrazione di rischio.

Quando, invece, di fronte ad un'elevata probabilità di danno potenziale, il rischio diventa emergenza, occorre farvi fronte con strumenti eccezionali, predefiniti e limitati sotto il profilo temporale, allo scopo di scongiurare il concretizzarsi di una lesione ad interessi tutelati dall'ordinamento.

In ultimo, si è andata a delineare una nuova frontiera nell'utilizzo di poteri emergenziali, finalizzati alla gestione straordinaria di un rischio significativo, rispetto al quale agiscono come strumenti stabili e di ordinaria attivazione. Il fenomeno appare riconducibile proprio all'affermarsi della «società del rischio», in cui l'emergenza non è più un dato eccezionale, ma la conseguenza dell'esistenza di uno stato costante di rischi certi o potenziali.

Un esempio di questa seconda dimensione del potere emergenziale è ben individuabile con riferimento alla legislazione in materia di banche, intermediari finanziari e imprese assicurative. Infatti, se l'attività dell'intermediario si pone in violazione della complessa normativa a tutela del risparmio, il legislatore, può imporne una limitazione, disponendo l'attivazione di una provvisoria gestione pubblica d'emergenza del soggetto vigilato, attraverso il suo commissariamento, da norme recenti esteso ad un novero di intermediari sempre più vasto. Lo scopo è di rimuovere quelle irregolarità in grado di determinare la possibile futura emersione di lesioni gravi per gli interessi pubblici coinvolti.

Copyleft – Ius Publicum

In questo si coglie la funzione di prevenzione insita in questa procedura straordinaria e speciale, funzionale alla pronta amministrazione dei rischi, per ricondurli al di sotto della soglia di accettabilità, senza l'espletamento, però, di poteri derogatori delle regole.

2. LA REGOLAMENTAZIONE DEL RISCHIO NEI MERCATI FINANZIARI

2.1 Rischio e mercati finanziari

La recente crisi economica e finanziaria ha reso ancor più evidente quanto il tema del rischio sia immanente al settore bancario e finanziario.

In particolare, l'attività bancaria non subisce solo i rischi tipici di qualsivoglia attività d'impresa, ma è per sua natura «intrinsecamente» rischiosa, proprio per la sua stretta correlazione con il risparmio, raccolto tra il pubblico.

L'attività creditizia, riservata, in via esclusiva, *ex* art. 10 t.u.l.b., alle banche, si sostanzia infatti nello svolgimento di due distinte operazioni: da un lato, si ha la raccolta di depositi a breve, rappresentati in bilancio come passività, che ciascun risparmiatore, in ogni momento, può chiedere in restituzione; dall'altro lato, attraverso questi stessi fondi, si rende possibile l'erogazione di credito a più lungo termine, che, in bilancio, ingenera attività, le quali non possono essere, però, velocemente liquidate e smobilizzate.

L'intrinseca rischiosità dell'attività bancaria risiede quindi nello strettissimo legame tra raccolta a breve ed erogazione del credito a più lungo termine, laddove i rischi sono correlati ai rapporti obbligatori costituiti.

Tuttavia, la sempre maggior integrazione del mercato finanziario, attenuandone la tradizionale segmentazione, ha consentito alle banche di iniziare a svolgere, con sempre

Copyleft – Ius Publicum

maggior frequenza, anche attività d'intermediazione finanziaria, esponendole inevitabilmente ai rischi di mercato tipici di questa.

Inoltre, l'uso di nuove tecniche d'ingegneria finanziaria, quali la *securitization* e i derivati, comportando una netta scissione tra soggetto titolare e gestore del rischio, da un lato, e titolare del diritto di credito sottostante, dall'altro, ha poi consentito la sempre più massiccia finanziarizzazione dei rischi di credito (derivanti dai contratti di finanziamento), tramutati in rischi di mercato (a seguito della loro incorporazione in titoli); ciò ha generato una sovra-strutturazione e polverizzazione dei rischi tra una pluralità di soggetti, diffondendoli tra il pubblico degli investitori.

Questi nuovi modelli di *business*, oltre ad indurre ad una deresponsabilizzazione delle banche, liberatesi da parte dei rischi assunti, hanno anche reso più complessa l'opera di calcolo e controllo dei rischi, rendendo il mercato meno trasparente, e incrementando notevolmente la portata dei rischi stessi, in grado ora di produrre anche effetti sistemici che possono condurre alla crisi di un intero sistema finanziario.

2.2 Vigilanza prudenziale e regolamentazione di rischio

A fronte dello scenario sopra descritto, diviene necessario che gli ordinamenti giuridici non ignorino questi rischi, rinvenendo nuovi strumenti di gestione e controllo. Ed è proprio con riferimento ai mercati finanziari che si intende valutare la possibilità di adottare nuove regole, ispirate all'amministrazione di rischio e soprattutto al principio di precauzione, che consentano agli operatori di sostenere rischi di credito e di mercato, soltanto qualora giudicati di livello tollerabile, vietandone, negli altri casi, la relativa assunzione. Ancora una volta, momento essenziale sarà quello dell'individuazione del livello di rischio accettabile.

Nello studio monografico, che qui si riassume, vengono allora tracciate le linee guida lungo le quali si è mosso storicamente l'intervento pubblico sui rischi, scaturenti dai mercati bancari e finanziari.

Copyleft – Ius Publicum

L'originaria disciplina, sorta a seguito della grande crisi del '29, si poneva come un regime di eccezione rispetto al diritto comune che riconosceva all'impresa piena libertà nell'allocazione dei rischi. Le decisioni sui rischi da assumere erano, infatti, sottratte alla piena e libera disponibilità delle banche, attraverso un intervento pubblico di tipo dirigistico, sintetizzabile nella nota vigilanza strutturale.

Nel nostro ordinamento poi, questa forma di controllo diretto sugli operatori, era ancor più pregnante perché oltre ad essere esercitata attraverso autorizzazioni amministrative e l'imposizione di vincoli operativi, si affiancava alla proprietà pubblica degli istituti bancari.

Progressivamente però questa normativa speciale è stata ridimensionata. Si è infatti assistito al definitivo abbandono della vigilanza strutturale sugli operatori, divenuta incompatibile con il nuovo statuto dell'impresa bancaria, chiamata a competere con gli altri operatori europei, nell'ambito di un liberalizzato mercato unico dei capitali. Nel nuovo contesto, le decisioni sulla gestione ed allocazione dei rischi, sono state rimesse all'esclusiva e piena autonomia imprenditoriale delle banche.

Nondimeno, per evitare che le banche assumessero rischi eccessivi, guidate da ragioni di profitto, a discapito di rilevanti interessi pubblici, quali, *in primis*, la tutela del risparmio, era comunque necessario garantire una forma di vigilanza e "controllo" pubblico dei rischi.

Così, negli anni '80, si va affermando una nuova tipologia di vigilanza, cosiddetta di tipo prudenziale.

In questo modo, attraverso regole di prudenza che incidono su vari profili dell'attività ed organizzazione degli operatori vigilati, si impone loro il rispetto di coefficienti patrimoniali, con cui poter eventualmente far fronte ai rischi assunti. È il patrimonio dell'intermediario che assurge pertanto ad essenziale presidio dai rischi, garantendo la stabilità dell'intermediario stesso, anche qualora i rischi si concretizzino, generando perdite patrimoniali o momentanee carenze di liquidità.

Copyleft – Ius Publicum

In questo modo, benché l'affermarsi di un mercato finanziario perfettamente libero e concorrenziale abbia imposto che le scelte di gestione ed allocazione dei rischi venissero rimesse alla libera scelta degli intermediari, si afferma pur sempre un'attività di supervisione pubblica *ex ante*, c.d. "*market friendly*", che si limita a disincentivare le banche ad assumere rischi eccessivi, attraverso il ricorso alla leva dell'aggravamento dei requisiti patrimoniali.

Questa diversa impostazione di regolazione dei rischi ha trovato una prima, piena e compiuta affermazione, a livello internazionale, con l'Accordo sul capitale del 1988, anche noto come Accordo di Basilea I, adottato in seno al Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, e successivamente rinegoziato anche a seguito della crisi economico-finanziaria del 2007.

Con questo primo Accordo, lo strumento utilizzato per garantire la costante adeguatezza patrimoniale della banca, rispetto ai rischi assunti, si sostanzia nell'imposizione di un coefficiente di capitalizzazione, detto "di solvibilità", consistente in un ammontare di patrimonio (almeno l'8 per cento delle attività della banca), da destinarsi alla coperture di eventuali carenze di liquidità connesse al rischio di credito. Il coefficiente patrimoniale così individuato veniva poi ponderato, a seconda della natura della controparte (governi, banche, imprese private), per il diverso rischio di credito ad essa riconducibile, secondo parametri differenziali, crescenti e fissi.

Oltre all'eccessiva semplificazione del calcolo della rischiosità, rimessa alla mera previsione di tali parametri e priva di un'attenta disamina dello specifico merito creditizio e delle peculiarità operative e patrimoniali di ciascun operatore, il vero limite dell'Accordo era l'aver preso in considerazione soltanto il rischio di credito, benché la nuova operatività delle banche le esponesse sempre di più anche ai rischi di mercato.

Con la revisione del 1996 si sono pertanto imposti accantonamenti patrimoniali, anche per fronteggiare i citati rischi di mercato, e al contempo si era prevista la possibilità che la misurazione del rischio avvenisse anche con l'uso di modelli interni redatti dalle banche, nel rispetto di tutta una serie di puntuali parametri.

Copyleft – Ius Publicum

Inoltre, benché questo originario modello di vigilanza prudenziale fosse stato pensato per le sole imprese bancarie, in Europa, le direttive di recepimento dell'Accordo ne hanno consentito una parziale estensione anche agli intermediari finanziari non bancari.

La vigilanza prudenziale così delineata ha poi subito una prima complessiva revisione con un nuovo Accordo (c.d. Basilea II), adottato nel 2004, il quale, ne ha interamente ridisegnato i contorni. Da segnalare, la revisione della disciplina dei coefficienti patrimoniali. Viene infatti superata l'originaria impostazione che li voleva rigidi e predeterminati, se ne considera ora non solo la dimensione strettamente quantitativa, ma anche quella qualitativa, rapportandoli alla specifica qualità delle varie componenti dell'attivo della banca, anche in relazione ai diversi rischi assunti.

La valutazione del rischio di solvibilità della clientela, viene rimessa, in via generale, *ab externo* alle agenzie di *rating*, ovvero, in taluni casi, all'organizzazione interna della banca, attraverso l'applicazione di modelli valutativi adottati dall'operatore, previa autorizzazione dell'autorità di vigilanza.

Il 16 dicembre 2010 è stato poi stipulato un nuovo Accordo sul Capitale (meglio noto come Basilea III).

Questo, pur comportando un rafforzamento delle regole prudenziali, allo scopo di colmarne le ormai evidenti carenze, non abbandona l'originaria impostazione che mira ad assicurare la stabilità del sistema bancario, imponendo ai singoli operatori il rispetto di indici patrimoniali predefiniti, con cui far fronte ai rischi assunti. Certamente si impone un miglioramento qualitativo e quantitativo degli strumenti finanziari da computare nel calcolo del patrimonio di vigilanza, ma, nella sostanza, rimane ancora fortemente radicata la convinzione che l'adeguatezza del capitale continui ad essere la miglior forma di disincentivo all'assunzione di rischi eccessivi.

Sicché, dette regole prudenziali, ispirandosi all'efficienza economica, tentano di contrastare e prevenire i fallimenti di mercato, ma la valutazione, decisione e gestione dei rischi resta rimessa alla piena libertà e disponibilità degli operatori.

Copyleft – Ius Publicum

In questo momento di svolta, sembra invece affermarsi l'esigenza di «rivedere» la supervisione pubblica, orientata al c.d. tocco leggero (*light touch*), mettendo inevitabilmente, ancorché implicitamente, in discussione un intervento pubblico di *supervision*, che, alla resa dei conti, si esaurisce in un «visto» sulle scelte compiute da altri.

L'idea è di consentirne l'avvicendamento con una supervisione intensiva (*intensive supervision*), di cui, a nostro parere, vi è già un primo riscontro nell'ampiamento dei poteri pubblici inibitori riconosciuti in capo alle Autorità di vigilanza, di cui si dirà nel §§ 4.1. e 5.2.

Occorre allora valutare se sia possibile "ripensare" l'intervento pubblico in materia, applicando anche ai mercati finanziari una forma di amministrazione di rischio, culminante, specie nei casi di eventi dannosi particolarmente infausti o addirittura catastrofici, nel ricorso al principio di precauzione.

Se l'attività di "diagnosi precoce", tipica delle regole prudenziali, finisce col coincidere con l'attività di prevenzione dei rischi certi e dei danni temuti, la regolazione di rischio consentirebbe invece l'uso di strumenti precauzionali con cui anticipare l'intervento pubblico, di tutela e gestione dei rischi, divenuti sempre più incerti, ad una fase in cui ancora non vi sia certezza che le condotte tenute siano foriere di futuri eventi dannosi, benché sia probabilisticamente sostenibile, sulla scorta di dati tecnico-scientifici, che ciò possa verificarsi.

3. REGOLAZIONE DEL RISCHIO NEL DIRITTO DELLA CRISI

3.1 Il fallimento della regolamentazione prudenziale e la crisi del controllo del rischio

La crisi economica e finanziaria ha reso evidenti le molteplici carenze della regolamentazione prudenziale, la quale, potendo intervenire solo attraverso un controllo esterno sulla gestione dei rischi, non è riuscita a contenerli. Le sempre più complesse

Copyleft – Ius Publicum

operazioni di ingegneria finanziaria hanno infatti consentito agli operatori di aggirare le regole prudenziali, esponendosi a rischi poi esternalizzati ed avulsi da ogni controllo pubblico; inoltre, regole e regolatori ignoravano il profilo sistemico dei rischi assunti.

Notevoli dubbi sono stati sollevati anche con riferimento alle procedure che conducono all'approvazione degli Accordi di Basilea, nelle quali, l'aver garantito, di fatto, strumenti di partecipazione attiva, a vantaggio dei soli soggetti regolati, ha consentito loro di avviare azioni di *regulatory capture*, attraverso le quali hanno potuto incidere sull'oggetto stesso delle regole prudenziali, plasmandole alle loro esigenze. Il Comitato giunge infatti alla configurazione degli standard di prudenza a seguito di una serrata negoziazione con i destinatari. Gli standard non maturano quindi a seguito di specifiche istruttorie tecnico-scientifiche, poste in essere da soggetti indipendenti, ma recepiscono piuttosto le istanze avanzate dagli operatori coinvolti.

Tutto ciò conduce a ritenere che, nella sostanza, gli standard elaborati, all'esito di tali contrattazioni tra regolatori e regolati, siano assimilabili ad ipotesi di autodisciplina privata.

A tacere poi del fatto che, restano pressoché esclusi dalla consultazione, sia gli esponenti della comunità scientifica, sia i risparmiatori: i primi privi di incentivi, i secondi carenti delle risorse necessarie. Siamo, quindi, in presenza di una discutibile «rivisitazione», in chiave globale – ma, al contempo, assai parziale –, dell'istituto del *notice and comment* statunitense, per cui il procedimento si apre unicamente agli interessi degli operatori economici destinatari delle regole. In definitiva, gli standard di Basilea sembrano coincidere con dei livelli minimi di sicurezza al contenimento dei rischi, basati su presupposti contabili e, soprattutto, «concordati» tra regolatori e regolati, attraverso le massicce consultazioni cui, di fatto, solo gli intermediari sono ammessi.

Il risultato è la creazione di un'articolazione di norme che, apparentemente, danno soddisfazione ai regolatori perché sembrano «imbrigliare» i sottoposti al canone della prudenza, ma che, comunque, possono risultare di difficile applicazione o di facile elusione.

Copyleft – Ius Publicum

Al contempo, le stesse regole ignorano una serie di rischi che non si ha la forza politica di controllare (grandi banche, sistema bancario ombra) o l'acume di rilevare (concentrazioni di crediti).

Tutto questo comporta che la regolamentazione prudenziale dei rischi sia molto distante dalla regolazione di rischio, nota al diritto amministrativo, poiché nella prima viene sostanzialmente ridimensionato ed emarginato il ruolo della pubblica autorità. Si tratta dunque di un fenomeno da tenersi distinto anche dalla c.d. *meta-regulation*, in cui ci si limita ad esternalizzare ai privati le fasi di gestione applicativa e controllo dei rischi, rimanendo però la valutazione di rischio e connessa scelta del livello di rischio accettabile ben salda alla mano pubblica.

Ed invero nell'amministrazione di rischio, qualora ci si avvalga di standard, questi vengono adottati a seguito di un bilanciamento tra interessi contrapposti e mirano ad individuare, in ottica precauzionale, la soglia minima di rischio tollerabile, al di sotto della quale si potrà evitare l'accertamento del fatto incerto, perché giuridicamente irrilevante.

Viceversa, gli standard «negoziati» in seno al Comitato di Basilea, non si fondano sulla primaria esigenza di governare l'incerto, a tutela di interessi pubblici, ma sulla necessità di uniformare le regole della finanza globale. A questo scopo, il livello di rischio così individuato, è allora ritenuto accettabile, non perché parametrato alle risultanza di istruttorie tecnico-scientifiche, ma perché condiviso dai destinatari, uniformato alle loro migliori pratiche e perciò compatibile con le ragioni della competitività. Inoltre, il superamento di tale soglia di rischio non è vietata agli operatori, ma solo disincentivata.

Insomma, la regolamentazione prudenziale viene elaborata in mancanza di un confronto costante ed aperto con la scienza, tipico della regolazione del rischi; la partecipazione ai procedimenti globali, preposti alla formazione delle regole, è pericolosamente unidirezionale; non sembra che il regolatore riesca a raggiungere un profilo di terzietà rispetto alle informazioni acquisite, all'insegna della tutela dei beni collettivi coinvolti; non è chiaro in base a quale scala di valori sia stabilito il livello di rischio tollerabile.

Copyleft – Ius Publicum

Viene, allora, da chiedersi se le modalità di redazione degli standard ed i loro contenuti assicurino la tutela del risparmio, valore costituzionalmente protetto, quanto meno nel nostro ordinamento nazionale.

A conferma di quanto appena esposto, non si deve dimenticare che molti esperti, matematici e soprattutto economisti, sono critici in merito alla regolamentazione dei mercati basata su dette regole prudenziali, perché giudicate, per taluni aspetti, onerose per gli operatori e assolutamente inidonee a perseguire gli obiettivi prefissati.

Intanto, la nota legge di *Goodhart* manda in crisi l'intervento pubblico fondato su disposizioni meramente incentivanti, indicando l'evidenza empirica per cui, ogniqualvolta il regolatore si avvalga di indicatori e parametri statistici per sintetizzare un fenomeno complesso, questi perdono di valore, se vengono assunti come obiettivo da raggiungere per i regolati, a causa degli inevitabili comportamenti opportunistici che ne scaturiscono per entrambe le parti.

Molte sono poi le censure mosse ai modelli di valutazione dei rischi di mercato, adottati dagli operatori finanziari, in forza degli stessi Accordi di Basilea (c.d. VaR). Si tratterebbe infatti di schemi che sottostimano la probabilità di subire perdite e soprattutto l'ammontare delle perdite effettive, le quali, qualora il mercato subisca un crollo, possono essere molto più grandi di quelle teorizzate (c.d. *overhang*). Le perdite effettive possono essere catastrofiche.

Si osserva, inoltre, che i difetti dei modelli, conducenti ad una sottostima dei rischi, si sono riscontrati in ciascuna delle crisi internazionali verificatesi nell'ultimo quindicennio, cioè da quando Basilea ha recepito e standardizzato questo opinabile metodo di calcolo del rischio, guarda caso, nato nelle stanze di una nota banca commerciale americana.

In ogni caso, si deve ricordare che le visioni della scienza su queste problematiche sono molto diversificate e, spesso, opposte: di certo vi è l'incertezza della scienza.

Copyleft – Ius Publicum

Ma allora, come si può dubitare che l'ossatura giuridica delle regole da porre ai mercati muova da accertamenti tecnico-scientifici, svolti secondo i crismi dell'istruttoria amministrativa? Pensiamo, insomma, a percorsi analoghi a quelli sviluppatisi nell'ambito del c.d. diritto del rischio.

Le criticità illustrate hanno contribuito ad erodere l'efficacia della regolamentazione prudenziale.

Ciò non sembra affatto essere indice di un generale fallimento dell'intervento pubblico sul mercato, quanto di un fallimento della regolamentazione, cioè di questa specifica tipologia d'intervento pubblico *market friendly*. Infatti, simile regolamentazione dovrebbe avere, tra i suoi paradigmi, l'efficienza economica. Ma se i fatti dimostrano che tale efficienza non è stata perseguita, se ne dovrebbe dedurre il fallimento delle regole ispirate al mercato.

Si deve allora ammettere di trovarsi di fronte ad un fallimento delle regole, dipendente, però, dal loro essere – si passi il termine – «poco pubbliche», o forse meglio, malate di un'ormai insano ibridismo tra pubblico e privato, tra stato e mercato.

Alla soluzione dei problemi che la crisi ha evidenziato non si perverrebbe allora, né aumentando le regole prudenziali, né tantomeno eliminandole *tout court*, rimettendo il controllo dei rischi alla piena disponibilità degli operatori – come pure qualcuno ha paventato –, ma neppure limitandosi a cambiare i contenuti delle medesime regole, incidendo su coefficienti o presupposti contabili; si dovrebbe, infatti, cominciare a considerare l'idea di approntare strumenti pubblici di controllo dei rischi, diversi dalla regolamentazione prudenziale.

L'alternativa dovrebbe partire da un'analisi scientifica e tecnica dei rischi, di stampo indipendente, affatto legata agli interessi economici delle banche, maggiormente protesa alla tutela del risparmio, e che, soprattutto, prenda atto della scarsa tenuta della teoria dei mercati efficienti. I risultati dovrebbero poi venire utilizzati non per delineare una fitta rete di regole che pretendano di disciplinare quei rischi in sostituzione al libero comportamento degli operatori, e dunque in sostituzione del mercato, ma per giungere ad

Copyleft – Ius Publicum

elaborare pochi e semplici divieti e qualche intervento pubblico in chiave precauzionale, volto a reprimere o, comunque, a disciplinare quei comportamenti, indicatori di un rischio non tollerabile dall'ordinamento, perché minaccioso, al di sopra di una soglia accettabile, per gli interessi pubblici coinvolti.

Tuttavia, a livello internazionale, con l'Accordo di Basilea III del 2010 si è preferito continuare a prevedere sempre più stringenti parametri patrimoniali e di ponderazione dei rischi, rimanendo nel solco della regolamentazione prudenziale, pur rivelatasi inefficace, se non addirittura fondata su presupposti scientificamente inattendibili.

3.2 L'emersione del rischio sistemico (aiuti di stato, politiche monetarie e meccanismi di stabilità)

È sistemico, quel rischio macroeconomico che, in forza della stretta interconnessione tra intermediari e mercati, è in grado, sprigionando un forte effetto contagio, di compromettere significativamente il regolare funzionamento, l'integrità e la stabilità dell'intero sistema finanziario o di parte rilevante di esso, con successiva ripercussione al sistema economico.

Nell'ultima crisi, rischi sistemici sono stati in gran parte originati da quelle nuove tecniche finanziarie e contabili, attuate dagli operatori per rispettare le regole prudenziali, diminuendo i rischi assunti dalla singola impresa.

Per affrontare e ridurre questi specifici profili di rischio, sembrano doversi ammettere interventi pubblici *ex ante*, dotati di valenza preventiva, perché gli interventi *ex post*, a crisi conclamata, oltre alla ridotta efficacia, sono assai dispendiosi per le finanze pubbliche, sostanziandosi, in genere, nel salvataggio degli intermediari, tramite l'erogazione di ausili pubblici, cui spesso si affiancano notevoli deroghe alle regole di concorrenza.

Copyleft – Ius Publicum

Ciò è complicato dal fatto che il rischio sistemico si manifesta quando si è ormai già verificato un intenso effetto di propagazione nel mercato. Appare allora necessario che l'intervento pubblico sia anticipato alla fase antecedente al presentarsi di pericoli di danno, ovvero di minaccia grave, allo scopo di attuare quegli interventi più apertamente precauzionali, che altrimenti, non sarebbero più attivabili.

Anche in Europa, come nel Nord America, la necessità di fermare la propagazione del rischio sistemico ha imposto la predisposizione di specifiche misure volte a "sostenere" gli operatori; successivamente l'Unione ha provveduto all'istituzione di nuove Autorità deputate al controllo di tale rischio.

L'aver predisposto un'ingente mole di sussidi pubblici per il mercato finanziario, ha però incrementato notevolmente il debito pubblico degli Stati, facendo sì che gli effetti della crisi si riverberassero anche su di essi.

Proprio con riferimento a questo secondo versante della crisi, che riguarda essenzialmente la stabilità finanziaria degli Stati, sono emerse tutte le debolezze dell'attuale modello europeo, dove permane una netta scissione tra politiche monetarie, attuate a livello centrale, e gestione del debito pubblico rimesso invece ai singoli Stati membri. Si sono inoltre manifestate numerose lacune in merito ai poteri di intervento della Banca centrale.

Quando la crisi di liquidità si è estesa agli Stati sovrani, la Bce ha adottato, fin da principio, misure di politica monetaria (che, in quanto tali, esulano dalla disciplina degli aiuti di stato), attraverso le quali ha avviato interventi di acquisto di titoli del debito pubblico ed operazioni di rifinanziamento di lungo termine a favore delle banche.

Come per il sostegno finanziario alle banche, anche in questo caso, l'intervento europeo si è mosso, nell'immediato, lungo il percorso dell'amministrazione dell'emergenza.

Tuttavia, benché tali acquisti siano formalmente rispettosi del divieto di finanziamento monetario, sancito dall'art. 123 TFUE (divieto di acquisto diretto, presso gli Stati, di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali

Copyleft – Ius Publicum

nazionali), sono comunque riconducibili alla prestazione di credito di ultima istanza agli Stati; ruolo che però i Trattati non attribuiscano alla Bce.

È sembrato pertanto emergere un aperto contrasto tra la condotta della Bce e l'art. 125 TFUE, il quale stabilisce che l'Unione non risponde, né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali (c.d. *no bail out clause*).

Anche a causa delle illustrate carenze normative, la Bce, ritenendo impraticabile un'operazione massiccia di acquisto dei titoli di stato dei paesi a *rating* più basso, è stata costretta a trovare un palliativo, politicamente più sostenibile, per contenere il temuto nuovo rischio di collasso del sistema bancario europeo, troppo esposto, questa volta, verso gli Stati giudicati inaffidabili dai mercati.

Lo scopo è stato raggiunto grazie ad un altro strumento di politica monetaria non convenzionale, rappresentato da una peculiare tipologia di rifinanziamento delle banche da parte della Bce, la cui particolarità è consistita, fra l'altro, nel riconoscere alle banche beneficiarie anche la possibilità di offrire, a garanzia collaterale, titoli normalmente non accettati perché troppo rischiosi, quali appunto taluni titoli del debito pubblico. Inoltre la Banca centrale ha deciso di acquisire, a garanzia di dette operazioni di rifinanziamento, anche obbligazioni bancarie, che risultavano essere, in gran parte, garantite dallo Stato.

Sebbene il credito macro dispensato dalla Banca europea, nei termini illustrati, sia formalmente riconducibile ad un'operazione di politica monetaria di sua competenza, la concreta disciplina del finanziamento finisce per renderne controversa la legittimità. Alla resa dei conti, la Banca centrale europea viene infatti a detenere garanzie pubbliche e titoli di debito dello Stato membro interessato, acquisiti, è vero, a titolo di garanzia, ma comunque potenziali crediti verso il settore pubblico, nel secondo caso, a condizioni che il mercato non avrebbe concesso. Ciò si pone al limite del divieto, sulla stessa incombente, di dispensare qualsiasi forma di facilitazione creditizia agli Stati membri (*ex* art. 123, par 1, TFUE), dove, per tale, va ritenuta anche "qualsiasi transazione con il settore pubblico che comporta o *può comportare* un credito verso di esso". L'unico modo per uscire dall'*impasse* sembra riposto nell'interpretazione che, valorizzando la lettera della

Copyleft – Ius Publicum

disposizione, consenta di concludere che, nel caso all'esame, la transazione sia avvenuta con il settore privato – le banche appunto – e non con gli Stati garanti.

In ogni caso, per quanto riguarda le obbligazioni bancarie garantite, la Banca centrale europea, con una decisione del luglio 2012, ha limitato il ricorso a tale tipo di intervento.

Per altro verso, acquisendo titoli del debito pubblico, ancorché in garanzia, e assumendo, ancora una volta, nei fatti, il ruolo di garante di ultima istanza, la Bce si espone nuovamente a dubbi di conformità rispetto al divieto di *bail out*.

Sembra quindi necessario tracciare linee di riforma della politica monetaria europea, introducendo una revisione, anche istituzionale, delle regole in materia.

Ad oggi, le soluzioni maggiormente praticabili sembrano essere due: garantire una centralizzazione, affianco della politica monetaria, anche della politica fiscale; ammettere un diretto intervento della Bce quale prenditore di ultima istanza dei titoli del debito pubblico, cui conseguirebbe il configurarsi di una «garanzia implicita» sul debito pubblico da parte della stessa Bce.

Tuttavia nessuna di queste soluzioni sembra al momento esser stata presa in considerazione.

L'illustrata crisi dei debiti sovrani ha quindi rischiato di compromettere l'esistenza stessa della moneta unica.

Questo ha spinto gli Stati membri ad adottare meccanismi emergenziali, ispirati alla mutualità e finalizzati a ripartire l'eventuale danno individuale, in modo da poterlo meglio sopportare.

Con regolamento (UE) dell'11 maggio 2010, n. 407/2010 è stato, istituito il c.d. fondo europeo salva Stati (*European Financial Stabilisation Mechanism - EFSM*), cui ha fatto seguito la costituzione di una società veicolo l'*European Financial Stability Facility* (*EFSF*), la quale, mediante l'emissione di obbligazioni garantite dagli Stati, avrebbe

Copyleft – Ius Publicum

provveduto alla raccolta di risorse, da impiegare per dare sostegno a paesi europei in difficoltà.

Con l'aggravarsi della crisi, questo primo fondo è stato poi sostituito dalla costituzione di una compiuta istituzione finanziaria internazionale, l'*European Stability Mechanism*, la quale potrà anche acquistare titoli del debito pubblico degli Stati membri, sia nel mercato primario che in quello secondario.

Guardando a questo complessivo strumento di mutua assicurazione, occorre allora chiedersi se risponda, o meno, ad un implicito recepimento del principio di precauzione.

Sicuramente con esso gli Stati aderenti si impegnano a predisporre risorse con cui garantirsi la copertura di un rischio esterno, dipendente dal verificarsi di eventi futuri ed incerti, segnatamente consistenti nel rischio di inadempimento di Stati sovrani. Ma la mutualità dei rischi che ne deriva sembra essere finalizzata a garantire una forma di protezione finanziaria (e distribuzione economica del rischio), tipica di ogni modello assicurativo, piuttosto che una concreta attività di prevenzione del danno.

Il Meccanismo europeo di stabilità non risponde quindi ad una funzione precauzionale, quanto piuttosto ad una funzione di protezione economica dal rischio.

La logica precauzionale viene anzi ulteriormente frustrata dalla possibilità accordata al Mes di emettere *bonds* per reperire le risorse necessarie all'adempimento della sua funzione, con conseguente polverizzazione del rischio, derivante dalla temibile finanziarizzazione della stessa copertura assicurativa. C'è quindi da augurarsi che tale meccanismo di mercato incorporato nell'istituzione, non prenda il sopravvento rispetto alle logiche mutualistiche, certamente insite, nel reciproco sostegno di Stati sovrani in corso di federalizzazione.

Copyleft – Ius Publicum

4. PER UNA RICOSTRUZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE DI RISCHIO NEI MERCATI FINANZIARI

4.1 Prevenzione e poteri inibitori

Di norma, i poteri amministrativi inibitori vengono ricondotti alla funzione di controllo; infatti, in genere, essi afferiscono alla verifica circa la conformità di un'attività privata al paradigma normativo, con conseguente adozione delle misure inibitorie in caso di esito negativo del riscontro.

In particolare, le misure inibitorie impongono la cessazione definitiva o l'interdizione temporanea (e provvisoria se cautelare), dello svolgimento di un'attività ritenuta illegittima, perché in contrasto con leggi o regolamenti.

Passando dall'analisi della funzione alla valutazione della natura del provvedimento, l'inibizione pare assimilabile ad una sanzione amministrativa, per la parte in cui va intesa quale conseguenza a carico del privato, derivante dalla violazione di una norma; sebbene, d'altro canto, difetti dell'elemento tipico della sanzione, consistente, invero, nella valenza punitiva del rimedio diretto ad arrecare all'autore della violazione un danno a scopo afflittivo. Al contrario, l'intervento inibitorio sembra, infatti, piuttosto diretto a porre a carico del privato-destinatario, le conseguenze pregiudizievoli, o comunque sfavorevoli, derivanti dall'atto o attività da questi posta in essere *contra legem*, e solo in questi termini è suscettibile di rientrare nella sfera sanzionatoria, divenendo dunque qualificabile, al più, quale sanzione in senso lato.

Al contempo, però, l'esercizio della potestà inibitoria impone non solo una valutazione circa gli esiti di condotte passate, ma anche un'analisi degli orientamenti futuri dell'attività posta in essere dall'operatore sottoposto alla misura, che può tradursi nell'adozione di misure positive contenenti un ordine di astenersi da un non fare, o nel caso di condotte omissive, un obbligo di fare.

Anche nella disciplina speciale dei mercati finanziari, i poteri interdittivi, riconosciuti dalla legge alle Autorità di settore, sono oggi pienamente riconducibili a

Copyleft – Ius Publicum

finalità preventive di tipo inibitorio, e mirano quindi a tutelare gli interessi pubblici sottesi, ripristinando lo *status quo*, antecedente la loro lesione, messa in pericolo, o esposizione a rischio.

A questo scopo, in attuazione della legislazione europea, nel t.u.l.b. e nel Testo unico dell'intermediazione finanziaria, sono, fin dal 2006, previsti alcuni specifici poteri inibitori.

In particolare, in tema di vigilanza regolamentare, gli attuali artt. 53, 67, 108 e 109 del t.u.l.b e l'art. 7 del t.u.i.f. (con riferimento rispettivamente alla singola banca, al gruppo bancario, agli intermediari non bancari dell'art. 106, al gruppo finanziario e agli intermediari abilitati allo svolgimento dei servizi d'investimento), individuano alcuni provvedimenti di natura non regolamentare, per mezzo dei quali la Banca d'Italia può disporre l'interdizione di una parte dell'attività dell'intermediario che ne sia destinatario.

Queste misure possono essere ricondotte ad una prima embrionale forma di amministrazione di rischio nel mercato bancario e finanziario.

Più in dettaglio, i provvedimenti in questione, possono comportare la restrizione delle attività o della struttura territoriale della banca, dell'intermediario o del gruppo; il divieto di effettuare determinate operazioni, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio; ovvero, con riferimento a strumenti finanziari computabili nel patrimonio di vigilanza delle banche, il divieto di pagare interessi (d.lgs. 239/2010).

In questo modo, imponendo all'operatore l'obbligo di astenersi da un fare, si cerca di ridurne l'esposizione ai rischi, per ricondurlo nell'alveo della sana e prudente gestione, e prevenirne futuri scenari di crisi.

Nonostante la lettera della norma non sia chiarissima, i provvedimenti descritti sembrano partecipi di un potere di controllo *ex post*, piuttosto che della potestà regolamentare, pure richiamata negli stessi articoli e preposta ad orientare i comportamenti dei vigilati attraverso l'applicazione di svariate norme prudenziali. Infatti, detti

Copyleft – Ius Publicum

provvedimenti particolari risultano essere l'immediata conseguenza del mancato o *cattivo rispetto* delle suddette regole di prudenza.

Tuttavia, il ricorso a tali interventi pubblici non presuppone sempre la violazione delle regole. Le norme infatti, subordinano, al più, l'esercizio del potere inibitorio, al fatto che «la situazione lo richieda».

Insomma, l'attività oggetto di inibizione non è detto sia di per sé vietata, né è assolutamente necessario che sia in contrasto con una norma giuridica. Sembra, quindi, trovarsi di fronte ad una fattispecie molto diversa rispetto all'espunzione dall'ordinamento di atti o attività contrastanti con il paradigma normativo di cui si diceva in esordio: si verifica, infatti, l'inibizione di attività giudicate «rischiose» per il miglior contenimento dei rischi – non specificati né a priori vietati –, eventualmente a causa di altri e diversi comportamenti tenuti dai vigilati, non perfettamente allineati con i fini della vigilanza. L'inibizione si propone, perciò, di perseguire comportamenti illeciti, piuttosto che illegittimi, ovvero lesivi degli interessi giuridicamente protetti, in contrasto con i principi di contenimento del rischio.

D'altro canto, non deve poi stupire che i provvedimenti inibitori, adottati per la tutela dei mercati finanziari, si prestino ad essere associati ad una più «fluida» elusione delle regole, piuttosto che alla loro «secca» violazione, incrementando per tale via la discrezionalità amministrativa dell'Autorità chiamata a ricorrervi. Invero, detti provvedimenti vanno letti in stretta correlazione con le regole prudenziali, al cui rispetto sono preposti; ma queste, come abbiamo visto, sono sintetizzabili in un complesso «marchingegno» di incentivi e disincentivi – in luogo di ordini e divieti –, finalizzati al contenimento dei rischi. Sembra dunque naturale che anche i controlli, dovendo fronteggiare gli «orientamenti» dei vigilati, scivolino sullo stesso crinale, incentrato sul mero «indirizzo» dei comportamenti, e di converso possano prescindere, per attivarsi, della netta violazione delle regole.

Copyleft – Ius Publicum

Gli effetti sono, quindi, paradossali, perché il controllo esterno dell'autorità, sui rischi assunti, così delineatosi, finisce per risultare assai limitativo di quell'autonomia imprenditoriale che la stessa regolamentazione prudenziale ha eretto a simulacro.

Detti ordini di non fare acquistano infatti la veste di puri rimedi preventivi di future possibili lesioni degli interessi dei risparmiatori e degli investitori.

Sembra allora potersi sostenere che tali provvedimenti paiono sempre più ascrivibili ad una funzione di precauzione avverso rischi potenziali, non ancora avveratisi, connotati da margini di inevitabile incertezza, proprio in applicazione dei modelli della vigilanza regolamentare; essi finiscono quindi per orientare in positivo la condotta degli operatori rispetto all'assunzione dei rischi.

In altri termini, l'inibizione non cela l'inidoneità, temporanea o definitiva, del soggetto a svolgere una certa attività, bensì l'incremento della rischiosità dell'attività al di sopra di una soglia tollerabile.

Sicché, proprio come nell'amministrazione di rischio ispirata al principio di precauzione, si fa derivare da situazioni non pienamente definite, o da valutazioni per natura incomplete, l'inibizione di un'attività giudicata rischiosa.

Del resto, i processualisti, che hanno tentato di coniugare la tutela cautelare con il diritto del rischio, hanno evidenziato tutte le difficoltà derivanti dalla rilevanza giuridica attribuita al rischio incerto, cui si voglia ricondurre un'inibitoria solo precauzionale e non da illecito consumato.

Da segnalare, infine, che il diffondersi dei descritti poteri amministrativi inibitori sembra in grado anche di innescare l'incremento delle possibilità di tutela per i privati dinnanzi all'autorità giudiziaria, in relazione ai casi in cui i primi siano stati lesi dall'attività, o più spesso dalle omissioni dell'Autorità di settore.

A fronte dell'inerzia delle Autorità amministrative che non esercitino i riconosciuti poteri inibitori, i privati risparmiatori, ovvero, a seconda dei casi, gli investitori, o

Copyleft – Ius Publicum

comunque gli acquirenti di un servizio finanziario, a talune condizioni, possono infatti agire avverso simile silenzio.

4.2 Possibile estensione del principio di precauzione ai mercati finanziari

In definitiva, a parere di chi scrive, occorre porre in discussione la *ratio* stessa della regolamentazione prudenziale, rinvenendo strumenti alternativi, maggiormente efficaci, in grado di valorizzare ciò che le regole prudenziali hanno da sempre ignorato, ma che rappresenta invece un elemento tipico dell'attuale mercato bancario e finanziario: l'incertezza.

Ragionando in questi termini, sarebbe possibile individuare regole ispirate al principio di precauzione che contemplino una graduazione della portata dell'intervento pubblico in relazione al diverso livello di incertezza connesso all'attività oggetto di regolamentazione. Se da analisi tecniche, condotte con l'ausilio della scienza statistica, della matematica finanziaria e della fisica quantistica, nell'ambito della regolazione del rischio, da parte delle autorità preposte – che in questi termini tornano ad ingerirsi dei rischi –, emerge la probabilità che certi comportamenti siano potenzialmente «eccessivamente» rischiosi per la tutela del risparmio e la stabilità dell'intermediario e del mercato, si deve consentire alle stesse autorità di dare ai privati disposizioni per la gestione del rischio, anche precauzionali, tramite ricorso ad eventuali divieti temporanei, autorizzazioni, indicazioni di standard, ecc.

In questo modo, la risposta, che la scienza non sa dare, viene ritrovata nel diritto, grazie ad un bilanciamento degli interessi in gioco, espressamente ammesso da una fonte giuridica, nel rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, primo fra tutti il principio di ragionevolezza. La precauzione concorre così a diminuire l'incertezza, consentendone la gestione.

Il punto diviene allora capire se, ed in quali termini, il principio di precauzione si possa estendere ai mercati finanziari.

Copyleft – Ius Publicum

L'approccio preferibile è indagare se tale estensione possa avvenire a livello europeo, superando in questo modo eventuali contrarietà di singoli ordinamenti giuridici nazionali.

Nel diritto europeo, il principio di precauzione è ormai pacificamente considerato un principio generale dell'azione amministrativa. Ma se così fosse, non lo si potrebbe ritenere confinato al diritto ambientale, oltre a considerarlo applicabile anche nei casi in cui la legislazione non lo contempli espressamente.

Ne deriverebbe che esso dovrebbe essere automaticamente vigente nei singoli ordinamenti nazionali (e qui si veda l'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 15/2005), a prescindere dalla materia di applicazione; quindi le amministrazioni competenti in settori a rischio elevato dovrebbero assumerlo a parametro della loro azione.

In definitiva, riteniamo che nulla osti, o meglio, tutto conduca all'estensione del principio di precauzione anche a materie diverse da quelle contemplate dall'art. 191, TFUE. In tal senso potrebbero certamente disporre gli Stati membri e l'Unione medesima, la quale, peraltro, ha già, di fatto, esteso il principio di precauzione a comparti solo indirettamente connessi alla tutela della salute e dell'ambiente (si pensi alla politica dei consumatori), come pure a settori del tutto estranei. A quest'ultimo proposito ricordiamo, ad esempio, la disciplina a tutela degli interessi di bilancio dell'Unione (cfr. decisione 2008/969/CE, sul Sistema di Allarme Rapido, c.d. SAR).

Una seconda questione è invece quella attinente all'interpretazione preferibile da dare allo stesso principio di precauzione, per evitare che una troppo rigida applicazione lo renda a sua volta paralizzante e controproducente.

Tenuto conto che anche in condizioni di ordinarietà i mercati sono sempre, per loro natura, rischiosi, sembra opportuno limitare l'applicazione del principio di precauzione alle sole ipotesi di esiti catastrofici. Ciò presuppone l'esistenza di autorità pubbliche preposte al controllo dei rischi generati dall'innovazione finanziaria, dotate del potere di

Copyleft – Ius Publicum

condurre istruttorie tecniche, coinvolgenti le scienze interessate, di stampo analogo a quelle previste, ad esempio, in Europa, per i prodotti alimentari, farmaceutici o industriali.

In ogni caso, la soluzione di estendere l'azione precauzionale ai mercati finanziari presuppone l'ascensione, seppur difficoltosa, del principio di precauzione al livello globale; nel lungo periodo, non possono, infatti, essere solo autorità nazionali o regionali (ad esempio europee) ad introdurlo, se non a pena di creare temibili distorsioni concorrenziali.

5. AUTORITÀ PUBBLICHE E RETI EUROPEE DI PREVENZIONE E CONTROLLO DEL RISCHIO SISTEMICO

5.1 Nuove dinamiche cooperative per il governo del rischio e amministrazione a rete

La disciplina del rischio può dispiegare effetti anche sull'organizzazione amministrativa, quale riflesso delle esigenze della regolazione del rischio stesso. Infatti, l'amministrazione a rete sembra particolarmente consona a garantire la gestione del rischio, sia per la sua capacità intrinseca di raggiungere simultaneamente le variegate frammentazioni dei rischi stessi, sia perché, da tempo, le P.A., a diversi livelli, cercano di sfruttare la rete per governare le emergenze, evenienze che si realizzano quando i rischi raggiungono l'indice massimo di probabilità di verificazione dell'evento.

Se a livello globale, da tempo, si sono formate reti transnazionali di regolatori dei mercati finanziari – attualmente oggetto di pressanti critiche –, in ambito europeo si è assistito ad un processo inverso, culminato nel «solidificarsi» delle pregresse reti di regolatori finanziari nazionali in autorità sovranazionali. Sulla scia di quanto già avvenuto negli Stati Uniti, da tempo inclini a rimettere la regolazione e gestione dei rischi ad apposite agenzie amministrative, anche in Europa ci si era infatti mossi verso l'istituzione, nei settori più disparati, di Autorità europee, in parte dedicate all'«amministrazione» del rischio. Fino a poco tempo fa ne restava, però, escluso il settore finanziario, adesso allineato quanto meno con il modello di organizzazione amministrativa già invalsa per altri mercati.

Copyleft – Ius Publicum

L'avvento delle Autorità sovranazionali non comporta l'abdicazione dello strumento della rete, che anzi viene valorizzata, risultando infrastruttura essenziale per coniugare la vigilanza macroprudenziale (facente capo all'*European Systemic Risk Board*), con la vigilanza micro. All'uopo viene, infatti, creato il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (Sevif): nuova rete europea per la cooperazione tra regolatori nazionali e novelle Autorità dell'Unione.

Il modello della rete crea infatti un assetto organizzativo policentrico, in grado di esercitare una vigilanza macroprudenziale sui rischi sistemici, proprio perché capace di interconnettersi velocemente con le singole Autorità di microvigilanza, sia europee, sia nazionali. E, in effetti, la struttura in cui è composta la rete, ripartita in «monadi», agilmente interconnesse, sembra presupposto indispensabile per affrontare tale tipologia di rischi, che possono mettere a repentaglio un sistema.

Difatti, principale caratteristica delle reti, anche istituzionali, che garantisce loro grande flessibilità e velocità di relazioni, è rappresentata dalla c.d. *nodality*, ovvero la capacità dei singoli elementi costitutivi di correlarsi attraverso punti di connessione, detti nodi; questo consente ai regolatori, organizzati secondo un tale sistema, di diffondere dati e al meglio fruire dell'informazione circolante.

In questo caso, il modello a rete non risponde, quindi, soltanto ad esigenze di collaborazione tra apparati amministrativi, ma diviene funzionale all'esercizio della vigilanza sui rischi. In altre parole, la rete non incarna più solo esigenze di sintesi, in chiave collaborativa, dei punti di vista e delle informazioni delle varie *Authorities* coinvolte, bensì si presta, per la sua dimensione frattale – *recte*: a nuvola –, a cogliere il riverbero, sulla parte e poi sul tutto, dei rischi che possono essere rilevanti per il sistema.

In altre parole, la rete consente di incrementare le informazioni, aumentando la capacità di analisi delle stesse e di conseguente comunicazione repentina dei risultati, ma soprattutto permette di cogliere quei rischi che possono essere percepiti solo all'intersezione dei nodi.

Copyleft – Ius Publicum

5.2 Il Comitato europeo per il rischio sistemico

L'erompere della crisi globale e sistemica ha posto in luce come mancasse, sia negli Stati Uniti, sia in Europa, un'autorità preposta a raccogliere informazioni atte a monitorare il possibile verificarsi di cataclismi finanziari, che analizzasse le informazioni raccolte, in modo da vagliare l'esistenza di un rischio economico imminente, in forza del quale dare un repentino allarme in modo da garantire, nel peggiore dei casi, una pronta gestione dell'emergenza.

Per ovviare a ciò, nel 2010, è stato istituito l'*European Systemic Risk Board* (*Esrb*), il cui assetto organizzativo comprende un Comitato Scientifico Consultivo, composto da quindici membri indipendenti (scelti tramite selezione pubblica), dotato di poteri istruttori e di consulenza tecnico-scientifica.

Il regolamento istitutivo assegna all'*Esrb* il compito di monitorare e di valutare – in tempi normali – il rischio sistemico, al fine di mitigare l'esposizione del sistema al rischio di fallimento delle sue componenti e di aumentare la «resilienza» del mercato finanziario agli *shock.*

La novella disciplina europea sulla vigilanza macroprudenziale è certamente ispirata al processo di regolazione del rischio, assimilabile all'amministrazione di rischio. Infatti, una volta individuati i rischi, il Comitato dovrà procedere alla loro valutazione (*risk assessment*), cui seguirà una vera e propria fase di gestione dei rischi (*risk management*), ancorché non di competenza del Comitato stesso.

Ciò non deve stupire, perché tale ripartizione di competenze è tipica degli attuali processi di gestione del rischio e comune alle altre agenzie europee, che alla regolazione dei rischi sono preposte. Infatti, una volta che i rischi siano stati individuati, il Comitato dovrà procedere alla loro valutazione (*risk assessment*), cui seguirà una vera e propria fase di gestione degli stessi (*risk management*), rimessa, però, alle Autorità microprudenziali europee e nazionali, in modo da garantire la divisione organizzativa e operativa tra le varie fasi dell'analisi del rischio.

Copyleft – Ius Publicum

Sicché il nuovo Comitato europeo, una volta terminata la fase di individuazione e valutazione dei rischi, deve limitarsi a fare «segnalazioni» (*risk warning*) dei rischi ritenuti «significativi», ma è sprovvisto del potere di adottare decisioni vincolanti, munite di obbligatorietà ed efficacia giuridica.

Il regolamento 1092/2010/UE valorizza tuttavia la fase di segnalazione, delineando un vero e proprio sistema di allerta progressiva a livello europeo (*early warning*).

Saranno così, molto spesso, le singole Autorità europee di supervisione, competenti per materia, a dover adottare misure inibitorie di amministrazione del rischio, dotate di valenza precauzionale, adottabili anche in via cautelare, in caso di emergenza. E qui sta la più rilevante peculiarità della disciplina europea rispetto a quella americana.

In specie, quando si versi nel momento iniziale della scala dell'allerta, è ben possibile che la gestione del rischio si coniughi con la precauzione, in ossequio a raccomandazioni dell'*Esrb*, che sollecitino i provvedimenti inibitori delle Autorità europee di supervisione, le quali, in taluni casi e a certe condizioni, possono proibire o limitare temporaneamente talune attività finanziarie che mettono a repentaglio il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione.

Il diritto positivo ci insegna poi che l'emergenza può essere affrontata sfruttando il dipanarsi, nella rete, dell'allerta massima.

In questo tipo di organizzazione, infatti, in situazione di emergenza, la rete si torce verso le Autorità nodali, che però non sono espressione di un potere gerarchico, essendo formate dai vertici delle autorità domestiche, chiamate a gestire insieme il rischio estremo, ancora una volta tramite provvedimenti inibitori, eventualmente cautelari.

In conclusione, oltre ad aversi tutti i presupposti perché le Autorità competenti possano elaborare un piano di emergenza, sembra delinearsi un assetto in cui, quanto meno in relazione al rischio sistemico, notoriamente dai possibili esiti catastrofici, l'architettura

Copyleft – Ius Publicum

giuridica risulta compatibile con la predisposizione di un piano di prevenzione, quando non addirittura, di precauzione, in grado di affrontare in anteprima il fenomeno critico, possibile fattore scatenante di turbamenti sistemici.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

A POSSIBLE RECONSTRUCTION OF RISK REGULATION IN FINANCIAL MARKETS

ANNUAL REPORT – 2013 - ITALY

(March 2013)

Prof.ssa Michela PASSALACQUA

INDEX

1. RISK REGULATION IN ADMINISTRATIVE LAW

1.1 Society and risk economy

1.2 Law and risk regulation

2. RISK REGULATION IN FINANCIAL MARKETS

2.1 Risk and financial markets

2.2 Prudential supervision and risk regulation

3. RISK REGULATION IN CRISIS LAW

3.1 The failure of prudential regulation and the crisis of risk control

3.2 The emergence of systemic risk (state aids, monetary policies and stability mechanisms)

4. RECONSTRUCTING RISK REGULATION IN THE FINANCIAL MARKETS

4.1 Prevention and injunctive powers

4.2 A possible extension of the precautionary principle to the financial markets

5. PUBLIC AUTHORITIES AND EUROPEAN NETWORKS FOR SYSTEMIC RISK PREVENTION AND CONTROL

5.1 New cooperative networks for risk control and regulation

5.2 The European Systemic Risk Board

Copyleft – Ius Publicum

1. RISK REGULATION IN ADMINISTRATIVE LAW

1.1 Society and risk economy

The most recent studies in sociology identify risk as one of the typical elements of post-modern societies, which is the outcome of decisions taken in the name of scientific, economic and technological progress. In order to reduce the occurrence of future harmful events associated with it, a probabilistic assessment of such risks is needed so as to discipline it within public regulations and regain some sort of security through preventive and sometimes even precautionary actions.

However, globalization, essentially concerning negative events (such as environmental accidents and financial crises), has nowadays increased those risks characterized by a difficult assessment. This has considerably reduced the security gained through risk management and enabled risk to spread worldwide in unexpected manners.

On the other hand, economics has shown an ever-increasing interest in risk.

The dominant approach, the so-called neoclassical approach, considers risks as always assessable, since information asymmetry, capable of generating insecurity, can be totally set to zero by the markets' full ability to reflect all the information available into the prices (referred to as *Efficient Market Hypothesis*).

Nevertheless, such approach has been recently opposed by a new trend that does not share the *Efficient Market Hypothesis,* inasmuch as it considers uncertainty as not eradicable, since markets are not always able to reflect the "cost" of the uncertainty inherent in information asymmetry into the prices. This is due to the fact that when individuals are called to take decisions in lack of complete information, they tend to perceive risk distortedly, compared to the result of a normal probabilistic calculation, and to rely on heuristic intuitive solutions which do not always lead to entirely optimal decisions.

Copyleft – Ius Publicum

1.2 Law and risk regulation

While sociology and economics have only recently begun considering risk more and more carefully, risk has always undergone an accurate analysis by jurists even in the past.

There are obviously institutes and branches in law, such as the law of obligations and the contract law, in which risk, identified as "probability of a prospective economic loss" and subject to capital assessment, becomes part of juridical cases.

On the contrary, a different phenomenon can be traced back to the so-called "risk law", which is more closely concerned with risk society and in which the law has to manage the risks caused by technological uncertainty deriving from the technological and scientific progress.

Besides the uncertain future occurrence of harmful events, these risks are characterized by the ability to produce positive effects to the risk-taker's advantage, in the event that the decision to avoid risk may generate in turn a different and possibly even worse risk by bringing technological development to a standstill.

Given that a potential advantage can only be achieved by taking risks, public authorities are required to identify the maximum tolerable risk. Should the risk of damage exceed that threshold and therefore be considered not acceptable by the society, he shall renounce the advantage and apply the precautionary principle.

Notably, the administrative law has always dealt with the protection against risks, in particular concerning citizens, consumers and users' interests, who may be reached and damaged by risky decisions.

Risk acquires legal relevance as a "regulatory" parameter for the ensuing adoption of precautionary and preventive measures intended to avoid future damages.

Copyleft – Ius Publicum

On the other hand, precaution rises to a general principle of administrative law and allows public intervention in its "moderate" version, only if the risk is at least likely to occur and it is based on objective scientific verifications.

In more detail, risk management is realized firstly through a phase of proper regulation, by means of which risk-oriented rules are developed, and secondly through their subsequent application.

Once the risk "technical" assessment has been carried out (through scientific parameters and procedures), the regulating task shall involve identifying the uncertainty level of that specific risk as accepted by the juridical system on the basis of the aforementioned assessment, as well as guaranteeing the normal activity of risk management, which may entail establishing prohibitions or permissions to operate depending on the specific nature of the risk, subject to particular standards of risk sustainability.

The specificity of risk regulation finally emerges from the rules whereby it is thoroughly applied. Indeed, these give legal recognition to the outcomes of a scientific indicator (i.e. the probability index), which – despite being often uncertain – enables the identification of the risk itself, while determining the progressive grading of the rules, according to the probabilistic index of the potentially occurring event.

Thus risk regulation must necessarily face both the inability of science to identify risk with certainty and the causal relationship between risk factor and potential damage particularly, which seems to be therefore only likely to occur. This condition of substantial scientific uncertainty calls for the above-mentioned precaution as a supplementing interpretation principle to identify the rules to which risk needs to be subjected. On one side, ordinary prevention of certain risks is realized through protection rules addressed to the community potentially affected; on the other, the application of the precautionary principle, according to a moderate and sensible view, aims at avoiding an activity, when it is reasonably likely (rather than certain) to cause irreversible damages in the future. This

Copyleft – Ius Publicum

enables to protect the interests involved in considerable advance. It is just in view of this hypothesis that dealing with risk can be referred to as risk management.

When risk becomes emergency, due to a high probability of a potential damage, exceptional and predetermined measures are needed over a limited time span, in order not to damage the interests protected by the regulations.

Finally, a new frontier in the use of emergency powers has emerged. It aims at an extraordinary management of significant risks by acting upon them as stable and ordinary instruments. This phenomenon can be traced back to the progressive establishing of a "risk society", in which the emergency is no longer an exception, but rather the consequence of a permanent state of risk, either certain or potential.

An instance of this second dimension of emergency power can be clearly identified in the fields of bank legislation, insurance and financial intermediation. Indeed, if the intermediation infringes the complex regulation on savings protection, the legislator may impose some restrictions and decide to activate some form of provisional public emergency management of the subject under surveillance. This can be performed through its provisional administration with appointment of an external commissioners, as well as through regulations now extended to an increasingly wider range of intermediaries. The goal is to remove the irregularities that could determine severe damage to the public and private interests involved. We can here notice the precautionary function inherent to this extraordinary procedure, which is functional to an early risk management and to reduce risk below the acceptability threshold.

2. **RISK REGULATION IN FINANCIAL MARKETS**

2.1 Risk and financial markets

The recent economic and financial crisis has even more emphasized how risk is inherent to banking and finance.

Copyleft – Ius Publicum

Especially banking is subject not only to those risks typical of any other enterprise, but it is indeed "intrinsically" risky, given its close relationship with public saving.

Credit loan, performed exclusively by banks, in accordance with Art. 10 of t.u.l.b (Bank Law), is realized by means of two different operations. On the one hand, it is carried out through short-term gathering of deposits, recorded as debit budget and refundable to the savers at any time. On the other hand, thanks to these funds, it is possible to grant longer-term loans generating credit budget, which still cannot be quickly paid and disinvested .

Thus the inherent risk of the banking activity lies in the very close link between short-term deposit and long-term loans, where risks are connected with the binding relationship established.

However, the financial market is getting more and more integrated and less compartmentalized, which has allowed banks to start an increasing financial intermediation activity. As a result, they are inevitably exposed to the typical risks of financial intermediation.

Furthermore, the adoption of new techniques of financial engineering, such as securitization and derivatives, involves a clear-cut separation between risk taker and risk manager on one side and holder of securitized loans on the other. This has allowed an ever-increasing massive financing of risk credits (deriving from loan contracts) transformed into market risks, as a result of their conversion into securities. This has produced the over-structuring and pulverization of risks among a multiplicity of subjects and their consequent spread among investors.

Besides causing a loss of responsibility in the banks by partly relieving them of the risks taken, these new business models have made risk assessment and control more complex, as they have made market less transparent and increasingly risky. As a consequence, risks can now produce systemic effects that may lead to the crisis of an entire financial system in turn.

Copyleft – Ius Publicum

2.2 Prudential supervision and risk regulation

In the light of the scenario here presented, juridical systems must be aware of such risks and find new instruments of management and control. Referring to the financial markets in particular, we intend to assess the possibility of adopting new rules guided by the concepts of risk regulation and precautionary principle above all, in order to allow operators to take only credit and market risks estimated as tolerable and to prohibit their assumption in any other case.

The volume we summarize in this contribution pinpoints the guidelines that public intervention on the risks resulting from banking and financial markets has historically followed.

The original regulation following the Great Depression of 1929 had an exceptional nature with respect to the ordinary law that granted full freedom of risk allocation to the enterprises. Decisions on risk were taken away from the banking institutions through a state-controlled intervention; namely the well-known structural supervision.

Within our juridical system this kind of direct control over the operators, carried out by means of administrative authorizations and operational restrictions, was even more meaningful since banking institutions were state-owned.

However, these special regulations were progressively reduced. Being inconsistent with the new banking statute now competing with other European operators in the liberalized capital market, the structural supervision over operators was eventually abandoned. In this new context, the decisions on risk management and allocation have been left to the full entrepreneurial autonomy of the banks.

It was nonetheless necessary to provide some kind of public supervision and "control" over risks to prevent banks from taking excessive risks with the aim of making profit to the detriment of the major public interests, such as savings protection

Copyleft – Ius Publicum

Consequently, a new kind of supervision - the so-called prudential supervision - started gaining ground during the '80s.

By adopting prudential rules affecting several aspects in the activity and organization of the operators supervised, the latter are bound to respect the capital requirements that can provide against the risks taken, if necessary.

It is therefore the intermediary's capital that becomes the main protection against risk, as it guarantees the intermediary itself, should the risks turn into concrete reality and cause capital losses or temporary liquidity shortage.

Although a free and competitive financial market requires to leave risk management and allocation to the intermediary, some form of ex-ante market-friendly public supervision can be identified. This aims at discouraging banks from taking excessive risks by increasing capital requirements.

This different approach to risk regulation was first and fully accepted worldwide under the Basel Capital Accord in 1988, also known as Basel Accord I, adopted by the Basel Committee on banking supervision, later renegotiated following the economic financial crisis of 2007.

Following this first Accord, the stable capital adequacy of the banks as regards risks is ensured by fixing a funding ratio, called “solvency ratio”, which consists in a capital amount (at least 8% of the banking activity), designed to cover possible liquidity shortages connected with credit risk. The capital requirements identified were consequently weighted according to credit risk through increasing and fixed differential parameters, depending on the counter-party (governments, banks, private companies).

Besides oversimplifying the calculation of risk, limited to the sole prediction of such parameters and lacking a close examination of creditworthiness, operability and capital features of each operator, the real drawback of the Accord was its taking into account only credit risk, although banks were getting more and more exposed to market risks, due to their new operability.

Copyleft – Ius Publicum

After the revision of 1996, new financial provisions were introduced to face the above-mentioned market risks. In addition, risk assessment through models set by the banks was also granted in compliance with a range of precise parameters.

Further to this, the guidelines of the Accord were partially extended in Europe to financial intermediaries other than banks, even though the original framework of prudential supervision was intended for the sole banks.

This prudential supervision underwent a thorough revision under the new Accord of 2004, the so-called Basel II, which reframed it completely. It is worth noticing that the regulation on capital requirements was reviewed. In short, the original approach, which intended theses parameters as fixed and predetermined, was surpassed. They consequently started to be considered not only in terms of quantity but also quality and referred to the quality of the various components of the bank's capital, as well as related to the various risks taken.

The assessment of customers' solvency risk is mostly left to external rating agencies or occasionally to the banks' internal organization, which follows evaluation models adopted by the operator upon authorization of the supervisory authority.

On 6th December 2010 a new Capital Accord (better known as Basel III) was signed.

Despite reinforcing prudential regulations to compensate for the evident deficiencies, the accord does not reject the original approach, which aims at ensuring the stability of the banking system by imposing predefined capital requirements to face risks. A qualitative and quantitative improvement of the financial instruments to estimate the regulatory capital is certainly required; however, the conviction that capital adequacy is still the best deterrent to taking excessive risks remains essentially deeply rooted.

Therefore such prudential regulations, inspired by economic efficiency, attempt contrasting and preventing market failures, though risk assessment, decision and management are left to the operators.

Copyleft – Ius Publicum

At this turning point in history, it seems necessary to "revise" the so-called light-touch public supervision and to inevitably, though implicitly, question public supervision in itself, as it is essentially limited to an "approval" of the choices made by others.

The idea is that of consenting an alternation with an intensive supervision that, in the author's opinion, can be already identified in the increase of the public injunctive powers appointed to the Supervisory Authority, as stated in paragraphs 4.1 and 5.2.

We need to "reconsider" whether public intervention is possible on this matter and whether some form of risk management can be applied to the financial markets too, even resorting to the prudential principle in case of particularly harmful or catastrophic events.

If an "early diagnosis", typical of prudential rules, eventually coincided with the prevention of certain risks and potential damages, risk regulations would enable the use of prudential instruments to anticipate public intervention. Hence, the protection and management of increasingly unpredictable risks would take place at a stage in which there is no certainty that the approach adopted might bring to future damages, although this may occur in probabilistic terms, on the basis of technical and scientific data.

3. RISK REGULATION IN CRISIS LAW

3.1 The failure of prudential regulation and the crisis of risk control

The economic and financial crisis has revealed the numerous evident deficiencies of prudential regulation, which has not been able to curb risks, as it could only intervene through an external control. The ever more complex operations of financial engineering have enabled the operators to circumvent prudential regulation and to expose themselves to externalized risks out of public control. Furthermore, rules and regulators ignored the systemic nature of the risks.

Copyleft – Ius Publicum

Considerable doubts have also been raised concerning the procedures leading to the approval of the Basel Accords, in which the instruments of active participation ensured to the advantage of the sole supervised subjects, have enabled them to start regulatory captures influencing the very subject-matter of prudential regulations, by modelling them on their needs. The committee could shape prudential standards following a pressing negotiation with the recipients. Such standards do not result from specific technical and scientific investigation, activated by independent subjects, but they rather acknowledge the demands of the operators involved.

Further to the outcome of the negotiations between supervisor and supervised, everything leads us to consider that the standards elaborated are ultimately comparable with hypotheses of private self-regulation.

Not to mention the fact that both the members of the scientific community and the savers are practically left out of the consultation; being the former without incentives and the latter without the required resources. We are therefore confronted with a questionable and partial "reappraisal" of the American *notice and comment* institution in a global perspective; hence, the investigation is exclusively open to the interests of the economic operators to which the rules are addressed. In conclusion, the standards of the Basel Accord seem to coincide with minimal security levels to contain risk, based on accounting standards and primarily "agreed upon" by supervisors and supervised by means of massive consultations, which are essentially accessible only to the intermediaries. The outcome is the creation of a set of regulations that apparently meet the supervisors' needs, since they seem to "curb" the supervised by the precautionary principle, but which actually turn out to be difficult to apply or easy to circumvent.

At the same time such regulations disregard a variety of risks that cannot be politically controlled (large banks, shadow banking system) or pointedly detected (credit concentration).

All this involves prudential risk regulation being very distant from risk regulation as conceived in the administrative law, since the role of the public authority is basically

Copyleft – Ius Publicum

reduced and marginalized in the former. Hence, it is a phenomenon to be clearly distinguished from the so-called meta-regulation, confined to the externalization of risk management and control to privates, though risk assessment firmly remains competence of the public authority.

Indeed, when risk management has recourse to standards, these are adopted by balancing conflicting interests and aiming at prudentially identifying the minimum tolerable risk threshold, beneath which the uncertain event, being juridically irrelevant, can be disregarded.

On the contrary, the standards "negotiated" within the Basel Committee are not grounded on the primary need of managing the uncertain, but rather on the need of standardizing the rules of global finance. For this purpose, the risk level identified is considered acceptable not because parametrized on the results of technical-scientific investigations, but rather because it is shared by the addressees, standardized to their best practices and therefore compatible with competitiveness. In addition, exceeding such risk threshold is not prohibited, but only discouraged.

In short, the prudential regulation is elaborated in the absence of a constant direct dialogue with science, which is typical of risk regulation. The participation to the global processes responsible for the creation of rules is dangerously one-sided. The regulator does not seem to be able to play a third-party role with respect to the information acquired, with the aim of protecting the common interests involved. It is not clear what the values used to determine the level of tolerable risk consist in.

It is natural to wonder whether the methods used to establish the standards and their contents can guarantee savings protection, being the latter a value defended by the constitution, at least in our national juridical system.

In corroboration of what so far stated, it is not to be forgotten that many experts, mathematicians and economists in particular, are critical of the market regulation based on the above-mentioned prudential rules, as they are considered somehow onerous to the operators on the one hand and totally inadequate to pursue the set objectives on the other.

Copyleft – Ius Publicum

At the same time, the well-known Goodhart's law challenges the public intervention that is merely based on incentives by empirically proving that, any time the regulator adopts statistical parameters and indicators to summarize a complex phenomenon, such measures lose their value if they are taken as targets to reach by the supervised, due to the unavoidable opportunistic behaviours emerging from both parts.

Severe criticism is raised against market risk assessment models adopted by financial operators, as provided by the Basel Accords themselves (the so-called VaR). They are actually patterns that underestimate the losses and the amount of actual losses in particular, which may be much larger than theorized (the so-called overhang), should the market collapse. Real losses may be catastrophic.

We point out that the drawback of such models emerged in each single international crisis over the last fifteen years; that is, since the Basel Committee adopted and standardized this debatable method of risk assessment, which was developed in the headquarters of a notorious American commercial bank by sheer chance.

In any case, it is to remember that the scientific viewpoints on such problems are rather diversified and often even conflicting. What is certain is the uncertainty of science.

In the light of all this, it does not come into question that the juridical backbone of the rules to be imposed on the markets should proceed from technical-scientific investigations. Let us take into consideration routes similar to those developed in the field of the so-called risk law.

The critical situations so far illustrated have contributed to the shrinking effectiveness of prudential regulation.

This does not seem to be indicative of a general failure of the public intervention on the market, but rather of a failure of the rules, namely a failure of that specific type of market-friendly public intervention. Such rules should have economic efficiency among their paradigms. Should such efficiency not be pursued, this will imply the failure of the rules inspired by the market.

Copyleft – Ius Publicum

It must be admitted that we are facing a failure of the rules because their being "little public", so to speak, or rather affected by an unsound hybridism between public and private, between state and market.

As someone has emphasized, neither increasing the prudential rules nor simply getting rid of them and leaving risk control to the the operators can be a solution to the problems raised by the crisis. However, we cannot merely change the contents of the regulations by affecting capital requirements or accounting standards. We should begin considering the idea of arranging new instruments of public control, other than prudential regulation.

The alternative would be starting from an independent scientific and technical analysis of the risks, not in the least connected with the banks' economic interests but, on the contrary, more concerned with the protection of savings and, most of all, well-aware of the scarce solidity of the efficient market theory.

The results should not be used to outline a thick network of rules aiming at regulating risk to substitute the free conduct of the operators and thus the market, but rather to succeed in elaborating few simple prohibitions and some sort of public intervention with a prudential approach, in order to restrain or regulate those behaviours that are indicative of an unbearable risk for the juridical system, as it may threaten beyond an acceptable threshold the public interests involved.

Yet, following the Basel Accord III of 2010, it was decided on an international level to keep on imposing increasingly strict capital requirements and risk-weighting parameters in the wake of prudential regulation, which has however turned out to be ineffective or even grounded on unreliable scientific assumptions.

Copyleft – Ius Publicum

3.2 The emergence of systemic risk (state aids, monetary policies and stability mechanisms)

Macro-economic risk is considered systemic when it can significantly prejudice the functioning, integrity and stability of the entire financial market or part of it, and cause a strong domino effect as well as repercussions on the economic system, given the close interconnection between intermediaries and markets.

During the last crisis, the systemic risks were mostly produced by those financial and accounting techniques implemented by the operators to abide by prudential rules and reduce the risks taken by each single enterprise.

In order to face and reduce these specific risk profiles, it seems necessary to adopt ex-ante public interventions characterized by a precautionary function, since ex-post interventions are very costly for the public finances, besides having little effectiveness once the crisis is self-evident and they are generally carried out by applying the bail-out principle to the intermediaries through public aids, together with frequent considerable exemptions to the competition rules.

The situation gets more complex because systemic risk occurs when a strong domino effect has already taken place. It seems therefore necessary to anticipate public intervention before the appearance of damages or serious threats, in order to implement explicit prudential interventions, which cannot be activated later.

The need to put an end to the spread of systemic risk has led to the implementation of specific measures to "support" operators in Europe, as well as in North America. Later, the European Union has established new authorities for risk control.

However, the considerable amount of public aids fixed in favour of the financial market has remarkably increased Sovereign debts, so that the effects of the crisis have repercussions on the states too.

Copyleft – Ius Publicum

On this respect, basically concerning the States' financial stability, the current European framework has shown all its weaknesses, since there is a persistence of a clear-cut distinction between financial policies implemented by the central institution and the management of public debt, which is left to each single state. Numerous deficiencies on the intervention powers of the Central Bank have also emerged.

When the liquidity crisis spread to the Sovereign States, the EBC has immediately adopted measures of monetary policy (which lie outside the competence of state aids as such), whereby it has started to purchase public debt securities and to grant long-term refinancing in favour of the banks.

As occurred for the financial support to the banks, the European intervention has taken the line of the emergency management in the first place .

Although such purchases are in accordance with the prohibition of monetary financing, as set out in Art 123 of the TFEU (which forbids both the European Central Bank and the national central banks to purchase debt instruments directly from the Member States), they can be ultimately traced back to a credit loan to the Member States, which is not attributed to the ECB by the Treaties.

Apparently, there emerged a clear contrast between the ECB's conduct and the Art 125 TFEU, which states that the European Union shall not be liable to or assume the commitments of central governments (the so-called no-bail-out clause).

Also due to the regulatory gaps illustrated, the ECB reckoned that a massive purchase of government bonds of the lower-rating Member States was not feasible and was obliged to find a politically-tenable mitigating measure, to contain the new risk of collapse of the European banking system, which is now too exposed towards the States considered unreliable by the markets.

The purpose was reached through another instrument of unconventional monetary policy, represented by a particular type of bank refinancing by the ECB. Its distinctive feature consists in granting the beneficiary banks the possibility of offering, as a side

Copyleft – Ius Publicum

guarantee, bonds that are considered too risky and thus normally not accepted, such as some public debt securities. Furthermore, the Central Bank has decided to purchase also covered bonds mainly guaranteed by the State, as a guarantee of such refinancing operations. As so far illustrated, although the macro-credit distributed by the European Central Bank can be traced back to an operation of monetary policy within its competence, the concrete financing rules make its legitimacy controversial. Coming down to it, the European Central Bank holds the public debt securities and government guarantees of the Member State involved. Although they are acquired as securities, they are potentially credits in favour of the public sector that the market would not have granted under such conditions.

This is nearly in conflict with the prohibition to grant any type of credit facility to the Member States (*ex* art. 123, par 1, TFUE). Such prohibition is also to encompass any transaction with the public sector that entail or may entail some form of credit towards it.

The only way to break the *impasse* is to conclusively interpret the case under examination as a transaction occurred with the private sector, namely with banks, rather than with Guarantor States.

In any case, the European Central Bank has restricted the possibility to resort to covered bonds following a decision taken in July 2012.

By purchasing public debt securities and once again playing the role of guarantor of last resort at all intents and purposes, the ECB is once more exposed to the suspicion of acting in non-compliance with the no-bail-out clause.

Hence, a reform of the European monetary policy and the revision of the rules on this issue are needed even on an institutional level.

At present, the most practicable solutions are apparently the following; that is centralizing fiscal and monetary policy and allowing a direct intervention of the Central Bank as a lender of last resort with respect to public debt securities. The result would be an "implicit guarantee" from the ECB on the public debt. However, none of these solutions

Copyleft – Ius Publicum

has been seemingly taken into account. As a consequence, the sovereign debt crisis here illustrated has endangered the very existence of the single currency regime.

This has led the Member States to the adoption of emergency mechanisms inspired by mutual aid and aimed at sharing an individual potential damage to make it more bearable.

The council regulation (UE) No 407/2010 of 11 May 2010 set up the so-called European State-rescue fund (European Financial Stabilisation Mechanism – EFSM), followed by the establishment of a limited liability company, the European Financial Stability Facility (EFSF), with the purpose of supplying with funds the Euro-area countries in financial difficulties by issuing covered bonds guaranteed by the Member States.

With the deepening of the crisis, this first fund was substituted by a proper international financing institution, the European Stability Mechanism, which will be able to purchase public debt securities of the Member States in both primary and secondary markets.

Looking at this complex instrument of mutual aid, it is necessary to consider whether it corresponds or not to an implicit acceptance of the prudential principle.

By means of it, the Member States obviously commit themselves to provide coverage resources against external risks, dependent on the occurrence of potential and uncertain events, which mainly consist in the Sovereign States' default risk. However, the deriving mutualisation of risks appears to be aimed at guaranteeing some form of financial protection (and risk-sharing in economic terms), which is typical of any insurance model, rather than a real activity of damage prevention.

Thus the European Mechanism does not meet a prudential function, but rather a function of economic risk protection.

On the contrary, the prudential rationale is even more baffled, since the ESM is granted the possibility to issue covered bonds and to raise the funds needed to accomplish

Copyleft – Ius Publicum

its function. As a consequence, we witness the spread of the risk deriving from an alarmingly growing employment of financial activities for insurance coverage. It is therefore to be wished that such market mechanism incorporated into the institution shall not prevail over mutualisation, which is certainly implicit in the Member States' mutual support whose federalization is in progress.

4. RECONSTRUCTING RISK REGULATION IN THE FINANCIAL MARKETS

4.1 Prevention and injunctive powers

Generally speaking, injunctive powers can be traced back to the control function. They are actually concerned with the compliance of a private activity with the regulations and consequently with the adoption of injunctive provisions in case of a negative outcome.

In particular, injunctive provisions enforce the permanent termination or temporary (and provisional if preventive) interdiction of an activity reckoned to be illegitimate, because in contract with the laws or regulations.

Moving from a functional analysis to an evaluation on the nature of this regulation, injunctive provisions can be compared to an administrative sanction, insofar as it is intended as a consequence, at the expense of the private, of infringing the law, although it lacks the typical element of the sanction; namely the punitive value of the measure aimed at causing a damage to the author of the violation. On the contrary, injunctive interventions seem to charge the private-recipient of any detrimental, or at least unfavourable, consequence resulting from his unlawful act. Such intervention can be encompassed within the sanctioning sphere only in these terms. Therefore, it can only be qualified as a sanction in broad terms.

At the same time, the exercise of these injunctive powers requires an evaluation of the past conducts, as well as an analysis of the prospective direction the activity shall take,

Copyleft – Ius Publicum

which may turn into a positive provision with the order of refraining from doing something or an obligation to do something, in case of omissive conducts.

Also in the specificity of financial markets, injunctive powers, which are appointed by the law to the Authorities in this field, can be traced back to restrictive preventive purposes and aim at protecting the underlying public interests by restoring the status quo prior to their infringement, endangerment or exposure to risks.

To this purpose, some specific injunctive powers have been introduced both in the t.u.l.b. (Consolidation Act on Banking and Credit Laws) and in the Single Code on financial intermediation since 2006 to implement the European legislation.

As regards regulating supervision in particular, the current articles 53, 67, 108 and 109 of the t.u.l.b. and article 7 of the t.u.i.f. – Securities Law – (with reference to single banks, banking groups, other non-bank financial intermediaries as in article 106, financing groups and other certified investment intermediaries respectively) identify some non-regulating provisions, whereby the Bank of Italy may ban part of the activity of the intermediary concerned.

These measures may be regarded as an initial embryonic stage of risk management in banking and financial markets.

In detail, the above-mentioned provisions may lead to restrictions on activities, territorial structure of the bank, intermediaries or groups, as well as to the prohibition to carry out certain operations, to distribute profits or other parts of the capital or to pay interests with reference to the financial instruments calculable among the banks' regulatory capital (legislative decree 239/2010).

To impose on the operator a restriction on certain activities is an attempt to reduce its risk exposure, to prevent it from potential crises and to lead it back to a sound and prudent management.

Copyleft – Ius Publicum

Although regulations are not thoroughly clear, the provisions here described seem to involve an ex-post control, rather than the regulating power mentioned in the articles and intended to guide the conduct of the operators supervised, through the implementation of several prudential rules.

Indeed, these specific measures are the direct consequence of mishandling or disregarding such prudential rules.

However, resorting to these public interventions does not necessarily imply the infringement of rules. Actually, the application of injunctive powers is subordinate to the condition whereby the situation "must require it".

In short, the activity under restriction does not need to be prohibited in itself or in contrast with the regulations. We are therefore confronted with a very different case compared with the expunction of acts and activities in contrast with the juridical system, as mentioned in the introduction. Being the risks involved neither specified nor *a priori* prohibited, we deal here with the restriction of activities considered "risky" in terms of a better risk-control and which may be due to the supervised operators' conducts not totally in line with the purposes of the supervision. Thus in contrast with the principle of risk control, restrictions aim at pursuing illegal conducts, namely detrimental to legally protected interests, rather than illegitimate ones.

No wonder the injunctive provisions adopted to protect financial markets might be easily associated with a more "fluid" elusion of the rules, rather than to their "blatant" infringement. The result is an increasingly discretional administration by the Authority resorting to it.

Indeed, these provisions should be interpreted in close connection with the prudential rules whose compliance they are in charge of. As previously observed, such prudential rules can be summarized as a complex "mechanism" of incentives and disincentives to control risks, instead of rules and prohibitions targeted to risk containment.

Copyleft – Ius Publicum

Since they have to face the "stances" of the supervised, it appears therefore natural that controls follow the same direction, merely focused on the line of conduct, while disregarding the clear violation of the rules, as a condition for their activation.

The effects are paradoxical because the external risk-control by the authority turns out to be a limitation of that entrepreneurial independence on which prudential regulation has only fictitiously placed a high value. Such mandatory restrictive provisions act as mere preventive remedies against prospective potential damages to the savers and investors' interests. One could therefore claim that such measures have a preventive function against potential risks, characterised by uncertainty margins, in application of regulatory supervision models.

Consequently, such measures tend to positively guide the operators' conduct towards risk-taking.

In other words, restrictions imply neither the temporary nor the definitive non-qualification of the subject to carry out a specific activity, but rather the increase of the risk-level beyond a tolerable threshold.

Just as in risk management inspired by the precautionary principle, the restriction of risky activities is traced back either to situations not entirely clear or to incomplete evaluations.

However, the experts in procedural law, having tried to combine protective measures with risk law, have underlined the difficulties deriving from the legal relevance given to uncertain risk, when the restriction is applied only on a precautionary level and not on an unlawful act committed.

Finally, it is worth mentioning that the spread of the injunctive administrative powers here described appears to trigger an increase in the protection potential of individuals before the judicial authority, with regard to those cases in which the former has been injured by the activity, or by omissions of the competent authority, as it more often occurs.

Copyleft – Ius Publicum

Given the inactivity of the administrative authorities, which fail to act in conformity with their injunctive powers, private savers, investors or buyers of financial services, according to the situation, can act against such silence under certain conditions.

4.2 ***A possible extension of the precautionary principle to the financial markets***

According to the author of the present contribution, it is essential to question the very rationale of prudential regulation, to find more effective alternative instruments and to give value to what prudential rules have always disregarded; that is uncertainty, which is however a typical element of the current banking and financial markets.

It would be therefore possible from this viewpoint to identify rules inspired by the precautionary principle, which activate a ranking system of public intervention in relation to the level of uncertainty connected with the activity being regulated. If technical investigations carried out by the competent authorities through statistics, financial mathematics and quantum physics in the field of risk regulation reveal that certain conducts may be "exceedingly" risky for savings protection, as well as for intermediaries and market stability, authorities should be allowed, if necessary, to give privates some rules on risk management, even precautionary ones, by imposing temporary prohibitions, authorizations, standards etc.

In such way the answer, which science cannot give, is retrieved in law by balancing the interests involved, as explicitly allowed by a juridical source and fully abiding by the main principles of administrative law, first of all that of reasonableness. Thus precaution contributes to reduce uncertainty by enabling its management.

Now the point is whether and to which extent the precautionary principle can be extended to financial markets.

Copyleft – Ius Publicum

The advisable approach is to investigate whether such extension can be applied Europe-wide, consequently overcoming potential impediments deriving from the national juridical systems of individual Member States.

In European Law, the precautionary principle is by now self-evident as a general principle of the administrative action. However if it was so, it would not be confined to Environmental Law, but it would rather be extended to those cases not explicitly provided for by the legislation.

The result is that this principle should be automatically in force in each single national juridical system (see art.1, paragraph 1 of the national law n.241/1990 further modified by the national law n.15/2005) irrespective of the field of application. As such, administrations dealing with high-risk sectors should adopt it as a criterion of their action.

In short, we claim that nothing prevents from opening the precautionary principle to contexts not contemplated in art. 191 of the TFEU.

Hence, the precautionary principle could be certainly extended to sectors other than public healthcare and environment in both the Member States and the European Union (see consumer protection policies); also in consideration of the fact that the latter has already extended it, for instance, to protect the Union's budget interests (see Commission Decision n. 2008/969/EC on Early Risk Management, the so-called EWS).

A second issue to be addressed concerns the interpretation of the principle. Advisably, it should not be too stern, as it would become paralysing and self-defeating in turn.

Given that markets are always risky in their own nature, even in ordinary conditions, it seems advisable to restrict the precautionary principle only in the hypothesis of catastrophic events.

This implies the existence of public authorities in charge of controlling the risks generated by financial innovation and qualified for technical investigations with the support

Copyleft – Ius Publicum

of science, as it occurs with food, pharmaceutical or industrial products in Europe, for instance.

In any case, the solution to extend a precautionary action to the financial markets implies raising the precautionary principle to a global level, as difficult as it may be. Indeed, in the long run, it cannot be introduced only by national or regional authorities (European ones for instance), unless we want to generate serious competitive distortions.

5. PUBLIC AUTHORITIES AND EUROPEAN NETWORKS FOR SYSTEMIC RISK PREVENTION AND CONTROL

5.1 New cooperative networks for risk control and regulation

Risk regulation can produce effects also on administrative organizations, as a consequence of the requirements of risk regulation itself. Actually, network administration appears particularly adequate to guarantee risk regulation both because it is inherently able to reach simultaneously the diversified and fragmentary nature of risks, and because the Public Administration have been trying in a long time to make the most of the net to manage emergencies; namely events occurring when risks reach the maximum probability index of occurrence.

Whereas transnational networks of financial markets regulators, which are currently harshly criticized, have developed over time on a global level, the opposite process has taken place in Europe and has reached its peak with the "consolidation" of pre-existing networks of national financial regulators into supranational authorities.

In the wake of what occurred in the United States, which have been inclined long since to leave risk management and regulation to specific administrative agencies, even Europe has established European Authorities partly dedicated to risk "regulation" in a wide range of sectors. However, the financial sector was not included until recently, but it has

Copyleft – Ius Publicum

been at least conformed by now to the framework of administrative organization applied to the other markets.

The introduction of supranational Authorities does not entail renouncing the net, which is in fact enhanced, as it turns out to be the essential infrastructure combining macro-prudential supervision (under the *European Systemic Risk Board*) and microsupervison. The network creates a polycentric organizational structure, capable of operating a macro-prudential supervision on systemic risk, in that it can rapidly interconnect single microsupervision Authorities, both European and national. The network structure, divided into smoothly interconnected "monads", appears to be an essential precondition to face the risks that can jeopardise the system.

The main feature of networks, including institutional ones, is the so-called nodality, which grants them high flexibility and quickness of relations. It is namely the constituents' ability to connect with each other through connection points, called nodes. This enables the regulators, organised according to such system, to circulate data and benefit from the circulating information at best.

In this case, the network model does not only meet the administrations' requirements in terms of collaboration, but it also becomes functional to risk supervision. In other words, the network does not only embody in cooperative terms the requisite of synthesis of the viewpoints and information coming from the Authorities involved, but it is also suited to identify the reflection of relevant risks onto the system, thanks to its fractal dimension.

In short, the network model enables to increase the information by increasing the ability to analyse it and consequently the immediate diffusion of the results. But, most of all, it allows to recognize the risks that can only be perceived at the node intersections.

Copyleft – Ius Publicum

5.2 The European Systemic Risk Board

Both in the United States and in Europe, the spread of the global and systemic crisis has emphasized the lack of an authority qualified for gathering information, analysing and monitoring the possible occurrence of financial disasters, in order to identify the existence of an impending economic risk and give an early warning to guarantee a ready emergency management at worst.

To find a remedy, the European Systemic Risk Board (Esrb) was established in 2010, whose organisation includes a Scientific Advisory Committee composed of fifteen independent members (chosen through public selection) and provided with regulating and technical-scientific counselling powers.

The regulation appoints the Ersb to the task of monitoring and evaluating systemic risks in regular times for the purpose of moderating the system's exposure to the risk of failure and increasing the financial market's shock resilience.

The new European regulation on macro-prudential supervision is definitely inspired by the risk regulation process that is comparable to risk management. Once risks have been pinpointed, the Board shall proceed to risk assessment, followed by a proper phase of risk management, which is nevertheless left to the European and national micro-prudential Authorities, so as to guarantee a separation between several phases of risk analysis in terms of organization.

Once the risk identification and assessment phase is completed, the new European Board must restrict itself to warn against significant risks, but it is not within its power to take binding decisions with juridical effectiveness.

The 1092/2010/UE regulation underlines the value of the warning phase, thus outlining an early system of progressive alert on a European scale.

Consequently, the European Supervising Authorities shall often adopt injunctive provisions concerning risk management in precautionary terms, which can also be applied

Copyleft – Ius Publicum

to emergency cases. This is the most distinctive feature of the European regulation, compared to the American one.

In particular, it may occur in the initial phase of the scale that risk management combines with precautionary supervision in accordance with the Esrb's prescriptions, which may urge injunctive provisions from the European Supervision Authorities. Under certain conditions, such authorities may provisionally ban or restrict some financial activities endangering the correct functioning and integrity of the financial markets, as well as the partial or overall stability of the Union's financial system.

Civil law teaches us that emergencies can be faced through the unravelling of the maximum alert in the network.

In such organization, the network turns towards nodal Authorities in emergency situations. Yet these authorities do not embody a hierarchical power, since they are composed of the highest offices of the internal authorities, summoned to manage extreme risk together, once more by means of injunctive or even precautionary provisions.

In conclusion, there are all the preconditions for the competent Authorities to elaborate an emergency plan, while a new set-up is emerging, in which the juridical structure is compatible with the arrangement of a preventive or even precautionary plan, able to face in advance the critical phenomena that are potentially disruptive of the system, at least in terms of systemic risk.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

IL POTERE NORMATIVO DELLE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

REPORT ANNUALE - 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Prof. Raffaele TITOMANLIO

INDICE

1. INTRODUZIONE
2. NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINALI
3. ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUZIONE

Nell'ampio panorama delle problematiche concernenti le autorità amministrative indipendenti, quella relativa più strettamente alla potestà normativa delle medesime ruota attorno al fondamento di siffatta potestà normativa, alla collocazione di tali regolamenti nel sistema delle fonti, ai procedimenti di formazione dei regolamenti medesimi e, più in generale, alla collocazione di tale potere normativo all'interno dei poteri e del ruolo svolto dalle amministrazioni indipendenti. Lo studio della potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti rende infatti necessario esaminare sia gli effetti che tale potere determina a livello di sistema delle fonti, sia l'incidenza del potere medesimo nell'individuazione e determinazione del ruolo delle autorità amministrative indipendenti e della collocazione delle medesime nel sistema istituzionale. Ed infatti, se la prospettiva di teoria delle fonti consente di mettere in luce le trasformazioni subìte dall'intero sistema delle fonti del diritto negli ultimi anni[1], la prospettiva che prende le mosse dalla funzione propria delle autorità indipendenti (la c.d. funzione di regolazione) può consentire di approfondire maggiormente gli aspetti relativi all'istituzione e allo sviluppo delle medesime nell'ordinamento giuridico italiano. Emerge in tal modo la "ricchezza" del fenomeno delle

[1] Sulle fonti del diritto, nella più recente riflessione dottrinale, v. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011; F. POLITI, *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2011; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2008, 561 ss.; A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2005; S. M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2007; P. GROSSI, *Premesse per uno studio sistematico delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008; N. LIPARI, *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009; G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano*, Torino, 2008; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, 2011.

Copyleft – Ius Publicum

amministrazioni indipendenti[2].

L'attività di regolazione di ciascuna Autorità si esprime in un'ampia e variegata tipologia di poteri amministrativi (ablatori, autorizzatori, sanzionatori, ecc.) anche normativi. Il riconoscimento della natura normativa dei rispettivi atti comporta il riconoscimento anche di un regime differenziato dei medesimi rispetto agli altri atti ascrivibili alla funzione amministrativa (dalla possibilità del ricorso in Cassazione, ex art. 360, cod. proc. civ., per la violazione degli stessi alla configurabilità della illegittimità di successivi atti amministrativi - generali o puntuali - per «violazione di legge» ai sensi dell'art. 21-octies l. n. 241/90, fino all'applicabilità del principio *iura novit curia*). Al tempo stesso sia la dottrina che la giurisprudenza concordano nel riconoscere che i regolamenti delle autorità amministrative indipendenti restano ascritti alla categoria degli atti

[2] Si permette di fare rinvio a R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012, e alla dottrina ivi citata. In precedenza v. R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2000; ID., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano Giuffrè, 2007. In dottrina sterminata è oramai la riflessione dottrinale sulle autorità amministrative indipendenti: al riguardo v. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; ID., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*; IV, Roma, 1995; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997; ID., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, Passigli, 1997; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002 M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000. G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2006; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002; P. ROSSI, *Le Autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2005; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti* (aggiornamento), in *Digesto pubbl.*, tomo I, Utet, Torino, 2008, 54 ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale - Dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Cedam, Padova, 2006; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, vol. II, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, 255 ss.; *Authorities*, a cura di L. PAGANETTO, Donzelli, Roma, 2007

Copyleft – Ius Publicum

amministrativi sia per quanto concerne le modalità dell'adozione dei medesimi (secondo principi e regole dell'azione amministrativa), sia per quanto concerne il sindacato giurisdizionale.

Bisogna infine ricordare che per l'esercizio delle funzioni normative sono previste significative forme di partecipazione procedimentale (alcuni parlano di"contraddittorio orizzontale") volte a garantire la partecipazione dei soggetti interessati con funzione collaborativa e non meramente "difensiva"[3].

[3] Molti autori rinvengono proprio nelle garanzie procedimentali una peculiare legittimazione delle autorità fondata appunto sulla "*democrazia procedimentale*" (cfr. S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti* , Torino, 1999, p. 42). Per questa strada si è affermato che le autorità ricevono conseguentemente "*una legittimazione democratica a posteriori*" (M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 19; R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, cit.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009: "La legittimità democratica non dipende, infatti, solo dell'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica, ma anche da un processo partecipativo all'elaborazione ed applicazione delle regole improntato a criteri di correttezza e giustizia"; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit., 80 ss.). Anche nell'esercizio delle funzioni decisorie (ad es. adozione di provvedimenti anche sanzionatori, di carattere interdittivo o pecuniario), le autorità amministrative indipendenti sono tenute a seguire procedimenti caratterizzati da elevate garanzie di partecipazione degli interessati (questa attività – definita, seguendo il modello statunitense, di *adjudication* - si svolge garantendo il più ampio diritto di difesa sia agli interessati sia ai controinteressati).

Copyleft – Ius Publicum

2. NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINALI

In dottrina e in giurisprudenza, con riguardo alla potestà normativa delle autorità indipendenti, si sono registrate, nell'ultimo biennio, numerose novità. In particolare, in ambito dottrinale lo studio della potestà normativa delle amministrazioni indipendenti è stato svolto all'interno di analisi volte ad esaminare le origini, le fonti e le funzioni delle amministrazioni indipendenti, interrogandosi sulla natura giuridica delle stesse e sul conseguente inquadramento costituzionale, anche all'interno di studi concentrati su singole autorità amministrative indipendenti[4].

[4] Così possono citarsi gli studi di P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012; G. GITTI, *Autonomia privata e Autorità Indipendenti*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Volume 5, Milano, Giuffrè, 2012; F. LUCIANI, *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2011; G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n.1, 2012; Sul rapporto fra libertà di mercato e di concorrenza e servizi di pubblica utilità (e dunque sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti in particolare nel settore delle reti, del commercio e dei porti), v. F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Amm.*, 2010, fasc. 2, p. 313 ss.; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010; Con riguardo al dibattito sulla natura para-giurisdizionale dell`Autorità garante della concorrenza e del mercato v., F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, fasc. 1 p. 23 ss.; per un'ampia panoramica v. G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova Cedam, 2010; con riguardo al potere sanzionatorio delle autorità v. AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di Marco Fratini, presentazione di M. Clarich, Padova, Cedam, 2011; Con riguardo all'analisi economica e normativa delle Autorità indipendenti in Italia (con particolare riguardo alla Banca d'Italia, al Garante della concorrenza e del mercato, al Garante delle comunicazioni, alla Consob e all'Autorità per l'energia elettrica e il gas), v. M. D`ALBERTI – A. PAJNO, *Arbitri dei mercati: le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010; M. GENGHI, *Profili problematici delle autorità amministrative indipendenti*. in *Nuova rass.*, 2012, n. 7/8 , p. 763 ss.; Sulla genesi delle autorità amministrative indipendenti e sui caratteri dell'imparzialità, neutralità e autonomia, A. LEONARDI – M.F. SPERANZA, *Sull'indipendenza delle autorità amministrative*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2011, n. 1, p. 39 ss.; G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di*

Copyleft – Ius Publicum

3. ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Non poche sono le pronunce giurisprudenziali in tema di autorità amministrative indipendenti, ma possono ricordarsi:

- la sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 27 giugno 2012, che ha dichiarato incostituzionali le disposizioni (artt. 133, comma 1, lettera l), 135, comma 1, lettera c), e 134, comma 1, lettera c) del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104

diritto amministrativo, 2012, n. 3, p. 229 ss.; M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, ibidem. Con riguardo a specifiche autorità o ad ambiti peculiari, v. A. CONTALDO – M. ZAMBUCO, *La disciplina della media-conciliazione nell'ambito delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Amm. Rep. it.*, 2012, n. 3, p. 157 ss. (in cui vengono approfonditi in particolare: il tema del riconoscimento comunitario delle *Alternative Dispute Resolution;* i profili di attuazione del decreto legisl. n. 28/2010 ed i caratteri del procedimento di mediazione; le peculiarità in proposito delle autorità amministrative indipendenti ed i casi della Consob e dell'Agcom); sulle funzioni giurisdizionali amministrative in tema di controversie economiche legate ad atti delle autorità di regolazione v. F. MATTASOGLIO, *Giudice amministrativo, mercato ... e i suoi fallimenti*, in *Il diritto dell'economia*, 2011, n. 3/4, p. 489 ss.; Sull'analisi di impatto della regolamentazione per l'attività normativa delle autorità indipendenti e sul relativo obbligo di motivazione (e sui connessi orientamenti giurisprudenziali) v. M. COCCONI, *Motivazione e qualità dei provvedimenti di regolazione generali*, in *Il diritto dell'economia*, 2011, n. 3/4 , p. 459 ss.; con riguardo alle autorità del settore delle comunicazioni v. P. IULIANO, *Autorità Indipendenti nel settore delle telecomunicazioni e dell'informazione: modelli internazionali a confronto*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2012, n. 1, p. 61 ss.; Sul rapporto tra regolazione e tutela della concorrenza nella politica comunitaria dei servizi di rete (con riguardo sia alle reti per le comunicazioni elettroniche che alle reti per elettricità e gas) e sui poteri delle autorità nazionali, v. G. CAGGIANO, *La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell'energia nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, n. 1, p. 41 ss. Sulla vigilanza dei mercati finanziari v., *E.L. Camilli, Autorità di vigilanza (profili normativi), in Enciclopedia del diritto. Annali*, Volume 5; Milano, Giuffrè, 2012; M. CLARICH, *Autorità di vigilanza (mercato finanziario), ibidem;*N. RANGONE, *Mercati finanziari e qualità delle regole*, in *Banca impresa società*, 2010, fasc. 1 p. 55 ss.; G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, Il Mulino, 2009; con riguardo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici v. C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

Copyleft – Ius Publicum

(Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nonché dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato numero 4, del medesimo d.lgs. n. 104 del 2010, "nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio – sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa"[5];

[5] Secondo la Corte costituzionale, il legislatore delegato (in ragione della delega conferitagli con la legge n. 69 del 2009), "nel momento in cui interveniva in modo innovativo sul riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi, doveva tenere conto della «giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori» nell'assicurare la concentrazione delle tutele, secondo quanto prescritto dalla legge di delega (art. 44, commi 1 e 2, della legge n.69 del 2009). Attribuendo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla CONSOB, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con la competenza funzionale del TAR Lazio – sede di Roma, e con cognizione estesa al merito), il legislatore delegato non ha invece tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, formatasi specificamente sul punto. La Corte di cassazione ha, infatti, sempre precisato che la competenza giurisdizionale a conoscere delle opposizioni (art. 196 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) avverso le sanzioni inflitte dalla CONSOB ai promotori finanziari, anche di tipo interdittivo, spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, posto che anche tali sanzioni, non diversamente da quelle pecuniarie, debbono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e quindi sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa (Corte di cassazione, sezioni unite civili, 22 luglio 2004, n. 13703; nello stesso senso 11 febbraio 2003, n. 1992; 11 luglio 2001, n. 9383). Anche il Consiglio di Stato ha riconosciuto che, in punto di giurisdizione sulle controversie aventi per oggetto sanzioni inflitte dalla CONSOB, sussistessero precedenti giurisprudenziali nel senso della giurisdizione ordinaria, affermando da ultimo la giurisdizione del giudice amministrativo solo sulla base dell'insuperabile dato legislativo espressamente consolidato nell'art. 133 (materie di giurisdizione esclusiva), comma 1, lettera l), del d.lgs. n. 104 del 2010, che prevede testualmente che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati (...) dalla Commissione nazionale per la società e la borsa» (Consiglio di Stato, sezione VI, 19 luglio 2011, n. 10287), vale a dire sulla base proprio delle disposizioni impugnate in questa sede. Precedentemente all'intervento legislativo qui in esame, invece, lo stesso Consiglio di Stato aveva aderito all'impostazione della Cassazione, secondo cui doveva attribuirsi al giudice ordinario la giurisdizione sulle sanzioni inflitte dalla CONSOB (Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2007, n. 6474; cfr. in precedenza, sezione VI, 19 marzo 2002, n. 4148). La citata giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale esclude che l'irrogazione delle sanzioni da parte della CONSOB sia espressione di mera discrezionalità amministrativa, unitamente alla considerazione che tali sanzioni possono essere sia di natura pecuniaria, sia di

Copyleft – Ius Publicum

- la sentenza della Cassazione, sez. VI-3 civile, sent. n. 10730 del 27 giugno 2012, che, con riguardo alla Delibera A.E.E.G. n. 200/1999 (secondo cui l'ente erogatore del servizio deve prevedere una modalità di pagamento gratuito della bolletta) ha dichiarato che il potere normativo dell'Autorità per l'energia elettrica si può concretizzare anche nella previsione di prescrizioni che possono integrare, ai sensi dell'art. 1339 cod. civ., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche derogando a norme di legge, ma soltanto qualora queste ultime siano meramente dispositive e tale potere sia espressamente previsto dall'Autorità stessa a tutela del consumatore (e pertanto, nel caso di specie, tale Delibera non ha la capacità di integrare i contratti già esistenti ai sensi dell'art. 1339 cod. civ.).

Inoltre da menzionare è l'annullamento, da parte del Consiglio di Stato, del "Piano di numerazione automatica dei canali" (approvato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) e che ha portato all'apertura del procedimento del nuovo "Piano". Infatti, con Delibera n. 442/12/CONS del 4 ottobre 2012 ("*Consultazione pubblica sullo schema di provvedimento recante il nuovo piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo*") l'Autorità per le garanzie nella comunicazioni, in ragione dell'annullamento, da parte del Consiglio di Stato (sez. III, sentenze n. 04658/2012, n. 04659/2012, n.04660/2012 e n. 04661/20120, depositate il 31 agosto 2012) del Piano di numerazione automatico dei canali della televisione digitale terrestre approvato con la delibera n. 366/10/CONS, ha dato l'avvio alla procedura di

tenore interdittivo (giungendo persino ad incidere sulla possibilità che il soggetto sanzionato continui ad esercitare l'attività intrapresa), impedisce di giustificare sul piano della legittimità costituzionale l'intervento del legislatore delegato, il quale, incidendo profondamente sul precedente assetto, ha trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla CONSOB, discostandosi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che invece avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto prescritto dalla delega".

Copyleft – Ius Publicum

consultazione pubblica sul redigendo provvedimento. Nelle predette sentenze il Consiglio di Stato aveva anche tracciato l'iter che l'AGCom, nelle more dell'adozione del nuovo Piano TLC, era chiamata a percorrere sia indicando la "necessità" che "*in osservanza del principio del buon andamento, l'AGCom medio tempore adotti, con l'urgenza del caso, ogni misura transitoria ritenuta utile allo scopo di consentire l'ordinata fruizione della programmazione televisiva da parte degli utenti e degli operatori del settore*". E i giudici di Palazzo Spada indicano anche *"data l'urgenza e la necessità di provvedere*", la possibilità dell'adozione *"di una proroga di fatto del Piano LCN annullato, fermo restando che si tratta di un rimedio da adottare in via di straordinaria urgenza*". Proprio allo scopo di evitare il prodursi di una situazione di "*vuoto regolamentare*" e *"di confusione nella programmazione delle emittenti conseguente alla possibilità di acquisire liberamente il numero del telecomando su cui irradiare i palinsesti*", il Consiglio di Stato autorizza (e "consiglia") all'AGCom anche la proroga del Piano oramai annullato a condizione però che l'Autorità medesima proceda speditamente nell'iter di adozione del nuovo Piano ("*va ribadito che, comunque, l'AGCOM è tenuta ad adottare le nuove determinazioni in tema di LCN con la sollecitudine corrispondente all'obbligo di dare ottemperanza alla presente sentenza di annullamento della delibera n. 366/2010*"). Pertanto, con delibera n. 391/12/CONS del 4 settembre 2012 ("*Proroga, in via d'urgenza, del piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo di cui alla delibera n. 366/10/CONS in conseguenza delle sentenze del Consiglio di Stato n. 04658/2012, n. 04659/2012, n. 04660/2012, n. 04661/2012 depositate il 31 agosto 2012, nelle more della revisione del detto piano di numerazione*"), l'Autorità ha prorogato, nelle more della definizione del nuovo Piano, il previgente Piano di numerazione ed ha definito i tempi di rinnovazione del procedimento (comprendenti gli adempimenti relativi allo svolgimento della consultazione pubblica e alla nuova indagine sulle abitudini e preferenze degli utenti) prevedendo (per l'adozione del nuovo Piano) un termine di centottanta giorni a decorrere dalla consultazione pubblica che doveva prendere avvio entro il 4 ottobre 2012.

Copyleft – Ius Publicum

Il precedente "Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre" era stato approvato dall'AGCom, con delibera n. 366/2010 (in attuazione dell'art. 32 d. lgs . 31 luglio 2005 come modificato dall'art. 5 d. lgs. 15 marzo 2010 n. 44) che aveva regolamentato il sistema "*LCN-Logical Channel Numbering*" con l'assegnazione automatica del numero per ciascun canale ai fornitori di servizi di media audiovisivi, dettandone le modalità di attribuzione e di utilizzo. Sky Italia s.r.l., autorizzata a trasmettere con il marchio Cielo (attraverso l'operatore di rete digitale terrestre "lett. A" s.p.a.) aveva impugnato innanzi al Tar Lazio la predetta delibera n. 366/2010 e l'allegato Piano di numerazione automatica. Nelle more del giudizio, il Ministero dello Sviluppo, nell'attribuire la numerazione automatica ai canali della televisione digitale terrestre a diffusione nazionale, assegnava ai marchi "Cielo" e "Cielo 2" (nella categoria dei canali semigeneralisti) i numeri LCN 26 e 131, respingendo le domande di Sky Italia che, invece, aveva chiesto per entrambi i marchi una numerazione ricompresa nello stesso sottoblocco spettante ai canali generalisti nazionali e, comunque, non oltre le posizioni n. 10 per "Cielo" e n.11 per "Cielo 2". Il Tar Lazio, con sent. n. 873/2012 ha accolto il ricorso con riguardo all'insufficienza del termine di giorni 15 assegnato per la consultazione dello schema del Piano e al mancato inserimento nella categoria dei canali generalisti nazionali anche dei canali digitali nazionali non ex analogici, annullando la delibera AGCom n. 366/2010 e parti del Piano di numerazione. In sede di appello il Consiglio di stato (R.G. 921/2012), con ordinanza cautelare aveva sospeso gli effetti della sentenza appellata con riferimento ai "consistenti aspetti di pregiudizio grave ed irreparabile".

Il quadro normativo di riferimento era (ed è) rappresentato dall'art. 32 del decreto legisl. n. 177/2005 (come modificato dal d. legisl. 15 marzo 2010 n. 44 adottato in attuazione della delega conferita con la legge n. 88/2009, legge comunitaria del 2008, al fine di rispettare gli obblighi imposti dalla direttiva CE 2007/65 sui Servizi Media audiovisivi-SMAV), in attuazione del quale l'AGCom, al fine di assicurare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, era chiamata ad adottare un apposito "Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre" stabilendo con

Copyleft – Ius Publicum

proprio regolamento le modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi media audiovisivi sulla base di principi e criteri direttivi posti (in ordine di priorità) dalla predetta norma[6]. L'AGCom, dopo aver effettuato le consultazioni pubbliche sullo schema di "Piano", aveva commissionato un'apposita indagine alla Demoskopea s.p.a., facendone propri i risultati. Concluso il procedimento istruttorio, con delibera n. 388/2010, l'Autorità aveva approvato il "Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre", stabilendo le modalità di attribuzione dei numeri LCN e le relative condizioni di utilizzo. Tale Piano, fissati i criteri di ripartizione della numerazione (art. 3), assegnava (art. 4) ai canali generalisti nazionali ex analogici i numeri da 1 a 9 nel rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, mentre assegnava alle emittenti locali (art. 5) i numeri da 10 a 19 (e da 71 a 99) del primo arco di numerazione (cioè da 1 a 100). Per il Consiglio di Stato, il posizionamento dei canali nativi digitali a partire dal numero 21 LCN non costituisce una violazione dell'art. 32, comma 2, citato, oppure una discriminazione rispetto di canali storici ex analogici, ma discende direttamente dall'applicazione del parametro normativo che prescrive di attribuire i numeri del LCN nel "rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali". L'illegittimità del Piano discende invece dalla violazione del termine minimo di giorni 30 per la consultazione degli interessati, previsto dall'art. 11, comma 1 del Dlgs. n. 259/2003 (Codice Comunicazioni Elettroniche) e dall'art. 3, comma 1, della delibera n.453/2003/Cons. Il più breve termine di 15 giorni (fissato nella delibera n. 122/210 del 16 aprile 2010) risulta in contrasto con l'art. 11, comma 1, del Codice Comunicazioni Elettroniche che fissa per tali tipologia di consultazione il termine minimo di giorni 30. A

[6] I principi e criteri direttivi sono: a) garanzia di semplicità d'uso del sistema di ordinamento automatico dei canali; b) rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali ed alle emittenti locali; c) suddivisione delle numerazioni dei canali a diffusione nazionale sulla base del criterio della programmazione prevalente in relazione ai generi di programmazione tematici con adeguati spazi nella numerazione volti a valorizzare la programmazione delle emittenti locali di qualità e quella legata al territorio; d) individuazione di numerazioni specifiche per i servizi di media audiovisivi a pagamento; e) definizione delle condizioni di utilizzo della numerazione; f) revisione del Piano di numerazione in base allo sviluppo del mercato.

Copyleft – Ius Publicum

questo proposito il Consiglio di Stato evidenzia che tale norma trovando la propria fonte in una norma di rango primario, non poteva essere derogata dalla stessa Autorità "nell'esercizio del suo potere regolamentare", né la consultazione poteva considerarsi sostanzialmente avvenuta (come sostenuto dall'Autorità) in quanto di argomento analogo a quella disposta con precedente delibera AGCom[7]. Ma soprattutto il Consiglio di Stato sottolinea che "*le garanzie procedimentali hanno una propria valenza, in quanto sono poste a tutela del corretto modus operandi della P.A.*" e pertanto "il rilevato vizio nel procedimento di adozione della delibera AGCom e dell'allegato Piano LCN comporta l'illegittimità in via derivata anche del contenuto Piano medesimo".

Nella redazione dello "Schema di provvedimento" su cui viene aperta la pubblica consultazione, l'AGCom prende le mosse dalle argomentazioni contenute nelle citate sentenze del Consiglio di Stato, nelle quali si afferma, fra l'altro, l'obbligo per l'Autorità di "*ripronunciarsi sull'assegnazione dei numeri ai canali ... a seguito di una nuova indagine sulle abitudini e preferenze degli utenti da condursi con adeguati criteri che garantiscano univocità di elementi di comparazione*" e l'inadeguatezza dell'utilizzo delle graduatorie Corecom di cui al Decreto Ministeriale 5 novembre 2004 n.292 ("*Regolamento per la concessione alle tv locali dei contributi di cui all'art. 45 co.3 della legge 23 dicembre 1998 n.448*"), quale criterio per l'attribuzione della numerazione alle emittenti locali (sent. n. 4658/2012)[8]. L'annullamento del Piano (sent. n. 4659/2012) avviene per l'illegittimità del

[7] Tale precedente istruttoria riguardava - secondo il Consiglio di Stato - una situazione diversa e cioè la proposta di autoregolamentazione convenzionale, in tema di numerazione dei canali, avanzata nel 2009 dalla Associazione DGTVI ma poi archiviata a seguito dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 32 D.lgs. n. 177/2005 (modificato da D.lgs. n. 44/2010), che introducono un sistema di LCN di chiara materia autoritativa, precludendo in tal guisa la possibilità di disciplinare la numerazione su base convenzionale a seguito di accordi tra gli operatori del settore).

[8] Infatti "*pur evidenziando tali graduatorie degli elementi potenzialmente non estranei ai criteri indicati dalla legge, tuttavia le stesse non avrebbero potuto essere utilizzate dall'Agcom ai fini dell'adozione del piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre*" in quanto "*compilate per finalità diverse da quelle per le quali veniva predisposto il piano Agcom essendo il frutto combinato di due fattori di assegnazione*

Copyleft – Ius Publicum

termine di quindici giorni stabilito dall'AGCom per la consultazione pubblica indetta con delibera n. 122/10/CONS (ed a seguito della quale era stata approvata la delibera n. 366/10/CONS), in luogo dei trenta giorni stabiliti dall'art. 11 d. legisl. n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche)[9]. Anche con riguardo alle modalità di rilevazione delle

del punteggio e cioè del fatturato e del numero dei dipendenti". Il Consiglio di Stato inoltre evidenzia che la procedura per l'accesso a tali contributi avveniva su impulso volontario da parte delle emittenti locali (e circa il 13% di queste non compariva in tali graduatorie, non avendo presentato istanza per partecipare). Pertanto tali graduatorie, essendo state adottate con una diversa *ratio* e perseguendo finalità che si discostano dai requisiti di cui all'art. 32 Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, potevano solo in parte essere considerate come un criterio di qualità e un indice di rilevamento delle preferenze degli utenti e del radicamento nel territorio, poiché "*in esse venivano nel contempo in rilievo esigenze di sostegno all'emittenza locale, preordinate alla sola erogazione di contributi pubblici*", costituendo, pertanto, un criterio inidoneo ad accertare le abitudini e preferenze degli utenti e il radicamento delle emittenti sul territorio.

[9] Il Consiglio di Stato, anche in tale pronuncia, afferma l'inidoneità dell'utilizzo del criterio delle graduatorie Corecom con riferimento all'attribuzione delle numerazioni alle emittenti locali, essendo tali graduatorie compilate sulla base del fatturato delle emittenti e pertanto inidonee ad attestare le preferenze degli utenti in quanto "*anche ove si consideri che una delle principale voci di fatturato è rappresentata dalla raccolta della pubblicità, cionondimeno l'ulteriore passaggio, tra la raccolta della pubblicità e le preferenze degli utenti, rimane non dimostrato. Infatti la raccolta della pubblicità, pur se è un utile indicatore della preferenza degli utenti (in quanto di solito gli inserzionisti si rivolgono alle emittenti con maggior numero di utenti), tuttavia da solo non è univoco né sufficiente*". Invece, le abitudini e le preferenze degli utenti si prestano ad essere soppesate più correttamente con riferimento al *"livello di ascolto di ciascuna emittente ed il suo radicamento nel territorio, fermo restando che il legislatore ha attribuito al criterio "abitudine dell'utente" una valenza autonoma rispetto agli ascolti preferenze".* Con riferimento al criterio della qualità delle emittenti stabilito dalla legge, il Consiglio di Stato evidenzia che "*appare di intuitiva portata il ruolo strategico acquisito di fatto dalle emittenti locali di qualità che hanno valorizzato usi e costumi di specifiche aree geografiche, costituenti in patrimonio di cultura locale tradizionale, profana e religiosa che (attraverso servizi giornalistici e trasmissioni divulgative su feste, cibi, luoghi di culto e beni storico ambientali) viene proposta alle nuove generazioni ed alla platea di cultori ed operatori commerciali (come quelli del settore turistico ed agroalimentare oppure dei prodotti dell'artigianato), evitando sia la dispersione di tali risorse sia l'affievolimento dello spirito di identità della comunità locale in antitesi a modelli di comportamento di massa, diffusi dalle comunicazioni in rete e provenienti da altre culture, che possono essere recepiti passivamente dagli utenti e comportare effetti disaggreganti su contesti socio culturali già a rischio. Né si può dimenticare, sotto altro profilo, il contributo informativo e socio-assistenziale che l'emittente locale di qualità è in grado di offrire alla platea di utenti della propria area geografica in occasione di*

preferenze degli utenti, il Consiglio di Stato (sent. n. 4660/2012, ed a proposito dell'attribuzione delle posizioni 8 e 9 del telecomando) rileva che "*gli esiti della indagine-sondaggio (con 10.000 interviste) effettuata da Demoskopea s.p.a., alla data del 2 luglio 2010, che ha portato al l'individuazione di 9 canali nazionali generalisti quali preferiti nelle abitudini e nelle preferenze degli utenti, ad avviso del collegio, non risulta suffragata da corrispondente ed univoco riscontro*" in quanto "*secondo il sondaggio, nelle aree a ricezione analogica sui numeri da 1 ad 8 risultano sintonizzate le emittenti nazionali ex analogiche, mentre al numero 9 risulta sintonizzata per il 51,1% una emittente locale; la situazione, peraltro, cambia nelle aree a ricezione digitale, in cui, invece, in prevalenza su tutti i numeri da 1 a 9 del telecomando sono sintonizzate le emittenti nazionali ex analogiche*". Pertanto "*i dati non sono univoci e ... i risultati del sondaggio sono fuorvianti in quanto assommano elementi disomogenei*"[10].

situazioni di emergenza, nonché di specifiche problematiche circoscritte al territorio corrispondente al proprio bacino di utenza". Inoltere, sempre in tale sentenza, il Consiglio di Stato ha espresso rilievi in ordine all'assegnazione delle posizioni otto e nove del piano di numerazione alle emittenti "MTV – Music television" e "Deejay TV", in quanto "*le posizioni otto e nove devono essere attribuite (in conformità alle abitudini e preferenze degli utenti nella sintonizzazione dei canali) ad emittenti generaliste, ove operative, fermo restando che il criterio delle abitudini consolidate (come si è detto) ha una valenza sua propria rispetto agli ascolti, mentre Music TV e Deejay Television non possono essere inserite nella categoria delle emittenti generaliste c.d. storiche che trasmettono programmi generalisti da decenni*".

[10] Per il Consiglio di Stato "*un argomento ex post a conferma di tale difetto d'istruttoria si rinviene nella stessa individuazione delle due emittenti nazionali cui la connessa determinazione del Ministero dello Sviluppo economico del 24 novembre 2010 ha attribuito i numeri 8 e 9 del telecomando: infatti MTV e Deejay TV certamente non hanno le caratteristiche richieste per inserirsi nella categoria delle emittenti ex analogiche generaliste, poiché si tratta, all'evidenza, di emittenti con programmazione chiaramente non rivolte ad un pubblico generalizzato, ma dedicata ad una specifica fascia di utenza con prevalenza di trasmissioni sul mondo giovanile e, comunque, di programmi con impostazione per una utenza specifica, spesso tratti anche da emittenti anglofone (per cui sono diffuse in lingua inglese con i sottotitoli in italiano), nonché di spettacoli su generi musicali di tendenza per un pubblico di giovani"*.

Copyleft – Ius Publicum

L'Autorità, dopo aver prorogato il Piano previgente, ha (con delibera n. 427/12/CONS del 13 settembre 2012) ha avviato la procedura per la scelta del soggetto cui affidare una nuova indagine sulle abitudini e preferenze degli utenti "da condursi con adeguati criteri che garantiscano univocità di dati ed omogeneità di elementi di comparazione". Ed infine (con la Delibera in esame del 4 ottobre 2012 l'Autorità ha avviato la consultazione pubblica sullo "Schema di provvedimento relativo all'adozione del nuovo Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre" in ragione "della necessità di modificare le parti del Piano ritenute dal Consiglio di Stato incompatibili con l'art. 32 del Testo unico e dell'opportunità di effettuarne la revisione in base allo sviluppo del mercato". Lo "*Schema di provvedimento recante il Nuovo piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo*", approvato il 4 ottobre, è stato pubblicato sul sito dell'Autorità il successivo 10 ottobre ed è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale il 19 ottobre (entro il termine di trenta giorni da quest'ultima data devono pervenire le varie osservazioni).

Nello "Schema di provvedimento" l'Autorità rimodula innanzitutto alcune definizioni[11] e fra queste particolare rilevanza appare avere (anche alla luce delle considerazioni contenute nelle citate sentenze del Consiglio di Stato) quella di "*genere di*

[11] Dalla definizione di "*ambito locale televisivo*" (l'esercizio dell'attività di radiodiffusione televisiva in uno o più bacini, comunque non superiori a dieci, anche non limitrofi, purché con copertura inferiore al 50 per cento della popolazione nazionale; l'ambito è denominato «regionale» o «provinciale» quando il bacino di esercizio dell'attività di radiodiffusione televisiva è unico e ricade nel territorio di una sola regione o di una sola provincia, e l'emittente non trasmette in altri bacini; l'espressione «ambito locale televisivo» riportata senza specificazioni si intende riferita anche alle trasmissioni in ambito regionale o provinciale) a quella di "*ambito nazionale*" (l'esercizio dell'attività di radiodiffusione televisiva o sonora non limitata all'ambito locale) a quella di "*canale generalista nazionale*" (canale storicamente irradiato in ambito nazionale in tecnica analogica e simulcast analogico-digitale che trasmette in chiaro prevalentemente programmi di tipo generalista con obbligo di informazione ai sensi dell'art. 7 del Testo unico).

Copyleft – Ius Publicum

programmazione semigeneralista" (quale "programmazione dedicata ad almeno tre generi differenziati inclusa l'informazione giornaliera, tutti distribuiti in modo equilibrato nell'arco della giornata di programmazione ivi comprese le fasce di maggior ascolto, nessuno dei quali raggiunge il 70 per cento della programmazione stessa") e la percentuale prevista per il "*genere di programmazione tematico*" ("genere di programmazione dedicato un tema specifico in relazione ad un pubblico di riferimento/ target di utenza, a cui un fornitore di servizi di media audiovisivi dedica almeno il 70 per cento della programmazione diffusa in tecnica digitale terrestre")[12].

Con riguardo ai criteri di ripartizione della numerazione, lo "Schema di provvedimento", dopo avere previsto che il piano di numerazione sia organizzato in modo da garantire la "semplicità d'uso del sistema di ordinamento automatico dei canali" da rispettare "le abitudini e preferenze degli utenti" ("con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali"), pone nel primo arco di numerazione "adeguati

[12] Vengono inoltre individuati: il "*genere di programmazione tematico "bambini e ragazzi*" ("genere di programmazione tematico, dedicato a minori e ragazzi, delle diverse fasce di età, con finalità formative, informative o di intrattenimento, nel rispetto del diritto dei minori alla tutela della loro dignità e del loro sviluppo fisico, psichico e morale"); il "*genere di programmazione tematico "informazione"*" ("genere di programmazione tematico dedicato all'informazione, con notiziari, programmi o rubriche di approfondimento, inchieste, reportage, dibattiti e fili diretti, telecronache, talk show anche su temi sociali e di costume"); il *genere di programmazione tematico "cultura"* ("genere di programmazione tematico a contenuto educativo, storico, artistico, letterario o scientifico; programmi di attualità scientifica, umanistica e tecnologica, anche con carattere di intrattenimento; opere audiovisive italiane ed europee, teatro, lirica, documentari, rievocazioni storiche, rubriche su temi sociali e di costume"); il "*genere di programmazione tematico "sport"* ("genere di programmazione tematico, dedicato allo sport, con eventi sportivi nazionali e internazionali trasmessi in diretta o registrati; notiziari sportivi; rubriche di approfondimento"); il "*genere di programmazione tematico "musica*" ("genere di programmazione tematico, dedicato alla musica, con programmi dedicati a tutti i generi e sottogeneri di musica classica e leggera; programmi e contenitori prevalentemente musicali; riprese dal vivo o differite di eventi musicali; programmi di attualità sul mondo della musica nazionale e popolare; programmi e contenitori prevalentemente musicali dedicati in particolare alla musica ed ai giovani artisti"); il "*genere di programmazione tematico "televendite"* ("genere di programmazione tematico, dedicato alle offerte dirette al pubblico allo scopo di fornire, dietro pagamento, beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni")

Copyleft – Ius Publicum

spazi ... che valorizzino la programmazione delle emittenti locali di qualità e quella legata al territorio". In particolare è previsto che la numerazione attribuita ai canali nativi digitali a diffusione nazionale (fatti salvi i canali generalisti nazionali) sia effettuata in base alla suddivisione della programmazione nei seguenti generi: semigeneralista, bambini e ragazzi, informazione, cultura, sport, musica, televendite[13]. Ai canali generalisti nazionali vengono attribuiti i numeri da 1 a 9 e ("per quelli che non trovano collocazione in tale sequenza di numeri"), almeno il numero 20 del primo arco di numerazione. All'interno di tale sottoinsieme, l'attribuzione delle numerazioni è effettuata "sulla base del principio del rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti"[14]. Con riguardo alle emittenti locali, a queste sono attribuiti i numeri da 10 a 19 e da 71 a 99 del primo arco di numerazione (e per il secondo e terzo arco di numerazione si ripetono blocchi attribuiti – sempre alle emittenti locali - con la medesima successione), mentre è riservato alle emittenti locali il settimo arco di numerazione[15]. Ai canali digitali terrestri a diffusione nazionale in chiaro sono attribuiti i

[13] Nel primo arco di numerazione non possono essere irradiati, durante l'intera programmazione, programmi rivolti a un pubblico di soli adulti, ivi compresi quelli contenenti la promozione di servizi telefonici a valore aggiunto del tipo *messaggeria vocale*, *hot-line*, *chat-line*, *one-to-one* e similari. Per i servizi di media audiovisivi a pagamento sono previste numerazioni specifiche a partire dal quarto arco di numerazione.

[14] Con riferimento all'assegnazione dei numeri 7, 8 e 9 ai canali nazionali ex analogici il Consiglio di Stato (sent. n. 04660/2012) ha posto l'obbligo per l'AGCom di "*ripronunciarsi sull'assegnazione dei numeri ai canali in questione a seguito di una nuova indagine sulle abitudini e preferenze degli utenti da condursi con adeguati criteri che garantiscano univocità di elementi di comparazione"*, specificando che "*le posizioni otto e nove devono essere attribuite (in conformità alle abitudini e preferenze degli utenti nella sintonizzazione dei canali) ad emittenti generaliste, ove operative, fermo restando che il criterio delle abitudini consolidate (come si è detto) ha una valenza sua propria rispetto agli ascolti*. Conseguenzialmente l'AGCom ha provveduto ad avviare la procedura per la scelta del soggetto cui affidare una nuova indagine sulle abitudini e preferenze degli utenti da condursi con adeguati criteri che garantiscano univocità di dati ed omogeneità di elementi di comparazione.

[15] Lo "Schema di provvedimento" specifica che, al fine di valorizzare la programmazione di qualità e quella legata al territorio, le numerazioni relative ai blocchi di competenza delle emittenti locali in ogni regione (e nelle province autonome di Trento e di Bolzano) sono attribuite, a partire dal numero 10, secondo la collocazione derivante da apposite graduatorie regionali predisposte dal Ministero dello sviluppo economico, assegnando i punteggi in relazione alle seguenti aree di valutazione: qualità della programmazione, preferenze degli utenti e

Copyleft – Ius Publicum

numeri da 21 a 70 del primo arco di numerazione, suddivisi nei seguenti generi di programmazione: semigeneralisti, bambini e ragazzi, informazione**,** cultura, sport, musica, televendite. L'attribuzione delle numerazioni ai vari canali in questione è effettuata sulla base di una suddivisione dei generi di programmazione in sottoblocchi (nel caso di richieste superiori alla disponibilità di numeri è prevista la collocazione nel secondo arco di numerazione delle numerazioni relative al genere di programmazione "televendite"). La determinazione della dimensione di ciascun sottoblocco è rimessa al Ministero ("in relazione all'offerta esistente e in base alle richieste formulate dai fornitori di servizi di media audiovisivi a diffusione nazionale già abilitati all'esercizio della radiodiffusione televisiva in tecnica digitale terrestre ... e riservando comunque una percentuale non inferiore al 30 per cento di ciascun sottoblocco a disposizione per soggetti nuovi entranti")[16]. Il quarto e quinto arco di numerazione sono riservati ai servizi di media audiovisivi a pagamento[17], mentre il sesto arco è riservato alle numerazioni per i canali

radicamento nel territorio. La qualità della programmazione è valutata in base ai piani editoriali degli ultimi cinque anni e ai dipendenti impiegati fino ad un massimo di punti 50, con riferimento ai seguenti aspetti: a) quota percentuale di programmi di informazione sul totale della programmazione irradiata; b) quota percentuale di programmi di informazione autoprodotti sul totale dei programmi di informazione; c) quota percentuale di programmi autoprodotti legati al territorio sul totale della programmazione irradiata, al netto di quelli a carattere informativo; d) numero di edizioni quotidiane di telegiornali in relazione alla loro durata complessiva; e) quota percentuale di programmi culturali, formativi e dedicati ai minori; f) numero di dipendenti impiegati. Non si considerano programmi autoprodotti i programmi di televendita. Invece le preferenze degli utenti ed il radicamento sul territorio, sono valutati in base agli indici di ascolto, alla storicità e al grado di copertura, con riferimento ai seguenti aspetti: a) le preferenze degli utenti sono valutate in base agli indici di ascolto rilevati dalla società Auditel negli ultimi anni; b) la storicità dell'emittente espressa in numero di anni di irradiazione del programma; c) il grado di copertura del programma irradiato. Alle emittenti locali che diffondono il medesimo programma su più regioni e che intendono richiedere l'attribuzione di un'identica numerazione su tutti i bacini serviti, sono attribuiti i numeri da 75 a 84 sulla base di graduatorie per aree pluriregionali di diffusione.

[16] E' inoltre previsto che per il secondo e terzo arco di numerazione si ripetono blocchi e sottoblocchi con la medesima successione del primo, salvo l'eventuale inserimento del sottoblocco riservato al genere di programmazione tematico "televendite" a partire dal secondo arco di numerazione.

[17] All'interno di tale sottosettore le numerazioni sono attribuite sulla base dell'offerta/pacchetto a pagamento di

Copyleft – Ius Publicum

diffusi in alta definizione (HD) e l'ottavo alle numerazioni per i servizi di radiofonia (le numerazioni successive all'ottavo arco di numerazione sono riservate ad ulteriori tipologie di servizi)[18]. L'art. 10 dello "Schema di Provvedimento" disciplina infine la procedura che il Ministero deve seguire per procedere alla riattribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi in conformità al nuovo Piano di numerazione[19].

Con riguardo alla potestà normativa dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, il Consiglio di Stato[20] ha confermato alcune importanti posizioni già raggiunte dalla

ciascun fornitore di servizi di media audiovisivi a pagamento. L'attribuzione di un blocco di numeri per ciascuna offerta a pagamento è determinata sulla base delle richieste di ciascun soggetto e della effettiva necessità in base ai contenuti a pagamento trasmessi.

[18] Ai servizi di sistema, quali le guide ai programmi e i canali mosaico, sono riservati i numeri 0, 100, 200, 300, 400, 500, 600, 700, 800, 900.

[19] Il Ministero pubblica i bandi nazionali, regionali e pluriregionali per l'attribuzione delle numerazioni entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del nuovo Piano, invitando i soggetti interessati a produrre la domanda di attribuzione della numerazione nel termine prefissato dai bandi stessi. Il Ministero provvede a formare le relative graduatorie e ad attribuire le numerazioni ai soggetti richiedenti entro il termine stabilito dai bandi di gara. Le graduatorie sono rese pubbliche. Fino all'attribuzione delle nuove numerazioni restano in vigore quelle attualmente in uso. Successivamente alla fase di prima applicazione il Ministero attribuisce le numerazioni disponibili su domanda dei soggetti interessati. Ove le numerazioni disponibili siano inferiori alle richieste pervenute, il Ministero provvede mediante sorteggio pubblico. Nel caso in cui uno stesso soggetto presenti domande per l'attribuzione di più numeri, il soggetto richiedente è ammesso al sorteggio di un solo numero per ciascun genere oggetto di richiesta. Il numero ottenuto in esito a sorteggio pubblico non può essere oggetto di scambio per almeno un anno dall'assegnazione. L'attribuzione dei numeri è effettuata per la durata del titolo autorizzatorio per la fornitura di servizi di media audiovisivi rilasciato al soggetto richiedente. L'attribuzione dei numeri ai soggetti già abilitati all'esercizio della radiodiffusione televisiva in tecnica digitale terrestre è effettuata dal Ministero con separato provvedimento integrativo dell'autorizzazione. Il Ministero comunica l'attribuzione dei numeri ai soggetti richiedenti e all'Autorità e li rende disponibili sul proprio sito internet. A tal fine istituisce un elenco pubblico nel quale sono riportati i numeri attribuiti ed il relativo assegnatario, nonché i numeri ancora disponibili e lo aggiorna con cadenza periodica.

[20] Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, sentenza n. 2521.

Copyleft – Ius Publicum

giurisprudenza amministrativa (soprattutto di secondo grado) con riferimento in particolare ai caratteri distintivi della potestà regolamentare in materia di distribuzione del gas naturale, alle condizioni di compatibilità di tale potestà normativa con il principio di legalità, e ai limiti del sindacato giurisdizionale sull'esercizio di siffatta potestà. I giudici di Palazzo Spada erano chiamati a pronunciarsi su quattro sentenze del TAR Lombardia, con le quali erano state decise varie controversie aventi ad oggetto molteplici aspetti della normativa in materia di modalità di regolazione tariffaria nel settore della distribuzione del gas naturale[21]. Il Consiglio di Stato, dopo aver evidenziato la "particolare ampiezza" della potestà regolamentare dell'Aeeg (facendo esplicitamente riferimento alla nozione di "poteri impliciti" e ponendo come principale argomento di giustificazione la connotazione "fortemente tecnica" del settore regolato, settore che pone anche la necessità di un continuo rinnovo dei contenuti delle singole discipline normative)[22], ha ribadito l'argomentazione, da tempo esplicitata[23], che assegna al principio del giusto procedimento (e dunque alla

[21] Tale normativa era stata posta dall'Aeeg con Deliberazione del 22 dicembre 2008, ARG/gas 159/08, recante il «*Testo Unico delle disposizioni della regolazione della qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo 2009-2012 (TUDG)*» e da successive delibere modificative e integrative della medesima.

[22] «*Nel caso degli atti regolamentari la legge … normalmente non indica nei dettagli il loro contenuto. La parziale deroga al principio di legalità sostanziale si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento dei fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di rivedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida sarebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti*» (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, sentenza n. 2521).

[23] Anche il TAR Lombardia, sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1, ha ribadito la necessità che l'Aeeg eserciti le proprie funzioni attraverso procedimenti partecipati: «*ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali*», giacchè «*l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative*». Ed

previsione di procedure di formazione degli atti normativi delle autorità indipendenti) la funzione di "compensare" la c.d. "perdita di legalità sostanziale": «*La dequotazione del principio di legalità sostanziale ... impone ... il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari*». L'accento posto dal Consiglio di Stato sull'importanza delle garanzie procedimentali è funzionale all'affermazione sia del controllo del giudice amministrativo sul rispetto dello svolgimento delle diverse fasi processuali, ma soprattutto come momento di emersione delle diverse opzioni valutative e dell'attenzione che l'Aeeg ha posto su ciascuna delle stesse. A questo proposito il Consiglio di Stato, in merito alla

ancora: «*Nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio. Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati attraverso audizioni e meccanismi di "notice and comment", con cui viene data preventivamente notizia del progetto di atto e viene consentito agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni*». A fronte di tutto ciò, peraltro, si ha modo di precisare che «*il semplice mancato accoglimento delle prospettazioni avanzate dagli* stakeholders*, oltre a non richiedere una specifica confutazione per ciascuna di esse, neppure ridonda di per sé in eccesso di potere*». In merito al fondamento dei poteri regolatori dell'Aeeg, il TAR aggiunge: «*il principio di legalità, come è noto, opera anche sul piano soggettivo in sede di distribuzione dei poteri fra i diversi organi pubblici e trova referente nell'art. 97 della Costituzione, che rimette alla legge l'organizzazione dei pubblici uffici. Sebbene tale principio non riceva deroga con riguardo alle autorità indipendenti, deve osservarsi che, essendosi il legislatore, nel selezionare le funzioni demandate a ciascuna autorità (cfr. l. n. 481/1995), servito di formule generali ed elastiche enunciate "per obiettivi", né ha per ciò solo accettato una sua declinazione debole, compatibile con la Costituzione ogni qual volta non si versi a fronte di determinazioni provvedimentali di contenuto ablatorio delle situazioni soggettive dei destinatari. In definitiva il principio di legalità, in tal caso, non si attualizza necessariamente nella previsione di fattispecie provvedimentali tipiche attraverso le quali si esprime la posizione di preminenza della pubblica autorità, potendo la tipologia ed il contenuto dell'atto di regolazione non richiedere un immediato e diretto referente normativo, purché sia espressione di un potere effettivamente rientrante nella funzioni assegnate all'Autorità*» (in senso analogo, ma con riferimento ad un atto non di natura normativa bensì a contenuto generale, TAR Lombardia, sez. III, 11 ottobre 2010, n. 6913).

Copyleft – Ius Publicum

determinazione dei poteri di controllo del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione, utilizza l'espressione "*ragionevolezza tecnica*" per indicare che le valutazioni tecniche operate dall'Aeeg nell'esercizio della potestà regolamentare sono soggette ad un sindacato giurisdizionale da effettuarsi anche dal punto di vista (o sotto il profilo) della ragionevolezza: «*Gli atti dell'Autorità … sono normalmente espressione di valutazioni tecniche e conseguentemente suscettibili di sindacato giurisdizionale, in applicazione di criteri intrinseci al settore che viene in rilievo, esclusivamente nel caso in cui l'Autorità abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica. Non è sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito meramente opinabile. Non è consentito, infatti, al giudice amministrativo - in attuazione del principio costituzionale della separazione dei poteri – sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'Autorità*". Grava dunque sulle parti interessate l'onere di dimostrare "*l'esistenza di specifiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere mediante le quali dimostrare che la determinazione assunta dall'Autorità si pone in contrasto con il suddetto principio di ragionevolezza tecnica*».

La giurisprudenza amministrativa, in merito alle valutazioni poste in essere dalle autorità amministrative indipendenti, dopo aver superato la propria precedente elaborazione volta a formalizzare una sorta di distinzione fra "controllo forte" e controllo debole" (svolto dal giudice amministrativo sulle ponderazioni compiute dall'autorità indipendente), sembra dunque indirizzarsi da ultimo verso un controllo sulla "ragionevolezza" delle scelte compiute dall'amministrazione indipendente fra le diverse opzioni a disposizione della medesima e come emerse nel corso del procedimento di formazione dell'atto normativo. Riemerge così l'importanza della previsione di garanzie di un procedimento aperto e partecipato (e l'esperienza dell'Aeeg – come visto - si rivela particolarmente significativa)[24].

[24] In occasione dell'introduzione di parziali modifiche o integrazioni a precedenti Delibere, l'Aeeg a volte ritiene di non dover rinnovare integralmente tutta la procedura di consultazione già posta in essere e la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2007, n. 1822, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 1256) ha

Copyleft – Ius Publicum

Da ultimo l'Aeeg pone molta attenzione, in ossequio all'obiettivo strategico del miglioramento della qualità della regolazione (obiettivo perseguito dal piano strategico triennale 2009-2011), all'attuazione di quanto contenuto nella Delibera GOP 46/08 (recante "*Introduzione della metodologia "Air" - Analisi di impatto della regolazione - nell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*") e che ha articolato il processo di consultazione in tre fasi, in ciascuna delle quali l'Aeeg presenta un nuovo documento destinato alla consultazione e alla conseguente raccolta di osservazioni sulla proposta presentata dall'Autorità (prevedendo anche incontri tecnici per specifici approfondimenti). In questo iter la proposta iniziale viene dunque riformulata per due volte al fine di giungere ad una decisione finale ampiamente condivisa[25]. La tecnica AIR, con le sue articolazioni procedimentali descritte nel piano strategico triennale, si pone dunque come tecnica ordinaria seguita dall'Aeeg nell'adozione degli atti di maggiore rilevanza[26]. Ed in questa

riconosciuto che laddove le modifiche apportate siano marginali non è necessaria "una rinnovazione integrale della partecipazione procedimentale già dispiegatasi con riferimento alle delibere che hanno tracciato il quadro della materia e rendono logica la limitazione del contraddittorio, proprio perché relativo a marginali modifiche di un sistema ormai delineato, ai soli produttori direttamente interessati alle modifiche".

[25] PUCCINI, cit., rimarca come questo nuovo ed originale atteggiarsi del procedimento, e questo progressivo aggiustamento delle soluzioni, in contraddittorio anche orale, da un lato possa garantire l'afflusso effettivo degli interessi e una partecipazione efficace e consapevole sui contenuti della regolazione, anche con un confronto contestuale dei portatori dei diversi interessi, e, dall'altro lato, possa consentire che la norma finale risulti una norma condivisa.

[26] La medesima tecnica è stata seguita dall'Aeeg in occasione della adozione del "*Testo Integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas in ordine alla regolazione delle partite fisiche ed economiche del servizio di dispacciamento (settlement TIS) comprensivo di modalità per la determinazione delle partite economiche insorgenti dalle rettifiche ai dati di misura con (modifiche alla deliberazione n. 111/06)* (Delibera ARG/elt 107/09 del 30 luglio 2009). Anche in questo caso, l'Aeeg ha dapprima prodotto un documento in cui indicava gli obiettivi da perseguire e le proposte per conseguirli; all'esito della prima tornata di consultazione, l'Aeeg ha presentato un secondo documento con cui indicava in dettaglio le opzioni preferite e sulle quali si è svolta un'ulteriore fase di consultazione. Inoltre avviene spesso che l'Aeeg, con ulteriori procedimenti (ad es. attraverso specifiche forme di consultazione) acquisisca altri elementi rilevanti ai fini delle scelte da compiere. In tal modo, oltre all'arricchimento del singolo procedimento, è l'itera funzione di regolazione che viene

Copyleft – Ius Publicum

direzione appare opportuno collocare anche la produzione normativa dell'Aeeg degli ultimi anni volta a sottoporre a "revisione" ("manutenzione evolutiva", è l'espressione usata dalla stessa Aeeg) gli atti regolamentari adottati in precedenza[27]. Ed in tale direzione è da collocare anche il *"Documento per la consultazione"* del 31 ottobre 2012.

a "servirsi" di più procedimenti che convergono nel fornire i dati rilevanti ai fini delle scelte. Ancora una volta la funzione di regolazione si dimostra elemento che fornisce unità ai molteplici poteri di cui gode una singola autorità amministrativa indipendente.

[27] v. Ad esempio la delibera GOP 33/09 del 21 luglio 2009, recante "*Misure per la semplificazione delle attività di regolazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: ricognizione dei provvedimenti, relativi agli anni 1999, 2000 e 2001, che hanno esaurito i loro effetti*".

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

THE REGULATORY POWER OF INDEPENDENT ADMINISTRATIVE AUTHORITIES

ANNUAL REPORT - 2013 - ITALY

(May 2013)

Prof. Raffaele TITOMANLIO

INDEX

1. INTRODUCTION
2. NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINALI
3. ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUCTION

In the vast body of issues about independent administrative authorities, the one more closely related to their regulatory power revolves around the foundation of such power, the location of these regulations in the sources of law, their drafting procedure and, more generally, around the place of such regulatory power within the powers and the role played by independent administrations. The study of the regulatory power of independent administrative authorities requires the analysis of both the effects determined by such power with reference to the sources of law and its incidence in the identification and determination of the role of independent administrative authorities and their location in the institutional system. As a matter of fact, if the prospect of the theory of the sources enables to highlight the changes undergone by the whole system of sources of law over the last years[1], the prospect based on the proper function of independent authorities (the so-called regulatory function) enables to go deeper into the aspects relating to their establishment and their development in the Italian legal system. Hence the "richness" of independent administrations authorities[2].

[1] For the sources of law, see R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011; F. POLITI, *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2011; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2008, 561 ss.; A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2005; S.M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2007; P. GROSSI, *Premesse per uno studio sistematico delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008; N. LIPARI, *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009; G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano*, Torino, 2008; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, 2011.

[2] Cf. R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012, and the doctrine referred to therein. Before see R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2000; ID.,

Copyleft – Ius Publicum

The regulator activity of each authority expresses itself in a wide and varied typology of administrative powers (authorizatory, sanctionatory,…), also regulatory. The acknowledgment of the regulatory nature of the relevant acts also implies the acknowledgment of their differentiated regime compared to other acts of the administrative function (from the possibility of appeal to the *Cassazione*, pursuant to *art. 360, cod.proc.civ.*, for the violation of them, to the configurability of the illegitimacy of following administrative acts - general or specific - for "violation of law", pursuant to *art. 21-octies l.n. 241/90*, up to the applicability of the principle *iura novit curia*).

At the same time, both scholars and courts agree that the regulations of independent administrative authorities are to relate to the category of administrative acts, both regarding the implementation procedures of these acts (according to principles and rules of the administrative action) and regarding the judicial review.

Finally, it is important to mention that there are significant forms of procedural

Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria, Milano Giuffrè, 2007. In docrine, there are many observations concerning the independent administrative authorities: in this regard see M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; ID., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*; IV, Roma, 1995; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997; ID., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, Passigli, 1997; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002 M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; A. La Spina – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000. G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2006; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002; P. ROSSI, *Le Autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2005; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti* (revision) in *Digesto pubbl.*, tomo I, Utet, Torino, 2008, 54 ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale - Dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Cedam, Padova, 2006; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, vol. II, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, 255 ss.; *Authorities*, a cura di L. Paganetto, Donzelli, Roma, 2007.

Copyleft – Ius Publicum

participation for the exercise of regulatory functions (someone speaks about "*contraddittorio orizzontale*" – ("horizontal adversary process/ cross-examination", tn), which aim to ensure the participation of the interested parties with a collaborative - and not merely "defensive"- role[3].

2. NEW CASE LAW AND ACADEMIC ASPECTS

Over the last two years, several new aspects concerning scholars and courts have been reported, regarding the regulatory power of independent authorities. In an academic context, in particular, the study of the regulatory power of independent authorities has been carried out within an analysis aimed at examining the origins, sources and functions of

[3] Many authors have found in procedural guarantees a peculiar legitimacy of the authorities, based on the very "procedural democracy" (see Cassese S., *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in VV.AA., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 42). In this regard, it was stated that the authorities receive a "*democratic legitimacy a posteriori"* (Clarich M., *I procedimenti di regolazione*, in VV.AA., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., p. 19; R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, cit.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009: "As a matter of fact, the democratic legitimacy does not depend only on the application of the institution of a political representation, but also on a participatory process in the elaboration and implementation of the rules, based on fairness and justice"; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit., 80 ss.). Also in the exercise of decision-making functions (eg. adoption of sanctionatory, interdictory or pecuniary measures) independent administrative authorities are required to follow procedures characterized by a guarantee of participation the interested parties (this activity - defined, according to the U.S. model – of *adjudication* - takes place ensuring wider right of defense both to the interested parties and to counterparties).

Copyleft – Ius Publicum

independent authorities, analizing their judicial nature and the resulting constitutional placement, even in studies focused on single independent administrative authorities[4].

[4] Cf. P. BILANCIA (edited by) *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012; G. GITTI, *Autonomia privata e Autorità Indipendenti*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Volume 5, Milano, Giuffrè, 2012; F. LUCIANI, *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2011; G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n.1, 2012; Regarding the relationship between free trade and free competition and public utility services (and therefore on the role of independent administrative authorities in particular in the field of networks, trade and ports), see F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Amm.*, 2010, fasc. 2, p. 313 ss.; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010; About the debate on the '*paragiurisdizionale'* nature of the guarantor Authority of competition and market, see F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, fasc. 1 p. 23 ss.; For a wide overview, see G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova Cedam, 2010; regarding the sanctionatory power of the authorities, see VV. AA. *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti* edited by Marco Fratini, introduction by M. Clarich, Padova, Cedam, 2011; Concerning the economic and regulatory analysis of the independent authorities in Italy (especially with regard to the Bank of Italy, the Guarantor of competition and market, the Guarantor of communication, to CONSOB and to the Authority for Electricity and Gas), see M. D`ALBERTI – A. PAJNO, *Arbitri dei mercati: le Autorità indipendenti e l'economia,* Bologna, Il Mulino, 2010; M. GENGHI, *Profili problematici delle autorità amministrative indipendenti*. in *Nuova rass.*, 2012, n. 7/8, p. 763 ss; About the genesis of the independent administrative authorities and on the impartiality, neutrality and autonomy, A. LEONARDI – M.F. SPERANZA, *Sull'indipendenza delle autorità amministrative*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2011, n. 1, p. 39 ss.; G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, n. 3, p. 229 ss.; M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, ibid. Concerning specific authorities or particular fields, see A. CONTALDO – M. ZAMBUCO, *La disciplina della media-conciliazione nell'ambito delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Amm. Rep. it.*, 2012, n. 3, p. 157 ss. (which goes in more depth into: the theme of mutual recognition of the Alternative Dispute Resolution; the implementation of legislative decree no. 28/2010 and the nature of the mediation process; the peculiarities as regards independent administrative authorities and the cases CONSOB and AGCOM); Regarding the administrative jurisdictional functions on economic disputes related to regulatory authorities' acts, see F. MATTASOGLIO, *Giudice amministrativo, mercato ... e i suoi fallimenti*, in *Il diritto dell'economia*, 2011, n. 3/4, p. 489 ss.; Regarding the analysis of the impact of the regulation concerning the regulatory activity of independent authorities and the relevant "*obbligo di motivazione*" ("duty to state reasons", tn) (and the connected jurisprudencial leanings), see M. COCCONI, *Motivazione e qualità dei provvedimenti di regolazione generali*, in *Il*

Copyleft – Ius Publicum

3. CASE LAW

Among the several cases regarding the independent administrative authorities, we can mention:

- the judgment of the *Corte Costituzionale n. 162 del 27 giugno 2012*, which deemed unconstitutional the regulations - *artt. 133, comma 1, lettera l; 135, comma 1, letter c; 134, par.1, lettera c*, of the legislative decree *2 luglio 2010, n. 104* ("*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo"*) and *art. 4, comma 1, n. 19*, of the same legislative decree *n. 104 del 2010*, "in the part where they assign the disputes relating the sanctions imposed by the *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (National Commission for Companies and the Stock Exchange, tn) to the exclusive jurisdiction of the

diritto dell'economia, 2011, n. 3/4 , p. 459 ss.; About communication authorities, see P. IULIANO, *Autorità Indipendenti nel settore delle telecomunicazioni e dell'informazione: modelli internazionali a confronto*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2012, n. 1, p. 61 ss.; Regarding the relationship between the regulation and safeguard of competition in the community policy of network services (with regard to both networks for electronic communications and networks for electricity and gas) and the powers of the national authorities, see G. CAGGIANO, *La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell'energia nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, n. 1, p. 41 ss.. On the control of financial market, see *E.L. Camilli, Autorità di vigilanza (profili normativi), in Enciclopedia del diritto. Annali*, Volume 5; Milano, Giuffrè, 2012; M. CLARICH, *Autorità di vigilanza (mercato finanziario)*, ibid N. RANGONE, *Mercati finanziari e qualità delle regole*, in *Banca impresa società*, 2010, fasc. 1 p. 55 ss.; G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, Il Mulino, 2009; Concerning the Authority for the control of public contracts, see C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

Copyleft – Ius Publicum

administrative court, with jurisdiction extended to the matter of fact and functional competence of *TAR Lazio – sede di Roma* (Administrative Regional Court, tn)[5];

[5] According to the *Corte Costituzionale*, the *legislatore delegato* (in the exercise of the delegation conferred upon him by law no. 69 of 2009), "when taking innovative action on the division of jurisdiction between ordinary and administrative judges, had to take into account "the jurisprudence of the Corte Costituzionale and the superior courts", in ensuring the *concentrazione delle tutele*, according to the relevant law (*art. 44, commi 1 e 2, legge n. 69 del 2009*). By attributing to the exclusive jurisdiction of the administrative judge (with the functional competence of TAR Lazio – sede di Roma, and *cognizione estesa al merito*) the disputes relating to the sanctions imposed by CONSOB, the legislator did not take into account the jurisprudence of the *sezioni unite civili delle Corte Suprema*. As a matter of fact, the *Corte Suprema* has always made clear that the judicial competence to hear and determine objections (art. 196 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) against the also interdictory sanctions imposed by CONSOB to financial dealers, is up to the ordinary judicial authority, on the assumption that even those sanctions, like the pecuniary ones, are to be applied on the basis of the gravity of the violation, and taking any possible recidivism into consideration, and therefore on the basis of criteria that are not expression of *discrezionalità amministrativa* (administrative discretionary power, tn) (Corte Suprema, sezioni unite civili, 22 luglio, 2004, n. 13703, 11 febbraio, 2003, n. 1992, 11 luglio, 20*01, n. 9383*). The *Consiglio di Stato*, too, has recognized that, as regards the jurisdiction over disputes concerning the sanctions imposed by CONSOB, *precedenti giurisprudenziali* existed as regards ordinary jurisdiction, confirming the jurisdiction of the administrative judge only on the basis of the *insuperabile dato legislativo*, expressly consolidated in *art. 133 (materie di giurisdizione esclusiva) comma 1, lettera l del d. lgs. n. 104 del 2010*, which rules that "disputes concerning all measures, including the sanctionatory ones and excluding those related to the *rapporti di impiego privatizzati*, adopted by [...] the *Commissione Nazionale per la Società e la Borsa*" are up to the exclusive jurisdiction of the administrative judge (*Consiglio di Stato, sezione VI, 19 luglio 2011, n. 10287*), that is on the basis of the very contested provisions. Before the legislative intervention in hand, however, the *Consiglio di Stato* itself had agreed with the statement of the *Cassazione*, according to which the jurisdiction over the sanctions imposed by CONSOB was to be assigned to the ordinary judge (*Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2007, n. 6474; cfr. in precedenza, sezione VI, 19 marzo 2002, n. 4148).* The mentioned jurisprudence of the *Corte di Cassazione* - which points out that the imposition of sanctions by the CONSOB is not up to mere administrative discretionary power, as well as considering that such sanctions can be of both pecuniary and interdictory nature (going so far as to affect the possibility that the sanctioned subject can continue to perform the embarked on activity) - prevents from justifying, at a constitutional legitimacy level, the intervention of the legislator *delegato*, who, deeply affecting the previous arrangement, transferred the disputes relating to sanctions imposed by CONSOB to the exclusive jurisdiction of the administrative judge, moving away from the jurisprudence of the *Corte di Cassazione*, which should have oriented the intervention of the legislator *delegato*, according to the delegation."

Copyleft – Ius Publicum

- the judgement of the *Cassazione, sez. VI-3 civile, sent. n. 10730, 27 giugno 2012*, which, with regard to the resolution of AEEG, *n. 200/1999* - according to which the service provider must provide a free of charge bill payment option - ruled that the regulatory power of the *Autorità per l'energia elettrica e il gas* (Authority for Electricity and gas, tn) may also provide for regulations that, pursuant to *art. 1339 cod.civ.*, can integrate the content of the pending individual consumer relations, also by repealing in accordance to the law, but only if the latter are merely dispositive and such power is expressly provided by the Authority itself to protect consumers (and therefore, in this case, this resolution cannot integrate the existing contracts, pursuant to *art. 1339 cod.civ*.).

It is also worth mentioning the voidance, by the *Consiglio di Stato*, of the "*Piano di Numerazione automatica dei canali*" ("Logical Channel Numbering Plan", tn) approved by *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (Authority for Communication Guarantees, tn), which led to the opening of the new "*Piano*" proceedings. As a matter of fact, with resolution *n. 442/12/CONS of the 4th of October 2012* ("*Consultazione pubblica sullo schema di provvedimento recante il nuovo piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo")* ("Public consultation on the draft resolution containing the new logical channel numbering plan of digital terrestrial television, free-to-air and pay tv, the process for allocating numbers to audiovisual media services providers authorized to broadcast audiovisual contents in digital terrestrial format and the relevant terms of use", tn) the *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, considering the voidance by the *Consiglio di Stato (sez. III, judgment n. 04658/2012, n. 04659/2012, n.04660/2012 e n. 04661/20120, of the 31th of August 2012)* of the logical channel numbering plan of digital terrestrial television, approved by resolution *n. 366/10/CONS*, triggered the process of public consultation on the draft measure.

In the above mentioned judgments, the *Consiglio di Stato* had also traced the path that the AGCOM (Authority for Communication Guarantees, tn), pending the adoption of the new TLC Plan, was called to tread, pointing out the "necessity" that "*in compliance with the principle of fair execution, the AGCOM meanwhile adopt, with the urgency of the*

Copyleft – Ius Publicum

case, any transitional measure considered necessary in order to permit the orderly use of television programming by the users and operators of the sector ".

And the judges of Palazzo Spada also point out, " *considering the urgency and the necessity to provide*", the possibility of the adoption of a "*de facto extension of the voided LCN Plan, except that it is a remedy to be taken only in case of urgent necessity*".

Exactly in order to avoid the occurrence of a situation of "regulating loop" and "*confusion in the broadcasters' programming resulting from the possibility to freely acquire the remote control numbers on which transmit their schedules*," the Consiglio di Stato also authorized (and "recommended") AGCOM the extension of the voided Plan, provided that the same authority proceeds expeditiously to implement the new Plan ("*It is important to reiterate that, however, AGCOM is required to adopt the new determinations regarding LCN with the readiness corresponding to the obligation to give compliance with this judgment of invalidation of resolution n. 366/2010*").

Therefore, with resolution *n. 391/12/CONS of the 4th of September 2012* ("*Proroga, in via d'urgenza, del piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo di cui alla delibera n. 366/10/CONS in conseguenza delle sentenze del Consiglio di Stato n. 04658/2012, n. 04659/2012, n. 04660/2012, n. 04661/2012 depositate il 31 agosto 2012, nelle more della revisione del detto piano di numerazione*") ("Extension, as a matter of urgency, of the logical channel numbering plan of digital terrestrial television, free-to-air and pay tv, the process for allocating numbers to audiovisual media services providers authorized to broadcast audiovisual contents in digital terrestrial format and the relative terms of use", tn) the Authority extended, pending the resolution of the new Plan, the pre-existing numbering Plan and set the time limit for the renewal of the procedure (including the requirements relating to the carrying out of the public consultation and the new survey on users' habits and preferences) providing, for the adoption of the new Plan, a period of one hundred and

Copyleft – Ius Publicum

eighty days, starting from the public consultation that had to be started within the October 4, 2012.

The previous "*Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre"* was approved by AGCOM, with resolution *n. 366/2010* (pursuant to *art. 32 d. lgs. 31 luglio 2005* as amended by *art. 5 d. lgs. 15 marzo 2010 n. 44*) which regulated the "LCN - Logical Channel Numbering" system, with the automatic assignment of a number for each channel to providers of audiovisual media services, dictating the process for allocating numbers and the terms of use.

Sky Italia srl, authorized to broadcast under the brand name “Cielo” (using the digital terrestrial network operator "letter A" spa), had challenged before TAR Lazio the above mentioned resolution *n. 366/2010* and the relevant numbering plan.

Pending the judgement, the *Ministero dello Sviluppo* (Ministry of Development, tn), while assigning the automatic numbering of nationwide digital terrestrial television channels, gave to the brand names "Cielo" and "Cielo 2" (falling under the category of semi-generalist channels) LCN numbers 26 and 131, rejecting the requests of Sky Italia, which had asked for both brands a number included in the same subgroup of the national generalist channels and, in any case, up to position no. 10 for "Cielo" and no. 11 for "Cielo 2". TAR Lazio, with judgment *n. 873/2012*, accepted the appeal with regard to the insufficiency of the period of 15 days granted for the consultation of the draft Plan and the failure to include also national digital channels – non former analogue - under the category of national generalist channels, invalidating the AGCOM resolution n. 366/2010 and parts of the numbering plan. The Consiglio di Stato (*RG 921/2012*), with a precautionary injunction, suspended the effects of the judgment under appeal, with reference to "significant aspects of serious and irreparable prejudice".

The regulatory framework was (and is) represented by *art. 32 d. lgs. 177/2005* (as amended by *d.lgs. 15 marzo 2010 n. 44*, adopted pursuant to the delegation conferred by law *n. 88/2009, legge comunitaria del 2008*, in order to comply with the obligations ruled by the *direttiva EC 2007/65* on *Servizi Media Audiovisivi* – SMAV (Audiovisual Media

Copyleft – Ius Publicum

Services, tn) in implementation of that the AGCOM, in order to ensure fair, transparent and non-discriminatory conditions, was required to adopt a specific "*Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre*", setting, with its own rules, the process for allocating numbers to providers of audiovisual media services, on the basis of principles and criteria provided (in order of priority) by the above mentioned regulation[6]. AGCOM, after public consultations on the draft Plan, commissioned a special survey to Demoskopea spa, then used their results. The Authority, once concluded the preliminary investigation, approved with resolution *n. 388/2010*, the "*Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre*", ruling the process for allocating LCN numbers and their terms of use. This Plan, arranged the criteria for the allocation of numbering (*art. 3*), assigned (*art. 4*) numbers 1 to 9 to the former analogue national generalist channels, in accordance with users' habits and preferences, and (*art. 5*) numbers 10 to 19 (and 71 to 99) of the first group of numbers (i.e. 1 to 100) to local broadcasters. According to the *Consiglio di Stato*, the positioning of the native digital channels starting from LCN number 21, did not constitute an infringement of the above mentioned *art. 32, comma 2*, or a discrimination in comparison to former analogue channels, but was based on the application of a normative parameter that prescribes to allocate LCN numbers "*respecting users' habits and preferences, with particular reference to the national generalist channels and local broadcasters*".

Instead, the Plan had to be considered illegal for violating the minimum time limit of 30 days for the consultation of the interested parties, set by *art. 11, comma 1, d. lgs. n. 259/2003 (Codice Comunicazioni Elettroniche)* (Electronic Communications Code, tn) and

[6] The directive principles and criteria are: a) guarantee of the ease of use of the logical channel numbering system; b) respect of the habits and preferences of users, with particular reference to national generalist channels and local broadcasters; c) assigning of numbering to national channels on the basis of the prevalent programming criteria, with regard to the thematic programming genres, with adequate gaps in the numbering, aimed at enhancing the local broadcasters' programming and the one linked to the territory, d) identification of specific numbers for pay-media audiovisual services; e) settlement of terms of use for the numbering; f) revision of the numbering plan according to market development.

Copyleft – Ius Publicum

art. 3, comma 1, resolution *n.453/2003/Cons.* The shorter time limit of 15 days (set in resolution *n.122/210, 16 aprile 2010*) clashes with *art. 11, comma 1*, of the Codice Comunicazioni Elettroniche, which sets for these type of consultations a minimum period of 30 days.

In this regard, the *Consiglio di Stato* pointed out that neither this rule, being part of primary sources of law, could be repealed by the Authority "*in the exercise of its regulatory power*", nor the consultation could be considered substantially occurred (as asserted by the Authority) as based on a similar topic to the one set out in the previous AGCOM resolution[7].

Above all, though, the *Consiglio di Stato* underlined that "*procedural guarantees have their own meaning, as they are intended to safeguard the proper modus operandi of P.A.*" and therefore "*the detected defect in the procedure for the adoption of the AGCOM resolution and the attached LCN Plan, involves the illegality of the plan itself*".

In the drawing up of the "*Schema di provvedimento*" (draft measure, tn) on which the public consultation is opened, the AGCOM started from the arguments contained in the above mentioned judgments of the *Consiglio di Stato*, which lays down, among other things, the obligation of the Authority to "*give a new judgement on the assignment of numbers to channels [...] following a new survey on users' habits and preferences, to be carried out with appropriate criteria, that ensure the intelligibility of the elements of* comparison" and the inadequacy of the use of the lists of CORECOM (Regional Communication Committes, tn) referred to in *Decreto Ministeriale 5 novembre 2004 n. 292 (Regolamento per le concessioni alle tv locali dei contributi di cui all'art. 45 co. 3 della*

[7] According to the *Consiglio di Stato*, the previous resolution concerned a different situation, that is the suggestion of a conventional self-regulation as regards the channel numbering, put forward in 2009 by the DGTVI Association, but then dismissed following the coming into force of the new text of *art. 32 d. lgs. n. 177/2005*, amended by *d. lgs. n. 44/2010*, which introduce a LCN system of clearly authoritative nature, precluding the possibility to regulate the numbering on a conventional basis as a result of agreements between sector operators).

Copyleft – Ius Publicum

legge 23 dicembre 1998 n. 448) ("Regulation for the granting of subsidies to local TV stations", tn) as a principle for the allocation of numbers to local broadcasters (judgment *n. 4658/2012*)[8]. The voidance of the Plan (judgment *n. 4659/2012*) was issued on the base of the illegality of the time limit of 15 days, set by AGCOM for the public consultation launched by resolution *n.122/10/CONS* (following which resolution n.366/10/CONS was approved), instead of the 30 days set by *art. 11 d. lgs. n. 259/2003* (*Codice delle Comunicazioni Elettroniche*)[9].

[8] As a matter of fact "*while highlighting such lists of elements potentially related to the criteria laid down by the law, the same could not be used by AGCOM for the adoption of the logical channel numbering plan of digital terrestrial television*" as "*drawn up for purposes other than those for which the AGCOM plan was drawn up, being the combined result of two factors of the score assignment, that is the turnover and the number of employees.*" Moreover, the Council of State points out that the procedure for the access to such contributions took place with a voluntary participation of local broadcasters (and about 13% of them did not appear in such lists, as they had not submitted the petition to participate). Therefore, such lists, having been adopted with a different ratio and pursuing goals that differ from the requirements of *art. 32 del Testo Unico* on audiovisual and radio media services, could only partly be considered as a quality criterion and an indicator of users' preferences and of the stabilization on the territory, because "*they also brought out support needs to local broadcasters, preordinated only to grant public fundings",* being therefore an unsuitable criterion to verify users' habits and preferences and the broadcasting stations' stabilization on the territory.

[9] The *Consiglio di Stato*, in the same judgment, ruled the unsuitability of the use of the criterion of CORECOM lists for the allocation of numbers to local broadcasting stations, being these lists drawn up on the basis of the turnover of broadcasters and therefore unfit to testify users' preferences, as *"Even considering that one of the main revenue item is represented by the advertising, the missing step from the advertising to users' preferences remains unproven. As a matter of fact, although the advertising is a useful indicator of the users' preferences (as the advertisers turn usually to broadcasters with the highest number of users), it is ambiguous and inadequate."* Instead, the habits and preferences of users are better verified with the "*audience rating of each station and its stabilization on the territory, being understood that the legislator has given the "users' habit" criterion a meaning all its own, which does not depend on the audience rating*. With reference to the broadcasting stations' quality criteria laid down by law, the *Consiglio di Stato* points out that *"The strategic role of quality local broadcasting stations, that have enhanced customs and traditions of specific geographic areas, heritage of secular and religious traditional local culture, is quite clear. That culture - through media coverage and programmes on festivals, food, places of worship and historic environmental assets – is offered to the younger generation and the audience of*

Copyleft – Ius Publicum

Moreover, with regard to the survey on users' preferences and about the allocation of positions 8 and 9 of the remote control, the *Consiglio di Stato* (judgment *n. 4660/2012*) pointed out that "*the results of the survey-poll (with 10,000 interviews) carried out by Demoskopea spa on the 2th of July 2010 - which led to the identification, among users' habits and preferences, of 9 favourite national generalist channels – in the constituency's opinion, are not supported by a relevant and unambiguous feedback*" as "*according to the survey, in analogue coverage areas, the former analogue national broadcasters are tuned to numbers 1 to 8, while to number 9 a local station is tuned at 51,1%. The situation, however, changes in digital coverage areas, where the former analogue national broadcasting stations are mainly tuned to all the numbers from 1 to 9 on the remote control".* Therefore *"the data are ambiguous and [...] the results of the survey are misleading, because they add up unhomogeneous elements* "[10].

scholars and trade operators - such as those in the tourism sector, the food and agriculture sector or the craft sector - avoiding both the dissemination of those resources and the weakening of the local community's identity in contrast to patterns of mass behavior, broadcast by the network communications and coming from other cultures, which can be passively accepted by users and result in disjoining effects on socio-cultural contexts already at risk. At the same time, we can not forget, in other respects, the contribution to information and social welfare that the quality local broadcaster is able to offer to the audience in its geographic area, on the occasion of emergency situations as well as specific issues limited to the territory corresponding to its own catchment area." In addition, in the same judgment, the *Consiglio di Stato* made remarks about the assignment of positions 8 and 9 of the numbering plan to "MTV - Music Television" and "Deejay TV", because "*the positions eight and nine must be assigned - in accordance with the habits and preferences of users - to generalist channels, where operating, being understood - as mentioned above - that the criterion of consolidated habits doeas not depend on the audience rating, while Music TV and Deejay Television can not be put into the category of traditional generalist channels, which have been broadcasting generalist programmes for decades."*

[10] According to the *Consiglio di Stato*, "*an argument 'ex post', which confirms such lack of investigation, can be found in the identification of the two national broadcasting stations to which the relevant decision of the Ministero dello Sviluppo Economico of 24 November 2010 has assigned numbers 8 and 9 of the remote control: as a matter of fact, MTV and Deejay TV do not have the required characteristics to fit into the category of former analogue generalist broadcasting stations, as they broadcast a programming clearly not aimed at a general audience, but dedicated to a specific group of users, with a prevalence of programmes on youth and, in any case, of programmes*

Copyleft – Ius Publicum

The Authority, after extending the Plan previously in force, initiated (with resolution *n. 427/12/CONS, of the 13th of September 2012*) the procedure for the choice of a subject to whom entrust a new survey on users' habits and preferences, "*to be carried out with appropriate criteria that ensure the intelligibility of the data and the homogeneity of the elements of comparison*". Finally - with the resolution in hand, of the 4th of October 2012 - the Authority launched a public consultation on the "*Schema di provvedimento relativo all'adozione del nuovo Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre*" because of "*the need to change the parts of the Plan deemed incompatible, by the Consiglio di Stato, with art. 32 of the Testo Unico (consolidated act, tn), and the opportunity to carry out the amendment in accordance with the market development* ".

The "*Schema di provvedimento recante il Nuovo piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo") ("Draft measure containing the new logical channel numbering plan of digital terrestrial television, free-to -air and pay tv, the process for allocating numbers to audiovisual media services providers authorized to broadcast audiovisual contents in digital terrestrial format and the relevant terms of use*", tn) approved on the 4th of October, was published on the Authority's website on the 10th of October and in the *Gazzetta Ufficiale* on the 19th of October (observations must be made, starting from that date, within a period of 30 days).

In the "Schema di Provvedimento", first of all, the Authority changed some definitions[11] and, among these - also considering the remarks contained in the mentioned

set for a specific user, often taken from English-speaking broadcasters - so they are broadcast in English with Italian subtitles - as well as music shows for a young audience."

[11] From "*ambito locale televisivo*" ("tv at a local level", tn) definition (the exercise of television broadcasting in one or more basins - not exceeding ten - even non-neighbouring, as long as with a coverage of less than 50 percent of the national population. The area is named 'regional' or 'provincial' when there is only one basin reached by the

Copyleft – Ius Publicum

judgments of the Consiglio di Stato – the ones' of "*genere di programmazione semigeneralista*" ("semi-generalist programming genre", tn) (as a *"programming dedicated to at least three different genres, including the daily news, fairly distributed in the tv daily schedule, including the dayparts with the highest audience rating, none of which reaches 70% of the overall scheduled programming*") and the expected percentage for the "*genere di programmazione tematico*" ("thematic programming genre", tn) (a "*programming genre dedicated to a specific theme related to a target audience, to which an audiovisual media services provider directs at least 70% of the programming broadcast in digital terrestrial format*") seem to have a particular relevance[12].

television broadcast signals - and is located within the territorial borders of a single region or province - and when the broadcaster does not cover other basins; the definition "*ambito locale televisivo*", quoted without specifications, is also referred to broadcasts in regional or provincial areas) to "*ambito nazionale televisivo*" ("tv at a national level", tn) (the television or radio broadcasting is not limited to a local area) to "*canale generalista nazionale*" ("national generalist channel", tn) (nationwide coverage channel, analogue and simulcast digital-analogue, free-to-air, broadcasting especially generalist and information programmes, pursuant to *art. 7 del Testo Unico*).

[12] Also identified: the thematic programming genre *"bambini e ragazzi"* ("thematic programming genre dedicated to children and teens, of different groups of age, for formation, information and entertaining purposes, respecting the minors' rights, in order to protect their dignity and their physical, mental and moral development); the thematic programming genre *"informazione"* ("thematic programming genre dedicated to information, showing news, special reports, debates and live tv, running commentaries, talk shows on social issues and lifestyle"); the thematic programming genre *"cultura"* ("thematic programming genre of educational, historical, artistic, literary and scientific content; programmes on science, art and technology current affairs and entertainment; Italian and European audiovisual works, theater, opera, documentaries, historical re-enactments and reports on social issues and lifestyle"); the thematic programming genre "*sport*" (thematic programming genre dedicated to sport, showing live or recorded national and international sport events, sport news and reports"); the thematic programming genre *"musica"* (thematic programming genre dedicated to music, showing programmes dedicated to all genres and subgenres of music, with live or recorded music events and music programmes dedicated to young artists"); the thematic programming genre "*shopping"* ("thematic programming genre targeted to home shoppers comnsumers, which aims at providing goods or services you pay for, included real estates, rights and obligations".)

Copyleft – Ius Publicum

With reference to the criteria for the allocation of numbering, the "Schema di provvedimento", after pointing out that the numbering plan had to be organized so as to ensure "*the ease of use of the logical channel numbering"* and to *"respect users' habits and preferences*" ("*with special reference to national generalist channels and local broadcasters*"), introduced in the first group of numbers "*adequate gaps [...] that enhance the local broadcasters' programming and the one linked to the territory*". In particular, it was expected that the numbering assigned to the national native digital channels (except for the national generalist channels) had to be carried out according to the subdivision of programming in the following genres: semi-generalist, kids and teens, information, culture, sport, music, shopping[13]. Numbers 1 to 9 and ("*for those which do not fit in this sequence of numbers*") at least number 20 of the first numbering set, were assigned to national generalist channels. Within this subgroup, the allocation of numbers was carried out "*according to the principle of respect for users' habits and preferences*"[14].

As for local broadcasters, they were assigned numbers 10 to 19 and 71 to 99 of the first numbering set (and for the second and third numbering set, groups of numbers – also allocated to local broadcasters - are repeated with the same sequence), while the

[13] In the first numbering set, broadcasting adult-targeted programmes is banned, including programmes promoting telephone services such as *voice messaging, hot-line, chat-line, one-to-one* and similar. Pay-audiovisional media services have specific numberings, which start from the fourth numbering set.

[14] With reference to the assignment of numbers 7, 8 and 9 to former analogue national channels, the *Cosiglio di Stato* (*sent n. 04660/2012*) laid down the obligation for AGCOM to "*give a new judgement on the assigning of numbers to the channels under consideration, following a new survey on users' habits and preferences, to be carried out with appropriate criteria that ensure the intelligibility of the elements of comparison*," specifying that "*the positions eight and nine must be assigned - in accordance with the habits and preferences of users - to generalist broadcasting stations, where operating, being understood - as mentioned above - that the criterion of "consolidated habits" has a meaning all its own, which does not depend on the audience rating.* Consequently, the AGCOM initiated the procedure for the choice of a subject to whom to entrust a new survey on users' habits and preferences, to be carried out with appropriate criteria that ensure the intelligibility of the data and the homogeneity of the elements of comparison.

Copyleft – Ius Publicum

seventh numbering set is reserved for local broadcasters[15]. Numbers 21 to 70 of the first numbering set were assigned to free-to-air national digital terrestrial channels, divided into the following programming genres: semi-generalist, kids and teens, information, culture, sport, music, shopping. The allocation of numbering to these channels was proceded on the basis of a division of the programming genres in subgroups (in case of requests exceeding the availability of numbers, the assigning in the second numbering set of numbers relating to the "teleshopping " genre was provided).

The decision on the size of each subgroup was handed over to the Ministry ("*according to the existing offer and taking into consideration the requests made by the national audiovisual media services providers, who already have a digital terrestrial*

[15] The "*Schema di Provvedimento*" pointed out that, in order to enhance the quality programming and the one linked to the territory, the numberings relating to sets coming under the competence of local broadcasters in every region (and in the autonomous provinces of Trento and Bolzano) were assigned, starting from number 10, according to the allocation resulting from special lists prepared by the *Ministero dello Sviluppo Economico*, giving scores with regard to the following evaluation criteria: quality of programming, users' preferences and the stabilization on the territory. The quality of programming was evaluated on the basis of the editorial plans of the past five years and the employees, up to a maximum of 50 points, with reference to the following aspects: a) percentage of information programmes out of the total of broadcast programming; b) percentage of self-produced information programmes out of the total of information programmes; c) percentage of self-produced programmes linked to the territory out of the total of shown programming, net of the information programmes; d) number of daily news, with regard to their total duration; e) percentage of culture and education programmes and those dedicated to minors; f) number of employees. Shopping programmes are not considered self-produced programmes. Instead, users' preferences and the stabilization on the territory are calculated on the basis of the audience ratings, the number of years of tv broadcast and the extent of coverage, with reference to the following aspects: a) users' preferences are calculated on the basis of the audience ratings, detected by AUDITEL (Italian association for audience measurement, tn) in the last years; b) number of years of tv broadcast of the transmitting station; c) extent of the coverage of the transmitted programme. Local broadcasters that transmit the same programme in several regions and intend to ask for the assignment of an identical numbering for all the covered areas, are given numbers from 75 to 84, on the basis of lists for multi-region broadcasting.

Copyleft – Ius Publicum

broadcast licence [...], yet saving no less than 30 % of each subgroup for new entrants")[16]. The fourth and fifth numbering sets were assigned to pay-audiovisual media services[17], while the sixth group is assigned to high definition (HD) channels and the eighth to radio services (the numberings following the eighth numbering set are assigned to other types of services)[18]. In conclusion, article 10 of the "*Schema di Provvedimento*" regulated the procedure the Ministry must follow in order to proceed with the re-allocation of numbers to providers of audiovisual media services, in accordance with the new numbering plan[19].

[16] In addition, the groups and subgroups of numbers in the first numbering set, were repeated with the same sequence in the second and third numbering sets, except for a possible insertion of a subgroup appointed to the thematic programming genre "shopping", starting form the second numbering set.

[17] Within this subgroup, the numberings were assigned on the basis of the offer/package of each pay-audiovisual media services broadcaster. The allocation of a numbering set to each offer/package is made on the basis of the requests of each subject and of his actual need, according to the transmitted contents.

[18] System services, such as tv guides and mosaic channels, were assigned the numbers 0, 100, 200, 300, 400, 500, 600, 700, 800, 900.

[19] The Ministry publishes the national, regional and multiregional announcements for the allocation of numberings, within thirty days, starting from the entry into force of the new Plan, asking the interested parties to submit their applications for requesting the allocation of numberings within the period stipulated by the announcements. The Ministry makes the lists and assigns the numberings to the applicants within the period stipulated by the announcement. The lists are made public. Until the allocation of new numberings, those currently in use remain in force. Following the first phase, the Ministry allocates the available nemberings according to the applicants' requests. If the requests exceed the available numberings, the Ministry will act through public draw. If a single subject submits an application for the allocation of several numbers, he can be assigned only one number for each requested genre. The number obtained following the public draw, can not be exchanged for at least one year after the assignment. The allocation of numbers is carried out for the duration of the authorization to provide audiovisual media services issued to the requesting subject. The allocation of numbers to subjects who already own a digital terrestrial broadcasting licence, is carried out by the Ministry with a separate supplementary measure. The Ministry announces the allocation of numbers to the applicants and to the Authority and makes them available on its website; to do so, it makes a public list with the assigned numbers and the respective assignees, as well as the numbers still available, and it updates it periodically.

Copyleft – Ius Publicum

With reference to the regulatory powers of the *Autorità per l'energia elettrica e il gas*, the *Consiglio di Stato*[20] has confirmed some important decisions already reached by the administrative jurisdiction (especially of second istance), with particular reference to the distinctive features of the regulatory power over natural gas distribution, the conditions of compatibility of the regulatory power with the *principio di legalità* (the rule of law, tn), and the limits of the judicial review over the exercise of such power.

The judges of Palazzo Spada were asked to give their opinion on four judgments of TAR Lombardia, with which several disputes, regarding various aspects of the regulation over the process for rates regulation in the field of natural gas distribution, had been settled[21]. The *Consiglio di Stato*, after highlighting the "particular amplitude" of AEEG's regulatory power (explicitly referring to the notion of "implied powers" and using as a main argument the "highly technical" connotation of the regulated sector, a sector that needs a continuous renewal of the contents of the single normative disciplines)[22], has reiterated the argument, which was already made clear[23], that gives the principle of due process (and thus

[20] *Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, sent. N. 2521.*

[21] Such regulation was made by AEEG with resolution of *22 dicembre 2008, ARG/gas 159/08*, entitled "*Testo Unico delle disposizioni della regolazione della qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo 2009-2012 (TUDG)*" ("Consolidated Act of the measures for the regulation of the quality and the tariffs of gas distribution over the period 2009-2012", tn), and following amending and supplementary resolutions.

[22] "*Usually, as regards regulatory acts, the law [...] does not indicate the details of their contents. The partial exception to the principle of substantive justice is justified because of the need to ensure the accomplishment of the purpose that the same law predetermines: the special technicality of the sector requires, as a matter of fact, to assign to the Authority the task of constantly review and adapt the content of the technical rules to the evolution of the system. A legislative rigid predetermination would form an obstacle to the pursuit of these purposes: hence the compliance with the Constitution, in relation to the regulatory actions under consideration, of implicit powers*." (*Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, sentenza n. 2521*).

[23] Also TAR Lombardia, sez. III, 3 gennaio 2011, n.1, reiterated the need for AEEG to exercise its functions through participatory processes: "The general rules of the administrative activity, which exclude, from what concerns the application of the rules on participation, the activity of the public administration interested in

Copyleft – Ius Publicum

the provision for formation procedures of the legislation of independent authorities) the task of "making up for" the so-called "*perdita di legalità sostanziale*" ("loss of substantive justice", tn): "*The fall in value of the principle of substantive justice [...] implies [...] the strengthening of the principle of procedural justice that is embodied, among other things, in the provision for enhanced forms of participation of the sector operators in the formation procedures of the normative acts*".

The emphasis placed by the *Consiglio di Stato* on the importance of procedural guarantees serves both to establish the control powers of the administrative judge throughout the various phases of a trial proceeding, and, above all, as a moment of emergence of the different evaluation options and the attention that AEEG has brought to

promulgating general regulatory and administrative acts, are not applied to regulatory proceedings carried out by independent authorities" since "the exercise of the regulatory powers by the Authority, placed outside of the traditional tripartition of powers and of the responsibility outlined in the art. 95 of the Constitution, is also justified by the existence of a participatory process, used as a tool of participation of the interested parties, aimed at replacing the dialectic of the representative structures." In addition: "In the areas regulated by the Authority, in absence of a complete and precise code of conduct which outlines the obligations and prohibitions laid down by the legislature, the fall in value of the substantive justice must be counterbalanced, at least in part, by a reinforcement of the procedural justice, in the form of adversarial proceedings. An essential tool to enrich the basic knowledge of regulatory activities is the prior consultation, aimed at collecting the interested parties' comments through hearings and "notice and comment" processes, which informs in advance of the draft act, and allows interested parties to submit their comments." Moreover, in the light of all this, it is necessary to point out that "the simple rejection of the suggestions advanced by the stakeholders, does not require a specific rebuttal for each of them and it is not loaded with abuse of power." As regards the foundation of the regulatory powers of Aeeg, the TAR adds: "The rule of law, as it is known, operates also on a personal level, in the distribution of powers among the various public bodies and is referred to in art. 97 of the Constitution, which leaves to the law the organization of the public offices. While there are no exceptions to this principle, with regard to the independent authorities, it must be observed that, since the legislator, in selecting the functions attributed to each authority (see l.n. 481/1995), used general and flexible forms declaimed "by target", as therefore only accepted a wicker linguistic version compatible with the Constitution any time it is not the case of decisional measures involving deprivation of the parties (similar, but with reference to an act with general, not normative, content, TAR, sect. III, 11 October 2010, n. 6913).

Copyleft – Ius Publicum

each of them. In this regard, the *Consiglio di Stato*, on the decision over the control power of the administrative judge over the technical evaluations of public administration, used the expression "*ragionevolezza tecnica*" ("technical reasonability", tn) to indicate that the technical assessments made by AEEG in the exercise of the regulatory power are subject to a judicial review, to be carried out also on a reasonable point of view: "*The Authority's acts [...] are usually expression of technical evaluations and therefore amenable to judicial review - according to criteria belonging to the interested sector - only when the Authority has made choices that are in contrast with what may be called the "principio di ragionevolezza tecnica"* ("technical reasonability principle", tn). *The fact that the taken decision is merely questionable, for the method and procedure followed, is not enough. As a matter of fact, according to the constitutional principle of separation of powers, the administrative judge is not allowed to replace, with his own decisions, the assessments carried out by the Authority".* Therefore, the interested parties have to prove "*the existence of signs of abuse of power, which demonstrate that the decision taken by the Authority is in contrast with the above mentioned technical reasonability principle*".

The administrative case law, with reference to the assessments carried out by the independent administrative authorities, after rethinking its previous assessment, aimed at formalizing some sort of distinction between "*controllo forte*" ("strong control", tn) and "*controllo debole*" ("weak control", tn) (used by the administrative judge over the weighting process carried out by the independent authority), appears to be directed towards a control on the "*ragionevolezza*" (reasonability*)* of the choices made by the independent authority among the various options that were available and as emerged during the formation procedure of the regulatory act. Hence, the importance guarantees of an open partecipatory process (and AEEG's experience - as we have seen - is particularly significant)[24].

[24] In case of the introduction of partial amendments or additions to previous resolutions, the AEEG deemed unnecessary to renew the entire consultation process already put into action and the administrative jurisprudence (*Consiglio di Stato, sez. VI, aprile 23, 2007, n., 1822, in Foro Amm-Cons. Stato, 2007, 1256*) has recognized that,

Copyleft – Ius Publicum

Finally, in accordance with the strategic objective of improving the quality of regulation (objective pursued by the triennial strategic plan 2009-2011), AEEG brought much attention on the implementation of the information contained in the resolution *GOP 46/08 ("Introduzione della metodologia 'AIR'" - "Analisi di impatto della regolazione nell'Autorità per l'energia elettrica e il gas"*) ("Introduction of "Air" methodology – Analysis on the Regulation Impact in the Authority for electricity and gas", tn), which divided the consultation process into three phases, in each of which AEEG forwarded a new document to be consulted and, consequently, to get remarks on the proposal submitted by the Authority (also providing for technical meetings for full examinations). In this process, the initial proposal was therefore reformulated twice, in order to reach a final decision widely agreed on[25]. Therefore, the AIR technique, with its procedural articulations described in the triennial strategic plan, arose as an ordinary technique followed by AEEG in the adoption of the most significant acts[26]. The same approach was applied to the

where the changes made are marginal, "*a complete renewal of the procedural participation already in practice, with reference to the resolutions that have outlined the subject and make the limitation of the contraddittorio* (adversary procedure/cross-examination, tn) *logic - exactly because related to marginal amendments to an already outlined system – only to producers who are directly interested to the amendments*" is not required.

[25] PUCCINI, cit., pointed out how this new and original propounded procedure and this gradual adjustment of the solutions, even in oral *contraddittorio*, on the one hand can ensure the actual influx of the interested parties and an effective and conscious involvement in the contents of the regulation, even confronting opposite parties at the same time and, on the other hand, can lead to a final rule everybody agrees on.

[26] The same technique was followed by AEEG on the occasion of the adoption of the " *Testo Integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas in ordine alla regolazione delle partite fisiche ed economiche del servizio di dispacciamento (settlement TIS) comprensivo di modalità per la determinazione delle partite economiche insorgenti dalle rettifiche ai dati di misura con modifiche alla deliberazione n. 111/06)" (Resolution ARG / elt 107/09 del 30 luglio 2009).* Even in this case, the AEEG first presented a document indicating the objectives to be pursued and the proposals to achieve them; following the outcome of the first round of consultation, the AEEG submitted a second document, designed to clarify in detail the preferred options and on which a further consultation phase was held. Moreover, it often happens that the AEEG, with further proceedings (eg. through specific forms of consultation) acquires other significant elements for the choices to be made. In this way, in addition to the enrichment of the single procedure, it is the whole regulatory function that "uses" several

Copyleft – Ius Publicum

regulatory production of AEEG over the last years, aimed at subjecting to "revision" ("*manutenzione evolutiva*" – "evolutionary maintenance", tn - is the expression used by AEEG itself) regulatory acts previously adopted[27]. And the same was also applied to for the "*Documento per la Consultazione*" ("Consultation Document", tn) of 31 October 2012.

processes, converging to provide significant data for the choices to be made. Once again, the regulatory function proves to be an element that provides unity to the many powers enjoyed by a single independent administrative authority.

[27] See for example resolution *GOP 33/09 del 21 luglio 2009*, entitled "*Misure per la semplificazione delle attività di regolazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: ricognizione dei provvedimenti relativi agli anni 1999, 2000 e 2001, che hanno esaurito i loro effetti*" ("Measures for the semplification of the regulatory activities of the Authority for the electricity and gas: aknowledgement of the adopted measures in 1999, 2000, 2001", tn).

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

REPORT ANNUALE - 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Dott. Marco MACCHIA

INDICE

1. DUE RIMEDI AVVERSO LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO: JUDICIAL REVIEW E ADMINISTRATIVE LIABILITY
2. IL CARATTERE SPECIALE DI QUESTA AZIONE DI RESPONSABILITÀ
3. IL RAPPORTO CON L'INVALIDITÀ AMMINISTRATIVA
4. LA COMPLETEZZA DELLE TECNICHE DI PROTEZIONE DEI DIRITTI EUROPEI

Copyleft – Ius Publicum

1. DUE RIMEDI AVVERSO LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO: JUDICIAL REVIEW E ADMINISTRATIVE LIABILITY

Nel diritto amministrativo degli ordinamenti giuridici europei, l'*enforcement* del principio di legalità si ottiene generalmente mediante due strumenti, che sono, da un lato, la *judicial review* e, dall'altro, la *administrative liability*[1]. Entrambi presentano specifiche peculiarità nel caso di violazione di norme dell'Unione europea.

Soffermandosi unicamente sulla *liability*, connessa alla violazione di diritti riconosciuti dall'Unione europea, ciò che rileva è l'illecito dello Stato membro, per mancato, ritardato o inadeguato recepimento di una direttiva o per emanazione di una normativa incompatibile con il diritto europeo o ancora per violazione dello stesso da parte di una pubblica amministrazione o del giudice nazionale[2]. La responsabilità per violazione del diritto dell'Unione, affermata dalla Corte di giustizia a partire dalla nota pronuncia *Francovich*, sotto questo profilo integra una particolare figura di responsabilità, basata sull'obbligo, incombente su ogni Stato membro, di dare pieno e corretto adempimento al diritto europeo[3].

[1] Per una rapida panoramica dei sistemi amministrativi dei paesi occidentali si v. R. SEERDEN (ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States, and the United States. A Comparative Analysis*, II ed., Antwerpen-Oxford, 2007, 77.

[2] C. HARLOW, *Francovich and the problem of the Disobedient State*, in *European Law Journal*, 1996, 209, in cui si evidenziano le funzioni dell'illecito dello Stato. Per un verso, la Corte di giustizia ha impiegato lo strumento della responsabilità civile per scoraggiare gli Stati membri ad eludere il diritto dell'Unione europea in funzione di *deterrence*; per l'altro, per garantire la tutela dei singoli in funzione di *compensation* del danneggiato.

[3] L'inquadramento della disciplina della responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto dell'Unione ha un'origine giurisprudenziale. La sentenza che ha aperto tale strada è Corte giust., 19 novembre 1991, in cause C-

Copyleft – Ius Publicum

Si tratta di una forma di responsabilità istituzionale derivante dagli obblighi attribuiti dall'ordinamento europeo alle istituzioni nazionali. Proprio per la sua funzione di rimedio risarcitorio, piegato all'obiettivo di garantire il pieno rispetto della legalità europea, esso presenta profili di particolare interesse. Qualora lo Stato venga meno ad un obbligo ad esso incombente, può essere soggetto alla procedura di infrazione e alla relativa condanna da parte della Corte di giustizia, ma non solo. Si ritiene, infatti, che «se fosse escluso che i singoli potessero ottenere, a talune condizioni, il risarcimento dei danni loro arrecati da una violazione del diritto comunitario», verrebbe posta in dubbio «la piena efficacia delle norme comunitarie che conferiscono simili diritti»[4].

6/90 e 9/90, *Francovich c. Repubblica italiana*, in cui si riconosce la responsabilità del legislatore per l'omessa trasposizione di una direttiva le cui disposizioni non erano dotate di efficacia diretta. Nella successiva sentenza Id., 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur c. Germania, The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame e a.*, estendendo i confini del principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo, la Corte ha affermato che tale responsabilità non trova applicazione solo quando l'inadempimento consista nel mancato recepimento di una direttiva, bensì anche qualora lo Stato emani o mantenga in vigore una disciplina incompatibile con una norma dell'Unione che riconosce diritti ai singoli, sebbene non immediatamente esecutiva.

In dottrina, R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1169; ID., *Governmental Liability After Francovich*, in *Cambridge Law Journal*, 1993, 272 ss. Sulla natura composita del regime di responsabilità, A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno resp.*, 2001, 223 ss.; R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto*, 2010. In particolare, sull'azione amministrativa come fonte della responsabilità per violazione del diritto dell'Unione, M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 533. Si vedano anche: M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, 155; M. ZAMBELLI, C. ZAMBELLI, *La responsabilità extracontrattuale dello stato nell'implementazione del diritto europeo: il contesto comunitario e l'esperienza inglese*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 857.

[4] Corte giust., 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler c. Repubblica austriaca*; in queste sono contenuti cospicui richiami di giurisprudenza. Inoltre, si considerino le sentenze della Id., 4 luglio 2000, in causa C-424/97, *Haim*; nonché Id., 24 marzo 2009, in causa C-445/06, *Danske Slagterier*. Sulla violazione del diritto europeo come sufficientemente caratterizzata, Id., 18 gennaio 2001, in causa C-150/99, *Stokholm Lindopark c. Svezia*. Sugli

Copyleft – Ius Publicum

È un tema che può essere affrontato da diverse prospettive, il punto di vista prescelto è quello del rapporto con l'attività amministrativa invalida, che, oltre a infrangere norme dell'Unione europea, è allo stesso tempo fonte dell'illecito[5]. I profili più interessanti di tale tipologia di responsabilità sono principalmente due. Su questi si concentrerà la breve indagine, tralasciando gli aspetti più noti che riguardano la responsabilità per violazione del diritto europeo in generale. Essi sono la *specialità* di detto rimedio risarcitorio e il rapporto con l'*invalidità* dell'attività amministrativa.

Merita porre in evidenza che, quando la tutela non sfocia in rimedi satisfattivi in forma specifica, devono comunque essere salvaguardate le situazioni giuridiche soggettive di vantaggio che i privati traggono dall'ordinamento europeo. L'azione di responsabilità dello Stato per i danni causati da violazioni del diritto europeo, per fatto della pubblica

sviluppi della giurisprudenza italiana a seguito di azioni esperite per violazione del diritto dell'Unione, M.G. PIZZORNI, *La recente evoluzione della giurisprudenza nazionale in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *Il dir. dell'UE*, 2010, 149 ss.

È quanto recentemente accaduto all'Italia con riferimento alla responsabilità per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, qualora la violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dal giudice medesimo, in Corte giust., 24 novembre 2011, in causa C-379/10, *Commissione europea c. Repubblica italiana*.

[5] La responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo, da parte di una pubblica amministrazione, si è avuta, per la prima volta, in Corte giust., 23 maggio 1996, in causa C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland)*. La controversia riguardava un mancato provvedimento di autorizzazione per l'esportazione di animali da macello in Spagna. Il ministero dell'agricoltura del Regno Unito aveva violato le norme europee che vietano le restrizioni quantitative all'esportazione, poiché aveva negato la relativa licenza alla società Hedley Lomas, pur non avendo il potere di assumere una scelta discrezionale in merito. La Corte ha condannato lo Stato a ristorare il danno cagionato, mettendo in evidenza, in particolare, come l'autorità pubblica disponeva nel caso di specie di un potere discrezionale molto ridotto. Una vicenda analoga si riscontra in Id., 2 aprile 1998, in causa C-127/95, *Norbrook Laboratories Ltd c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, relativa all'autorizzazione al commercio di farmaci: quando l'ente pubblico è vincolato dai parametri europei, l'infrazione delle norme dell'Unione costituisce una violazione grave e manifesta.

Copyleft – Ius Publicum

amministrazione, rappresenta allora «un correttivo alla scarsa tutela assicurata ai singoli dalle altre procedure di garanzia, ed in particolare dall'azione di annullamento»[6]. Anticipando in parte le conclusioni cui si perverrà, si dirà subito che la peculiarità è data dal fatto che il giudizio di responsabilità non è aggiuntivo alla tutela demolitoria, ma interviene in via *quasi sostitutiva*, nei casi in cui quest'ultima non sia più utilmente esperibile[7].

[6] Come messo in evidenza in M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit., 533. Sulla disciplina dell'esercizio dell'azione di responsabilità per violazione del diritto europeo con riferimento ad atti amministrativi posti in essere in esecuzione di una legge contraria al diritto dell'Unione e sulla differenza con la responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore per atti amministrativi adottati in base ad una legge incostituzionale, Corte giust., 26 gennaio 2010, in causa C-118/08, *Transportes Urbanos*, commentata da F. CORTESE, *Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azionabilità dei rimedi interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1304 ss.

[7] Il tema dei rapporti tra tutela annullatoria (tradizionale) e tutela risarcitoria a fronte dell'azione amministrativa illegittima è di grande attualità nel dibattito scientifico italiano. Anche nel recente codice del processo amministrativo (Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), ai sensi dell'art. 34 il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, può disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato. Oltre a ciò, si prevede che la pronuncia di annullamento non è adottabile quando l'eliminazione dell'atto non è utile ai fini del conseguimento del bene della vita da parte del ricorrente. Il giudice è dunque autorizzato a limitarsi all'accertamento dell'illegittimità per consentire il ristoro del danno; parallelamente si inibisce l'annullamento di atti che hanno esaurito i loro effetti e si consente di convertire un'azione di annullamento in un'azione di accertamento. Secondo questa logica la sanzione dell'annullamento non è più indefettibile, poiché è solo una delle sanzioni dell'illegittimità.

Copyleft – Ius Publicum

2. IL CARATTERE SPECIALE DI QUESTA AZIONE DI RESPONSABILITÀ

Iniziando dal primo profilo, diversi sono appunto i caratteri di *specialità* di tale azione di responsabilità per infrazione, proprio perché essa è funzionalizzata alla protezione di "interessi europei". D'altronde, la sua disciplina è il frutto dell'opera interpretativa della giurisprudenza sovranazionale, la quale ha sviluppato sul punto un complesso omogeneo di principi, in parte ricavati dai diritti nazionali, in parte originali.

La prima particolarità è offerta dalla base giuridica di tale titolo di responsabilità. Pur mancando un'espressa previsione normativa, un esplicito riconoscimento nei trattati – anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che non sfrutta tale occasione – tale responsabilità è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza europea, sulla scorta di quello che potremmo definire un "meccanismo di imitazione". La responsabilità dello Stato che infrange il diritto dell'Unione sorge analogamente a quella delle istituzioni europee per i danni causati da queste nell'esercizio delle loro funzioni[8]. Ciò in sintonia con la lettura che identifica le amministrazioni nazionali come agenti dell'Unione europea, date le competenze a rilevanza sovranazionale da esse esercitate[9].

[8] Tale modello di responsabilità è stato previsto sulla falsariga della responsabilità extracontrattuale delle istituzioni europee per i danni cagionati dagli organi europei e dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. La base normativa della responsabilità extracontrattuale dell'Unione è l'art. 340, comma 2 TFUE. Altrimenti, la responsabilità dello Stato membro per inadempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza alla Unione Europea è tratta dal dovere di *leale collaborazione* degli Stati membri, la cui omissione è tutelata sul piano giurisdizionale con la procedura di infrazione.

[9] Sulla creazione dei sistemi amministrativi comuni, basati su rapporti di coordinamento e cooperazione tra apparati statali e sovranazionali, L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007. Sul processo di comunione di funzioni amministrative in Europa, S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 291 ss. In una prospettiva più ampia, C. FRANCHINI,

Copyleft – Ius Publicum

Come più volte ripetuto dalla Corte, la responsabilità dello Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione è inerente al sistema dei trattati e conforme ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri. L'operatività di tale meccanismo di responsabilità è implicita, ossia non abbisogna di una espressa previsione normativa. Altrimenti l'effettività del diritto dell'Unione sarebbe compromessa, qualora i privati non avessero legittimazione ad agire, nei confronti degli Stati, per l'infrazione del diritto europeo medesimo[10]. Malgrado allora la carenza di una base giuridica espressa, il riconoscimento della responsabilità risale al primato e all'effettività del diritto dell'Unione.

Un'altra particolarità sta nella regola della indistinzione delle funzioni pubbliche: rilevando per gli interessi europei solo il profilo dell'attuazione del diritto sovrastatale, è recessiva la circostanza se detta attuazione sia riconducibile all'opera del legislatore, dell'autorità amministrativa o del giudice di ultima istanza[11]. A prescindere dall'organo che esercita il pubblico potere, nei casi di mancata o cattiva esecuzione delle fonti europee, può sorgere un obbligo di risarcire il danno, purché ricorrano determinate condizioni. Per il principio generale della responsabilità per inadempimento ai vincoli europei, sussiste un

Amministrazione nazionale e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario, Padova, 1993; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni* comunitarie; Padova, 2002; G. CORSO, *Sistemi amministrativi europei e principio di autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 979.

[10] Il principio dell'inerenza è indicato per la prima volta in Corte giust., 19 novembre 1991, in cause C-6/90 e 9/90, *Francovich c. Repubblica italiana*, punto 32. Nella sentenza Corte giust., 5 marzo 1996, in cause C-46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, si indica che la regola della responsabilità non contrattuale «altro non è se non un'enunciazione del generale principio, riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in forza del quale un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato». Ricorrendone i requisiti, l'amministrazione è responsabile quando non esegue le prestazioni cui è tenuta o quando le prestazioni non sono conformi al dovuto.

[11] Finora il settore privilegiato in cui questo titolo di responsabilità ha registrato le maggiori attuazioni è proprio quello dell'adozione di norme generali ed astratte.

Copyleft – Ius Publicum

obbligo incombente in modo unitario sullo Stato, avente un ambito di applicazione molto vasto a situazioni sconosciute nel diritto interno, poiché è stata la giurisprudenza europea a definire i profili dell'illecito.

Per queste ragioni, la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione è una responsabilità speciale, costruita per rimediare a violazioni delle regole europee[12]. I requisiti perché possa essere affermata sono l'infrazione – sufficientemente caratterizzata o qualificata, ossia un *sufficiently serious breach of law* – di una norma preordinata a conferire diritti ai singoli, e l'esistenza di un nesso causale diretto tra violazione e danno subito[13]. Rispetto ad essi, gli Stati non possono aggiungere ulteriori requisiti, magari più rigorosi[14]. Lo stesso non può dirsi per la disciplina dell'azione di rivalsa, la quale invece esula dall'ambito interessato dal diritto dell'Unione europea. In ragione di ciò, il regime dei meccanismi di attuazione è lasciato a quanto predisposto dai singoli ordinamenti, a patto che gli stessi non rendano eccessivamente difficile l'esercizio

[12] Si ha diritto al risarcimento dei danni, causati per violazione del diritto dell'Unione, quando ricorrono tre condizioni. Innanzitutto, la norma violata deve essere diretta a conferire diritti ai singoli danneggiati. In secondo luogo, la violazione della norma deve essere sufficientemente grave e manifesta. In terzo luogo, tra la violazione e il danno deve sussistere un nesso di causalità diretta.

[13] Al riguardo, Corte giust., 5 marzo 1996, in cause C-46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*; Id., 4 luglio 2000, in causa C-424/97, *Haim*; Id., 24 marzo 2009, in causa C-445/06, *Danske Slagterier*.

[14] Come specificato in Corte giust., 5 marzo 1996, in cause C-46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur*, «le condizioni fissate dalle norme nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento». Esemplare in questo senso è quanto accade per lo Stato italiano con riferimento alla responsabilità dei magistrati, il cui organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado generalmente interpreta l'art. 2, commi 1 e 3, della legge 13 aprile 1988, n. 117, in termini non equivalenti alla «violazione manifesta del diritto vigente». Con la conseguenza che diventa possibile affermare che chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento di un organo giurisdizionale, non può essere risarcito dallo Stato, se non in caso di dolo o colpa grave del magistrato.

Copyleft – Ius Publicum

dell'azione[15]. Nondimeno, il ruolo assegnato agli ordinamenti interni è centrale anche in ragione del fatto che la disciplina elaborata dalla Corte di giustizia non risulta esaustiva ma richiede di essere integrata e coordinata con la normativa interna sulla responsabilità.

Nella valutazione di tale illecito non vi è spazio per la considerazione degli stati soggettivi, ossia per la rilevanza del dolo e della colpa[16]. Per l'elemento soggettivo è indispensabile accedere ad una nozione oggettiva, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento, nonché, in conformità con quanto emerge dalle indicazioni della giurisprudenza europea, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali ad essa rimesse, dei precedenti giurisprudenziali, delle condizioni concrete e dell'apporto dato dai privati nel

[15] Restando nel campo dell'azione amministrativa e considerando il nostro quadro normativo, è allora necessario che si riscontrino invalidità e illiceità, predicato del comportamento lesivo di una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento, che si ha quando l'illegittimità abbia leso un interesse sostanziale del privato, determinando un danno ingiusto. Sul tema la letteratura è amplissima, si rinvia a R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993; A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Torino, 2005.

[16] Corte giust., 13 giugno 2006, in causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo/Repubblica italiana*, che specifica «il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente».

Viceversa, il giudice nazionale continua a sostenere necessaria la verifica della colpa al fine di configurare la responsabilità per violazione del diritto dell'Unione. Ad esempio, nel caso di un'amministrazione che ha applicato la normativa italiana senza rilevare il contrasto con una direttiva europea. In Cass., 21 gennaio 2005, n. 20454, l'amministrazione aveva fatto applicazione di un decreto legge, che la Corte di giustizia in un secondo momento ha dichiarato in contrasto con lo scopo di una direttiva precedentemente adottata. Il punto in questione riguarda allora la diretta applicabilità della norma europea. In particolare, non è considerato colpevole il comportamento dell'amministrazione che, adeguandosi alla normativa vigente, non ha sollevato il contrasto con una direttiva che, solo in seguito, la Corte avrebbe dichiarato immediatamente applicabile negli Stati membri.

Copyleft – Ius Publicum

procedimento[17]. Ciò è la spia di come tale responsabilità sia funzionale alla tutela del diritto alla piena protezione dei propri interessi giuridicamente rilevanti. È lo Stato a dover rispondere degli errori dell'amministrazione, nelle ipotesi di danno derivante dalla violazione del diritto dell'Unione. Non si tratta, dunque, di un'ipotesi di responsabilità diretta, come nei casi ordinari di lesione degli interessi legittimi. Ciò significa che agli errori delle amministrazioni pubbliche, causativi di danno risarcibile, deve farsi fronte col rimedio delle impugnazioni.

Mediante l'azione di responsabilità non si mira a modificare la decisione, poiché al contrario se ne presuppone l'intangibilità, ossia che la stessa non possa più essere messa in discussione. All'illegittimità in sé, anche se fonte di un danno risarcibile, si può solo rimediare con l'azione impugnatoria. Tuttavia, a difesa della legalità, l'ordinamento europeo accorda la previsione di un meccanismo per riparare – mediante una soddisfazione indiretta – agli errori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione, in particolare per far fronte ai quei casi in cui il rinvio pregiudiziale non sia stato utilizzato correttamente e l'efficacia della norma europea, attributiva di un vantaggio, sia subordinata all'azione positiva da parte dello Stato-amministrazione[18].

[17] Tar Lombardia Milano, sez. I, 14 giugno 2010 , n. 1811.

[18] In Corte giust., 28 giugno 2001, in causa C-118/00, *Gervais Larsy c. INASTI*, l'ente previdenziale belga aveva in via autonoma adottato un provvedimento, a sfavore del sig. Larsy, che vietava il cumulo delle pensioni, quando la stessa era già regolarmente erogata dall'amministrazione francese. Ciò anche se il ricorrente aveva corrisposto i contributi previdenziali in entrambi i paesi e la normativa europea vietava l'adozione di decisioni di riduzione della pensione in caso di duplice versamento dei contributi (art. 46 del regolamento n. 1408/71). Nel caso di specie, non avendo il sig. Larsy impugnato una sentenza sul punto a lui sfavorevole, la Corte condanna lo Stato e ritiene che, «laddove talune disposizioni processuali ostino alla salvaguardia effettiva dei diritti che il sig. Larsy traeva dall'effetto diretto del diritto comunitario, l'Inasti (ossia l'Ente di previdenza belga) avrebbe dovuto disapplicarle. Sebbene dunque vi sia una sentenza con autorità di cosa giudicata, occorre disapplicare le norme processuali nazionali che comportano una violazione sostanziale del diritto dell'Unione europea.

Copyleft – Ius Publicum

3. IL RAPPORTO CON L'INVALIDITÀ AMMINISTRATIVA

Se, come si è anticipato, l'esclusione della risarcibilità dei danni arrecati in conseguenza di una violazione del diritto dell'Unione europea, equivale, per la Corte di giustizia, a porre in discussione «la piena efficacia delle norme comunitarie che conferiscono simili diritti», non vi è allora chi non veda come analoga conseguenza si determini, qualora si neghi la responsabilità dello Stato in conseguenza di un'attività amministrativa manifestamente erronea.

Per garantire l'effettività del diritto dell'Unione si riscontrano allora, come nel sistema interno, regole di invalidità e regole di responsabilità[19]. Le prime sono dirette a garantire che non vi siano divergenze tra la fattispecie provvedimentale concreta e quella astratta prevista dal legislatore dell'Unione, implementata dai principi giuridici che presiedono all'esercizio del potere pubblico. Le seconde, invece, presuppongono che sia stato arrecato un pregiudizio patrimoniale al soggetto coinvolto e sono volte a garantire il bene della vita che si intende conservare o acquisire.

Premesso ciò, la violazione di una norma europea può influire sulla validità del provvedimento amministrativo, ma può anche costituire fonte di responsabilità risarcitoria. Può sia condizionare il giudizio di legittimità, sia costituire la fonte di una responsabilità risarcitoria, quando l'amministrazione abbia agito in maniera illogica, arbitraria o

[19] Questa espressione è utilizzata in G.P. CIRILLO, *L'azione amministrativa sospesa tra regole di invalidità e regole di responsabilità*, in *Cons. St.*, 2005, 1137. Come ribadito dalla Corte costituzionale, la tutela risarcitoria è uno «strumento di tutela ulteriore rispetto a quella classico - demolitoria». In base al principio di equivalenza, quando l'attività amministrativa è difforme dal paradigma normativo dell'Unione, ciò può dar luogo sia a meccanismi volti a promuovere la tutela demolitoria, come visto, sia a sistemi di tutela risarcitoria, a prescindere dalla caducazione o meno dell'atto provvedimentale. Si tratta delle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006. Non si viene ad applicare l'art. 2043, ma la regola pubblicistica ora trasfusa nell'art. 30 del Codice del processo amministrativo.

Copyleft – Ius Publicum

manifestamente irragionevole. La responsabilità dello Stato, infatti, non è altro che un tassello del più ampio impegno della giurisprudenza europea nello sforzo di garantire l'effettività del diritto dell'Unione e della tutela per i singoli.

L'azione di responsabilità per violazione del diritto europeo è un'azione autonoma rispetto all'accertamento dell'invalidità amministrativa, non condizionata da concomitanti mezzi di annullamento[20]. Il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica dell'annullamento dell'atto, richiedendosi per esso la positiva verifica di tutti i requisiti previsti. Si tratta di un rimedio unicamente destinato a riparare i danni causati ai privati dall'atto definitivo incompatibile.

Tale azione non può essere un'azione con cui si cerchi di recuperare un rimedio demolitorio non tempestivamente attivato. Essa tende ad ottenere non l'eliminazione di un atto, ma il risarcimento del danno causato da un'autorità nell'esercizio dei suoi compiti. L'atto non è disapplicato, per cui non può essere considerato *tamquam non esset* ed esplica i suoi effetti, salva la responsabilità dell'autorità che lo abbia posto in essere[21].

Non solo. Non si applicano nemmeno meccanismi di pregiudizialità. La richiesta di risarcimento può essere iniziata anche se non è stato preventivamente impugnato il provvedimento, nei termini di ricorsi previsti dalla legge[22]. Con la conseguenza che

[20] L'autonomia dell'azione di responsabilità è un principio sviluppato sin dalle prime sentenze in materia, come Corte giust., 15 luglio 1963, in causa C-25/62, *Plaumann*; Id., 28 aprile 1971, in causa C-4/69, *Luetticke*; Id., 2 dicembre 1971, in causa C-5/71, *Schoeppenstedt*.

[21] Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2005, n. 2566.

[22] In generale, il risarcimento del danno deve essere chiesto allo Stato – che è il soggetto legittimato passivo all'azione danni – e non all'amministrazione che ha adottato il provvedimento, ma ciò che non esclude che l'ordinamento possa far gravare l'obbligo di risarcimento anche sulla amministrazione. Corte giust., 4 luglio 2000, in causa C-424/97, *Haim*, il diritto dell'Unione «non osta a che la responsabilità gravante su un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario possa sorgere oltre a quella dello Stato membro stesso».

Copyleft – Ius Publicum

l'eventuale illegittimità dell'atto, contrario al diritto europeo, può essere dedotta in teoria davanti al giudice nazionale, anche una volta che sia trascorso il termine di impugnazione, se ricorrono i presupposti per la responsabilità. Seppur finalizzato al risarcimento, al giudice spetta così un controllo sull'esercizio del potere. Anche se l'attività dell'amministrazione diviene definitiva, pur tuttavia la stessa continua ad essere oggetto di valutazioni sotto l'aspetto della liceità a fini risarcitori. E la validità del provvedimento diviene contestabile, perché la lesione del diritto del privato permane ingiustificata in forza della rilevanza del diritto extrastatale.

Il punto decisivo è che la cristallizzazione del rapporto amministrativo, dovuta al trascorrere del termine o al passaggio in giudicato della relativa sentenza, non è di ostacolo alla domanda di risarcimento del danno. Qualora ricorrano i relativi presupposti, l'azione è comunque ammissibile.

In altri termini, nel caso di atto invalido, esauriti i rimedi di risarcimento in forma specifica, è possibile ricorrere al risarcimento per equivalente. Ciò perché, pur se non si è arrivati all'annullamento dell'atto contrario al diritto europeo, devono comunque essere salvaguardate le situazioni giuridiche di vantaggio di derivazione sovrastatale[23]. Sotto questo profilo, tale risarcimento è *sostitutivo*, ossia interviene al posto della prestazione in forma specifica mancata.

[23] Ciò presuppone che la *causa petendi* e il *petitum* della domanda di risarcimento non siano identici a quelli della domanda su cui si è formato il giudicato, si v. Trib. Roma, 28 giugno 2001, in *Giur. merito*, 2002, 359 ss., con nota di F. GIANFILIPPI, *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato*. Difatti, un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquistato l'autorità definitivamente giudicata. Tale sistema binario è ripreso dal diritto tedesco delle obbligazioni in cui si distingue tra due diverse tipologie di strumenti risarcitori: un risarcimento "al posto" della prestazione mancata e un risarcimento "accanto" ad essa.

Copyleft – Ius Publicum

Come affermato nella sentenza *Wells*[24], nei limiti del principio di autonomia procedurale, gli Stati possono revocare o sospendere un'autorizzazione carente della valutazione di impatto ambientale, anche se non impugnata. In ogni caso, lo Stato ha l'obbligo di risarcire i danni causati dalla mancata valutazione dell'impatto. Si impone, dunque, la necessità di risarcire i danni causati al singolo dal provvedimento in questione.

È assimilabile, perciò, ad un mezzo di chiusura che sanziona la violazione del precetto sopranazionale. Qualora non sia possibile rimuovere giuridicamente l'atto invalido, lo Stato deve in ogni caso risarcire i singoli dei danni cagionati dalla relativa azione amministrativa, qualora ne ricorrano le condizioni. Inoltre, un tale sistema di responsabilità può rappresentare un rischio per l'autorità che non si conformi al diritto sovranazionale. È evidente, infatti, il pericolo che la stessa sia condannata a pagare i danni, a fronte di un'attività illegittima divenuta inoppugnabile, nel momento in cui l'azione di risarcimento è fruttuosamente esperita.

Così delineata, l'azione di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione è uno strumento che completa il sistema dei controlli di conformità degli atti nazionali alle previsioni dell'Unione, per il tramite di un rimedio di carattere riparatorio. Ai sensi del quale, il cittadino danneggiato assume il ruolo di *private attorney* del diritto dell'Unione nell'architettura giudiziale del sistema europeo[25].

[24] Corte giust., 7 gennaio 2004, in causa C-201/02, *Delana Wells*, la Corte ha sancito l'obbligo per tutti gli Stati membri di «eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario», spettando alle autorità dei singoli Stati predisporre le misure necessarie per attivare tale potere di autotutela.

Si potrebbe avanzare l'ipotesi di tutelare l'affidamento con un ristoro economico del danno nella misura dell'interesse negativo. In fondo – dal punto di vista dell'analisi economica – l'inoppugnabilità è una soluzione poco costosa rispetto ad un problema reale che è la disgiunzione tra validità ed efficacia.

[25] D. NASSIMPIAN, *And we keep on meeting: (de-)fragmenting State liability*, in *European Law Review*, 2007, 2 ss. S. MOREIRA DE SOUSA, W. HEUSEL, *Enforcing Community Law from Francovich to Köbler: twelve years of the State liability principles*, Koln, Bundesanzeiger, 2004.

Copyleft – Ius Publicum

4. LA COMPLETEZZA DELLE TECNICHE DI PROTEZIONE DEI DIRITTI EUROPEI

Se ai giudici nazionali è rimesso l'obbligo di garantire l'effettività dei diritti europei, la tutela offerta da questi ultimi è di immediata disposizione per i privati che si ritengono lesi dall'azione amministrativa. Nondimeno, le relative tecniche di protezione sono condizionate dal fatto che ad essere violate siano norme sovranazionali.

Il giudizio di accertamento dell'invalidità dell'azione amministrativa diventa allora un presupposto, da cui possono scaturire una serie di conseguenze diverse. Non solo demolitorie dell'atto illegittimo, ma anche consistenti nell'obbligo di riparare i danni subiti ovvero di risarcire la relativa lesione, in base a regole peculiari diverse da quelle ordinarie. Sembra emergere così una forma di tutela differenziata, poiché a una diversità di rapporti giuridici corrisponde una diversità di tutela giurisdizionale. Il carattere differenziato della tutela appare in una pluralità di regole speciali e derogatorie rispetto alla normalità e generalità dei procedimenti tipo[26]. L'azione di annullamento sembra aver perso la sua

[26] M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 3 ss., nota come il campo delle controversie con la pubblica amministrazione appare come «un mosaico di tutele differenziate», pur condizionato da gravi carenze. L'origine di queste sta nell'amministrazione per atti, giacché «l'ideologia dello stato liberale ha imposto l'estrazione (anzi l'astrazione) dalla realtà amministrativa di questo modello organizzativo, secondo il quale l'amministrazione vive giuridicamente solo attraverso l'atto amministrativo, come momento di realizzazione di una sintesi puntuale e immediata, fra la autorità della stessa e la libertà del cittadino». Coerentemente «il processo amministrativo consente quella (sola) giustiziabilità che è reclamata da un modello in cui l'atto amministrativo è l'unica espressione e l'unico risultato giuridicamente riconoscibile dell'azione amministrativa: la giustiziabilità inerente alla validità ed alla sorte dell'atto». Sui tratti comuni del processo amministrativo nell'esperienza comparata, che contemplano un ricorso per annullamento, una situazione soggettiva «ad utilità condizionata» e un'azione per inattività, D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1 ss.; R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 848.

Copyleft – Ius Publicum

tradizionale posizione di prevalenza. L'istanza di tutela, che viene soddisfatta di norma principalmente mediante l'azione costitutiva, nelle ipotesi considerate diventa più articolata, poiché organizzata in diverse forme rimediali, come il risarcimento in forma specifica o per equivalente, tese ad assicurare la piena riparazione delle pretese del ricorrente. Il relativo regime giuridico diverge da quello ordinario. La ragione di tale mutamento può essere individuata anche nel fatto che «è socialmente ed economicamente in contrasto con il principio di proporzionalità, quale anche delineato dall'ordinamento europeo, che l'annullamento debba costituire l'unica statuizione che il giudice amministrativo può adottare in sede di giudizio di legittimità»[27].

Se ne evince che la tutela dei diritti sovranazionali richiede l'adozione di una logica rimediale completa, tipica dei modelli processuali di piena giurisdizione. Non a caso, in Francia, sono proprio i diritti a consentire tuttora la distinzione tra *contentieux de pleine jurisdiction* e *contentiuex d'annulation*. Laddove, nel primo caso l'azione *en annulation* è circoscritta alla richiesta di rimozione giurisdizionale, mentre nel secondo l'azione *de pleine jurisdiction* permette al giudice, oltre all'annullamento, di condannare l'amministrazione ad una specifica azione, tra cui il pagamento di una somma pecuniaria ovvero l'adozione di un determinato provvedimento[28]. Quest'ultimo tipo di azione presenta un limitato campo di applicazione che si basa sulla necessità di proteggere diritti soggettivi.

Allo stesso modo, la protezione dei diritti europei è garantita mediante il ricorso a diverse sanzioni giuridiche. In primo luogo, la tutela eliminatoria (o caducatoria); in

[27] S. GIACCHETTI, C. GIACCHETTI, *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione «a matrioska» del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1093.

[28] Sulla conformità del contenzioso di piena giurisdizione francese rispetto alle esigenze europee, R. TINIERE, *La notion de «pleine juridiction» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, in *Revue française de droit administratif*, 2009, 729 ss. Sul principio della piena garanzia giurisdizionale, S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1221 ss.

Copyleft – Ius Publicum

secondo luogo, la tutela reintegratoria (o restitutoria), con la quale si richiede il conseguimento dei beni di cui si è stati spogliati; in terzo luogo, la tutela risarcitoria, sotto varie forme. Alcune di esse colpiscono l'atto, a causa della sua difformità dallo schema normativo. Altre colpiscono l'amministrazione in quanto autore dell'azione illegittima, quando vi sia un'illiceità a cui si collega il risarcimento del danno.

A ben vedere, tale connotazione presenta analogie con un particolare disegno di tutela giuridica individuale, simile a quello tedesco, denominato *Systementscheidung für den Individualrechtsschutz*, caratterizzato da un largo spettro di tipi di azione esperibili nei confronti delle autorità pubbliche, al quale appartiene l'azione di condanna, nonché da un forte controllo della discrezionalità[29].

In particolare, se è vero che la violazione dei diritti sovranazionali conduce all'invalidità del provvedimento amministrativo, è altrettanto vero che in tale ipotesi si evidenzia una sorta di discrezionalità sanzionatoria. La menzionata illegittimità può dare vita a diverse conseguenze, a seconda dei casi e della fonte violata. Si conferma allora la tendenza in base alla quale l'invalidità non riguarda un atto giuridico da considerare nella sua staticità, ma si appunta sul potere e sulle norme che ne vincolano lo svolgimento, inteso come «situazione che si esplica per la produzione di effetti giuridici, conseguenti agli atti che costituiscono il suo esercizio»[30]. Anche perché grazie al portato dei processi di integrazione tra regimi extrastatali – che investono pure la funzione giurisdizionale – sempre meno le tecniche e i metodi si arrestano di fronte agli steccati della forma giuridica.

[29] Tale disegno garantisce l'effettività della tutela giuridica, allorquando l'attore sia leso in un proprio diritto, non essendo sufficiente un mero interesse, secondo quanto previsto dall'art. 19 della *Grundgesetz*.

[30] A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 312. Sullo spostamento dell'attenzione dall'atto alla funzione, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Nella relativa disciplina tali tecniche di protezione sono diverse al loro modello ordinario. Bensì esse risultano "funzionalizzate", nel senso che nei meccanismi di funzionamento possono essere parzialmente divergenti rispetto al normale funzionamento. Sotto questo profilo, i rimedi sono piegati alle esigenze di pieno rispetto della legalità sovranazionale ovvero sono intesi come strumento per assicurare l'attuazione del diritto stesso «per equivalente ove si verifichino resistenze da parte di pubblici poteri nazionali»[31]. La combinazione di tali due elementi conduce a una logica rimediale completa e satisfattiva. Completa perché corredata di tutte le forme di tutela, satisfattiva perché volta a soddisfare in pieno gli interessi del privato. Qualora la demolizione dell'atto non possa che essere solo eventuale, la sanzione giuridica connessa alla violazione di tali norme colpisce sia l'atto sia l'amministrazione che ha compiuto l'atto: con il risarcimento si salvaguarda il carattere della completezza della riparazione rispetto al pregiudizio lamentato[32].

[31] C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, 181.

[32] In coerenza con quanto affermato in Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204. Si può affermare che nella legalità non statale tende ad attenuarsi la distinzione tra norme che creano doveri e norme che attribuiscono poteri. Generalmente si afferma che la devianza in cui incorre la pubblica amministrazione è la violazione delle norme che rientrano nella seconda categoria. Laddove le prime, imponendo un dovere o un obbligo, danno vita ad una illiceità, quando si registra un comportamento difforme. Mentre le seconde stabilendo presupposti, forme e limiti all'esercizio del potere, producono invalidità. Ora le norme sovranazionali non si riconoscono in questa dicotomia, esse attribuiscono poteri, ma la sanzione giuridica connessa alla violazione di tali norme colpisce sia l'atto sia l'amministrazione che ha compiuto l'atto. Per cui, impiegando i termini di lettura classici, producono comportamenti sia invalidi sia illeciti. Inoltre, occorre rilevare come l'atto che è espressione del potere amministrativo non è esposto alla unica sanzione possibile dell'annullamento, il quale presuppone la qualificazione di invalidità. Nel senso che, stando alla configurazione propria degli ordinamenti extrastatali, la sanzione del risarcimento o della reintegrazione diventa alternativa all'annullamento, in particolare quando quest'ultimo non è esperibile. Per la precisione, anche la pubblica amministrazione ha doveri o obblighi di agire, ma il punto è che si ritiene che la violazione di questi obblighi – contenuti in norme non distinguibili dalle norme che attribuiscono il potere – «non possiede un autonomo rilievo: è l'atto costituente invalido esercizio del potere che viene colpito, a prescindere dal fatto che col suo comportamento l'autorità amministrativa (e il funzionario che ha agito per essa) abbia violato anche la norma impositiva di un dovere», in G. CORSO, *L'attività amministrativa*,

Copyleft – Ius Publicum

Se ne trae che i rimedi a disposizione degli aventi diritto sono numerosi e, seguendo una logica anglosassone, ciò qualifica i diritti stessi. I diritti, dotati di supremazia, impongono di adattare l'annullamento, la regola del principio dispositivo agli *standards* di protezione più garantisti. Un obbligo analogo sorge anche in base al principio di effettività della tutela, che viene a condizionare il momento processuale[33]. Emerge un approccio di tipo sostanziale, teso a riparare il privato dei danni subiti. Alla tutela demolitoria si affianca un obbligo generalizzato per lo Stato di risarcire i danni causati ai singoli dalla violazione del diritto sovranazionale, il che contribuisce a custodire la piena efficacia dei diritti che ai singoli derivano dai rispettivi ordini giuridici.

Su questo particolare aspetto, è il sistema dell'Unione europea il primo ad inverare tali caratteri e a perfezionare questa pluralità di tecniche di tutela. Anche se un percorso con caratteri simili si riscontra pure rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), basta soffermarsi sulle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, nelle quali si supporta la tesi della equivalenza fra ordinamento convenzionale e sistema europeo e in cui l'esercizio del potere, non conforme alla Convenzione, è sanzionato con il rimedio del ristoro pecuniario del danno[34].

Torino, 1999, 246. È tuttavia vero che, in certi casi, è configurabile autonomamente un illecito che si affianca all'atto invalido.

[33] Su questo principio, in sede di teoria generale, quale «termine di una ricorrente e insoluta antinomia tra momento esistenziale e momento deontologico del diritto», C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica* (1969), ora in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, Milano, 2002, 35 ss.

[34] Tale profilo è esplorato, in modo particolare, nella sentenza Corte EDU, 30 giugno 2005, n. 45036/98, *Bosphorus*, commentata da M. PACINI, *Il controllo della Cedu sugli atti nazionali in funzione comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 21 ss.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

ADMINISTRATIVE ACTIVITY AND LIABILITY FOR INFRINGEMENT OF EUROPEAN UNION LAW

ANNUAL REPORT - 2013 - ITALY

(May 2013)

Dott. Marco MACCHIA

INDEX

1. JUDICIAL REVIEW AND ADMINISTRATIVE LIABILITY - TWO REMEDIES FOR THE INFRINGEMENT OF EU LAW
2. THE SPECIAL NATURE OF THIS ACTION FOR LIABILITY
3. RELATION WITH THE INVALIDITY OF ADMINISTRATIVE ACTION
4. THE COMPREHENSIVENESS OF THE TECHNIQUES FOR THE PROTECTION OF EU RIGHTS.

Copyleft – Ius Publicum

1. JUDICIAL REVIEW AND ADMINISTRATIVE LIABILITY - TWO REMEDIES FOR THE INFRINGEMENT OF EU LAW

In the Legal Systems of European Countries, the principle of legality in Administrative Law is generally enforced by means of two instruments, namely *judicial review* and *administrative liability*[1], with each of them presenting relevant peculiarities in the event of infringement of European Union rules and regulations.

Focusing only on *Liability* for the violation of Rights recognised by the European Union, it is about any administrative tort perpetrated by a Member State due to the delayed, inadequate, or non-implementation of a Directive; to the passing of laws that are incompatible with European law; or to the infringement of European Law by one of that Member State's Public Administrations or national courts[2]. In this framework, liability for breach of EU Law established by the landmark decision of the European Court of Justice in *Francovich* introduces a special notion of liability, based on the obligation for each Member State to fully and adequately implement EU Law[3].

[1] For a quick overview of the administrative systems of Western Countries, see R. SEERDEN (ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States, and the United States. A Comparative Analysis*, II ed., Antwerpen-Oxford, 2007, 77.

[2] C. HARLOW, *Francovich and the problem of the Disobedient State*, in *European Law Journal*,1996, 209, where the function of unlawful acts of the Public Administration is examined. On the one hand, the European Court of Justice has utilised civil liability as a *deterrence* tool, in order to discourage Member States from circumventing EU Law; on the other hand, it has been used to ensure the protection of citizens, for *compensation* purposes.

[3] The regulatory framework of liability in tort for breaches of EU Law mainly consists of court decisions. The judgement that paved the way for the establishment of such regulatory framework was the ECJ's decision of November 19th 1991, in Case C-6/90 and 9/90, *Francovich vs. Italian Republic*, where the liability of the legislator

Copyleft – Ius Publicum

It is a form of institutional liability, stemming from the obligations imposed on National institutions by European Law. Due to its function as a remedy for damage – aiming at ensuring full compliance with the principle of legality in Europe – it presents some particularly interesting aspects. Should any Member State fail to fulfil its obligations, an infringement procedure may be launched against such State, which may also be imposed a penalty. Furthermore, "if individuals were precluded from being able, under certain conditions, to obtain reparation when their rights are affected by an infringement of Community law", "the full effectiveness of [Community] rules would be called in question"[4].

for the non-implementation of a EU Directive whose provisions did not have direct effect was established. In its subsequent decision of March 5th 1996, in Joint Cases C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pecheur Vs. Germany, The Queen vs. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame and Others*, by widening the scope of the principle of Governmental liability for breaches of EU Law, the European Court of Justice ruled that liability not only arises from non-implementation of a EU Directive, but also when a Government passes or maintains rules and regulations that are incompatible with EU provisions protecting the rights of individuals, even if they are not have immediate effect.

Literature: R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1169; ID., *Governmental Liability After Francovich*, in *Cambridge Law Journal*, 1993, 272 et seq. On the composite nature of the liability regime, A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno resp.*, 2001, 223 et seq.; R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto*, 2010. In particular, on administrative action as the source of liability for infringement of EU Law, see M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 533. See also: M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milan, 2012, 155; M. ZAMBELLI, C. ZAMBELLI, *La responsabilità extracontrattuale dello stato nell'implementazione del diritto europeo: il contesto comunitario e l'esperienza inglese*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 857.

[4] European Court of Justice, September 30th 2003, in Case C-224/01, *Köbler c. Republic of Austria*; reference is significantly made to case law. Moreover, refer to the ECJ decisions of July 4th 2000, in Cas C-424/97, *Haim*; and ECJ decision of March 24th 2009, in Case C-445/06, *Danske Slagterier*. On infringement of EU Law by sufficiently serious breaches, see ECJ decision of January 18th 2001, in Case C-150/99, *Stokholm Lindopark vs. Sweden*. On the evolution of Italian case law following actions brought against breaches of EU Law, see M.G.

Copyleft – Ius Publicum

This point may be tackled from different angles. Focus is here placed on invalid administrative action that, besides infringing European Union laws, is also the cause of torts[5]. The two most interesting aspects of this type of liability will be examined in this Paper, which shall not deal with the well-known elements relating to liability for infringement of European Law in general. The *peculiarity* of the aforementioned remedy for damage and the relation with the *invalidity* of administrative action shall therefore be tackled.

It is worth highlighting that, when legal protection does not lead to non-financial compensatory remedies, individually favourable legal situations of single individuals benefitting from European Union Law should be safeguarded. The State's liability action for damage caused by breach of EU Law by the Public Administration becomes, then, "a corrective action for the lack of protection ensured to single individuals by other safeguard

PIZZORNI, *La recente evoluzione della giurisprudenza nazionale in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *Il dir. dell'UE*, 2010, 149 et seq.

This is what has recently happened to Italy in the area of liability for damage caused by the judiciary, when infringement results from the interpretation of legal provisions or from the assessment of facts and evidence by a court itself, in European Court of Justice, November 24th 2011, C-379/10, *European Commission vs. Italian Republic*.

[5] Government liability for infringement of EU Law by a public administration was introduced for the first time in the ECJ decision of May 23rd 1996, in Case C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland)*. The dispute under consideration was about the non-issuance of a permit to export slaughter cattle to Spain. The UK Ministry of Agriculture had infringed EU laws prohibiting quantitative restriction on exports, as it had not granted the relevant permit to the Hedley Lomas, while it did not have the discretionary powers required to make such choice. The ECJ ordered the Government to redress the tort, highlighting that, in that particular case, the public authority had very limited discretionary powers. A similar case was dealt with by the ECJ in its decision of April 2nd 1998, Case C-127/95, *Norbrook Laboratories Ltd vs. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, relating to a permit for the marketing of medicinal drugs. When a public authority is required to meet European parameters, any infringement of EU law is a serious and obvious breach.

Copyleft – Ius Publicum

procedures and, in particular, by action for annulment»[6]. By partially anticipating the final conclusions, it is worth pointing out at this stage peculiarity is due to the fact that action for liability is not additional or complementary to protection seeking the annulment or elimination of the relevant act, as it actually *almost replacing* it, whenever it is no longer possible to resort to the latter[7].

[6] As it is pointed out in M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit., 533. On the legislation regulating action for liability for breaches of EU Law with reference to administrative action taken pursuant to any law that is not compliant with EU Law; and on the difference between the latter and State liability in damage for administrative acts adopted pursuant to an unconstitutional law, see ECJ January 26th 2010, in Case C-118/08, *Transportes Urbanos*, commented by F. CORTESE, *Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azionabilità dei rimedi interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1304 et seq.

[7] The relation between (traditional) protection through annulment and protection through compensation for unlawful administrative acts is a highly topical issue in the Italian legal debate. Also under the recently adopted Code of Administrative Procedure (Legislative Decree n° 104 of July 2nd 2010), pursuant to Art. 34, if the appeal is upheld, the court can adopt the most suitable measures aiming at ensuring the enforcement of res judicata. Furthermore, no annulment ruling is envisaged when nullifying the act does not serve the purpose of the plaintiff acquiring the relevant legitimate interest. Therefore, the court is only entitled to ascertain the unlawfulness of the act, so to allow redressing the tort. It is also not possible to annul any act whose effect has ceased, while an annulment action can be transformed into an action for declaration. Based on this approach, annulment is no longer unquestionable, as it becomes just one of the penalties for unlawfulness.

Copyleft – Ius Publicum

2. THE SPECIAL NATURE OF THIS ACTION FOR LIABILITY

Starting from the first profile, this action for liability due to infringement shows multiple *peculiarities* due to the fact that it aims at protecting "European interests". Actually, all related regulations are the fruit of the interpretation by supranational court decisions, which have developed a complex set of principles on this point, some of which are derived from national laws, while some others are original principles.

The first peculiarity can be observed in the legal basis of said title of liability. Although there are no explicit legal provisions and no express recognition in the Treaties – also after the entry into force of the Treaty of Lisbon, where the opportunity was not seized – liability is anyway indisputably envisaged in European court decisions based on what could be defined as an "imitation mechanism". The liability of Member States for braches of EU Law is there just as the liability of EU Institutions causing any damage in the performance of their duties[8]. This, in line with the interpretation that considers national administrations as Agencies of the European Union, due to the supranational tasks they have to fulfil[9].

[8] This liability model has been designed based on liability in tort of EU Institutions for damages caused by EU agencies in the performance of their duties. Art. 340, paragraph 2 of the TFEU provides for the regulatory bases of EU non-contractual liability. Instead, Member State liability for failing to fulfil the obligations imposed on them due to their EU membership arises from the duty to *sincerely cooperate* with other Member States, whose violation is judicially punished my means of an infringement procedure.

[9] On the creation of common administrative systems in Europe based on the coordination and cooperation of National administrations and supranational entities, refer to S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 291 et seq.; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007. For a wider perspective, see C. FRANCHINI, *Amministrazione nazionale e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993; E. CHITI,

Copyleft – Ius Publicum

As it has been repeatedly reaffirmed by the European Court of Justice, liability of Member States for damage caused to individuals by breach of EU Law is inherent in the EU Treaty system, and is in line with the general principles laid down by the Laws of EU Member States. The effect of such liability mechanism is implicit, as there is no need for any explicit legal provision. Otherwise, if EU citizens were not enabled to take legal action against EU Member States for breach of EU Law, the efficacy of EU Law itself would be jeopardised[10]. Hence, in spite of the lack of explicit legal bases, recognition of the aforesaid liability stems from the supremacy of EU Law and its effectiveness.

Another peculiarity is the rule of the indistinctness of public functions. Actually, as for the purposes of EU interests only the enforcement of supranational law is relevant, it is of secondary importance whether such enforcement is due the action of the legislator, of an administrative authority, or of a court of last resort[11]. Regardless of the entity exercising public powers, in the event of non- or mis-enforcement of any EU source of law, the obligation may arise to make good damage, provided that some conditions are met. Pursuant to the general principle of liability for breaches of EU provisions, an obligation is imposed on each member State as a whole, which has a very wide scope of application,

Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie; Padova, 2002; G. CORSO, *Sistemi amministrativi europei e principio di autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 979.

[10] The principle of such implicit nature was laid down for the first time by the ECJ in its decision of November 19th 199, Case C-6/90 e 9/90, *Francovich vs. Italian Republic*, paragraph 32. In the ECJ judgement of March 5th 1996, Cases C-46/93 and 48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, it is stated that the principle of non-contractual liability (or liability in tort) is nothing but a «general principle familiar to the legal systems of the Member States that an unlawful act or omission gives rise to an obligation to make good the damage caused». If the relevant conditions are met, the Administration is liable when it does not perform its tasks or when does not fulfil its duties the way it should.

[11] So far, the field in which this liability has been applied the most is the passing of abstract and general regulations.

Copyleft – Ius Publicum

including to situations that are unknown to national Law, as the profiles of the relevant torts have been defined by EU court decisions.

This is why the liability of a Member State for infringement of EU Law is a special one, which was designed in order to remedy breaches of EU rules[12]. Among the conditions for such liability to arise is a sufficiently characterised and qualified infringement – that is, a *sufficiently serious breach of law* – of any provision intended to confer rights upon individuals, as well as a direct causal connection between such breach and the damage incurred[13]. Member States cannot add any additional condition or requirement, including stricter ones[14]. However, this does not apply to recourse action regulations, which do not fall within the province of EU Law. This is why the implementation regime is regulated by national Law, provided that it does not make it too difficult for citizens to bring action before a court[15]. Nevertheless, the role played by

[12] One is entitled to compensation for damages caused by breaches of EU Law when three conditions are met. First, the infringed provision should confer rights upon the individuals who suffered the damage. Secondly, there should be sufficiently serious and obvious breach. Thirdly, there should be a direct causal connection between the infringement and the relevant damage.

[13] See ECJ March 5th 1996, in Cases C-46/93 and 48/93, *Brasserie du pêcheur and Factortame*; ECJ., July 4th 2000, in Case C-424/97, *Haim*; ECJ., March 24th 2009, in Case C-445/06, *Danske Slagterier*.

[14] As it is pointed out by the Court of Justice, March 5th 1996, in Cases C-46/93 and 48/93, *Brasserie du pêcheur*, «the substantive and procedural conditions for reparation of loss and damage laid down by the national law of the Member States concerning reparation of damage must not be less favourable than those relating to similar domestic claims and must not be so framed as to make it virtually impossible or excessively difficult to obtain reparation». A typical example is in Italy the liability of judges, where the highest court usually does not interpret Art. 2, Paragraphs 1 and 3 of Law n° 117 of April 13th 1988 as a «manifest breach of the applicable laws». As a consequence, it becomes possible to say that the victims of a tort due to any behaviour, act, or measure taken by a judicial authority are solely to be compensated by the Government in the event of fault or serious misconduct of a court.

[15] Again in the area of administrative action, and considering our regulatory framework, voidness and unlawfulness need to be ascertained, which are predicated on the tort caused by a subjective legal situation

Copyleft – Ius Publicum

national law is also crucial due to the fact that the line of decisions of the ECJ is not comprehensive and does not cover all aspects, thus needing to be complemented and coordinated with national rules and regulations on liability.

In assessing such tort, there is no room to consider any subjective condition, that is, assessing the relevance of malice and fault[16]. For the subjective factor, it is essential to access an objective notion that takes into account the defects and flaws that invalidate the decision, as well as – in line with the orientations of EU Court decisions – the seriousness of the breach perpetrated by the public administration, also in the light of the extent of its discretionary assessment powers, of the relevant case law, of the real conditions, and the contribution given by private actors to the proceedings[17]. This proves that the aforesaid liability aims at safeguarding the right to full protection of one's legally relevant interests.

protected by law, which occurs when unlawfulness violates a private citizen's substantial interest thus causing unfair tort. There is vast literature on this topic; refer to R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milan, 1993; A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Turin, 2005.

[16] EU Court of Justice, June 13th 2006, in Case C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo/Italian Republic*, pointing out that «Community law also precludes national legislation which limits such liability solely to cases of intentional fault and serious misconduct on the part of the court, if such a limitation were to lead to exclusion of the liability of the Member State concerned in other cases where a manifest infringement of the applicable law was committed».

Conversely, national courts continue to deem it necessary to ascertain the fault with a view to establishing liability for breaches of EU Law. For instance, in the event that a public administration has enforced an Italian law instead of highlighting its non-compliance with an EU Directive. In *Court de Cassation*, January 21st 2005, n. 20454, the administration had enforced a decree-law, which the European Court of Justice had later deemed in contrast with the purpose of a previously passed EU Directive. The main point is, therefore, the immediate effect of the relevant EU regulation. In particular, an administration is not deemed to have acted wrongfully if, by adjusting to the laws in force, it has not pointed out the non-compliance with an EU Directive that the European Court of Justice would only later declare as having immediate effect in the Member States.

[17] Lombardy Regional Administrative Court (TAR), Milan, Div. I, June 14th, 2010 , n° 1811.

Copyleft – Ius Publicum

The Government is therefore held accountable for any mistake made by the administration, in the event of any damage caused by the infringement of EU Law. Hence, it is not about direct liability – as it is the case for ordinary violation of legitimate interests. This means that public administration errors causing indemnifiable damage should be remedied through appeal.

Actually, action for liability does not aim at changing the decision – which, actually, is deemed unchangeable and impossible to challenge. Any tort – even when it causes indemnifiable damage – can only be remedied by lodging an appeal. However, in order to safeguard the principle of legality, EU Law envisages a remedial mechanism – through indirect compensation – for any error in the interpretation and enforcement of European Union Law, especially for those cases in which reference for preliminary ruling is not properly resorted to, and the efficacy of EU provisions – providing for an advantage – depends on an action of the State/Administration under consideration[18].

[18] In Court of Justice, June 28th 2001, in Case C-118/00, *Gervais Larsy vs. INASTI*, the Belgian National Institute for Social Security had independently adopted a measure to the detriment of Mr. Larsy, prohibiting overlapping pension benefits, when such benefits were regularly paid by the French administration. This, even if the plaintiff had paid old-age pension insurance contributions in both Countries and EU laws prohibited the adoption of any measure aiming at reducing pension benefits in the event of double payment of social security contributions (Art. 46 of Regulation n° 1408/71). In that specific case, as Mr. Larsy had not appealed against said unfavourable decision, the Court held that "to the extent that national procedural rules precluded effective protection of Mr Larsy's rights derived under the direct effect of Community law, Inasti (that is, the Belgian National Institute for Social Security) should have disapplied those provisions". Therefore, even when there is a final judgment, national procedural rules in serious breach of EU Law should be disapplied.

Copyleft – Ius Publicum

3. RELATION WITH THE INVALIDITY OF ADMINISTRATIVE ACTION

As it has been pointed out above, according to the European Court of Justice, declaring damage caused by breaches of EU Law non indemnifiable means calling in question the "full effectiveness of Community laws providing for such rights". Therefore, anyone can see that, denying the responsibility of a Member State for any obviously wrong administrative act would entail the same consequence.

Hence, in order to ensure the effectiveness of EU Law, invalidity and accountability/liability rules are introduced, just as it is the case for national law[19]. Invalidity rules and regulations aim at ensuring that there are no differences between actual acts and measures and the abstract ones envisaged by the EU legislator, implemented by the legal principles regulating the exercise of public powers. Instead, accountability/liability rules and regulations assume that pecuniary damage was caused to the individual concerned and aim at protecting the legitimate interest that such individual intends acquire or maintain.

All the above being said, the infringement of an EU provision may affect the validity of an administrative act, but may also be the source of liability for damages. It can

[19] This expression is used in G.P. CIRILLO, *L'azione amministrativa sospesa tra regole di invalidità e regole di responsabilità*, in *Cons. St.*, 2005, 1137. As it was repeatedly held by the Italian Constitutional Court, protection for damages is an "additional protection tool besides the classical one – that is, protection by way of annulment". Based on the principle of equivalence, when administrative action infringes the regulatory principles of European Union law, two types of mechanisms can be triggered, namely mechanisms promoting protection by way of annulment – as it has been explained above – as well as systems envisaging protection by way of compensation for damages, regardless of the possible annulment of the act under consideration. See decisions n° 204 of 2004 ad n° 191 of 2006. It is not Art. 2043 that applies, but public law provisions of Art. 30 of the Code of Administrative Procedure (*Codice del processo amministrativo*).

Copyleft – Ius Publicum

both influence the judicial review and be the source of liability for damages, should the administration have acted illogically, arbitrarily, or obviously unreasonably. As a matter of fact, governmental liability is just one element of the wider EU's case law effort and commitment to guaranteeing the effectiveness of EU Law and protection for individuals.

Action for liability for infringement of EU Law is an independent action from judicial review aiming at ascertaining the invalidity of administrative acts, and it is not influenced by any concomitant plea for annulment[20]. Compensation for damage is not an automatic consequence of the annulment of an act as, for damage to be compensated, all the conditions required need to be met. It is a remedy aiming solely at remedying damage caused to private citizens by any act deemed "incompatible".

It cannot be an action whereby one tries to obtain the annulment of any act through an action that was not brought in due time. As a matter of fact, an action for liability does not aim at obtaining the elimination of any act but, rather, at obtaining compensation for the damage caused by any authority in the performance of their duties. As the act is not disapplied, it cannot be considered as *tamquam non esset*. Therefore, it has effect without prejudice to the accountability/liability of the authority that issued it[21].

And this is not all. The mechanisms of reference for preliminary ruling do not apply either. A claim for damages can be put in even if no appeal has been filed against the relevant administrative act within the deadline provided for by law[22]. As a consequence, the

[20] The principle of the self-standing nature of action for liability has been developed since the earliest relevant decisions, including Court of Justice decision of July 15th 1963, in Case C-25/62, *Plaumann*; ECJ., April 28th 1971, in Case C-4/69, *Luetticke*; ECJ., December 2nd 1971, in Case C-5/71, *Schoeppenstedt.*

[21] *Consiglio di Stato*, Dep. VI, May 20th 2005, n° 2566.

[22] Generally speaking, the Government should be required to make good any damage – as it has legal capacity to be brought action for damages against – and not the administration that took the action, but this does not exclude the possibility that the administration may be held legally liable and be required to make good the relevant damage. EU Court of Justice, July 4th 2000, in Case C-424/97, *Haim*, "if a legally independent public-law body of

Copyleft – Ius Publicum

possible unlawfulness of the act – due to its non-compliance with EU law – can be theoretically established before a national court, even after the deadline for appeal has expired, if there is liability. Hence, the court is attributed some control on the exercise of power, although such control is for the purposes of compensation. Even if the administration's action becomes final, it is still under scrutiny and its lawfulness is assessed for compensation purposes. And the validity of the act can be challenged, because the violation of the individual's right is unjustified by virtue of the relevance of extra-state law.

The decisive point is that the crystallization of the administrative relation due to the expiry of the deadline or to a judgment becoming final, is not an obstacle to a claim for damages. As a matter of fact, if the relevant conditions are met, action can still be brought.

In other words, in the event of a void act, after pursuing all possibilities for non-financial compensation or compensation by way of specific measure (*risarcimento in forma specifica*), it is possible obtain financial compensation for an equivalent amount (*risarcimento per equivalente*). This, because – although the act in breach of EU law was not declared void – it is nevertheless necessary to protect the legal benefits provided for by supranational law[23]. In this respect, this form of compensation *replaces* the non-financial compensation or compensation by way of a specific measure that did not occur.

a Member State infringes Community law in the context of an individual decision, there is nothing from the point of view of Community law to preclude the public-law body from being held liable as well as the Member State".

[23] This presupposes that the cause of action (*causa petendi*) and the redress sought (*petitum)* through the action for damages are not the same as those of the application the decision relates to; refer to Court of Rome, June 28th 2001, in *Giur. merito*, 2002, 359 et seq., with note by F. GIANFILIPPI, *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato*. As a matter of fact, a proceeding aiming at establishing Government's liability does not have the same subject matter and does not concern the same parties as the action that brought about the final decision. Such a binary system is adopted by the German obligation system, which makes a distinction between two types of compensation: compensation "instead of" the benefit that was not provided, and an "additional" compensation to the first one.

Copyleft – Ius Publicum

As it was stated in *Wells*[24], subject to the limits laid down by the principle of procedural autonomy, lacking an environmental impact assessment, Member States may revoke or suspend a consent that has already been granted, even if no appeal is lodged against such consent. In any case, the Member States are likewise required to make good any harm caused by the measure under consideration.

It is therefore like a remedy of last resort, punishing the violation of a supranational provision. Hence, should it not be possible to nullify an unlawful act, the relevant Member State is required to make good any harm caused by the that administrative act, if applicable. Furthermore, this liability system may be risky for any authority that does not comply with supranational law. As a matter of fact, such authority obviously risks being condemned to make good the damage caused by an unlawful act that has become final, should an action for damages be successfully filed.

Action for liability for infringement of EU Law, as it is outlined above, is therefore a tool complementing the system of checks for compliance of national administrative acts with EU provisions, by means of remedies redressing torts. Hence, in the judicial framework of the EU system, citizens act as EU Law *private attorneys*[25].

[24] ECJ., January 7th 2004, Case C-201/02, *Delana Wells*, the EU Court of Justice held that all Member States are required "to nullify the unlawful consequences of a breach of Community Law", and it is up to the authorities of the Member States to adopt the measures required in order to exercise such self-protection power.

It could be envisaged to protect citizens' confidence by means of pecuniary compensation for damage solely covering the loss. All in all – from a financial analysis standpoint – unreviewability is a cheap solution considering the real problem of the dissociation of validity and effectiveness.

[25] D. NASSIMPIAN, *And we keep on meeting: (de-)fragmenting State liability*, in *European Law Review*, 2007, 2 et seq. S. MOREIRA DE SOUSA, W. HEUSEL, *Enforcing Community Law from Francovich to Köbler: twelve years of the State liability principles*, Koln, Bundesanzeiger, 2004.

Copyleft – Ius Publicum

4. THE COMPREHENSIVENESS OF THE TECHNIQUES FOR THE PROTECTION OF EU RIGHTS

If, on the one hand, national courts are required to guarantee the effectiveness of EU rights, on the other hand, the protection offered by the latter is immediately available to private citizens who believe they have suffered damage from administrative actions. And the relating protection techniques are, in turn, influenced by the fact that the infringed provisions are supranational legal provisions.

The review for legality of administrative acts then becomes a precondition that can have various consequences. Not only can it lead to the annulment of the unlawful act, but it can also entail an obligation to remedy the tort or make good any damage, based on special rules other than ordinary ones. Hence, differentiated forms of protection seem to appear, as different legal relationships entail different judicial protection. The differentiated nature of the protection appears in a number of special provisions departing from ordinary standard proceedings[26]. Action for annulment seems to have lost its traditional supremacy. The

[26] M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 3 et seq., points out that field of legal disputes with public administrations appears like a "mosaic consisting of different types of protection", notwithstanding its serious deficiencies. The cause for such deficiencies lies in the administration's existence being based on its own actions. As a matter of fact, «the ideology of the liberal State required extracting (or, rather, abstracting) the administrative part of such organisational model, based on which an administration legally exists solely through its administrative action, which is an immediate and accurate synthesis of its authority and the freedom of citizens». Hence, «administrative procedure allows obtaining the (only) justiciability required by a model where administrative acts are the sole expressions and the only legally recognisable results of administrative action – justiciability that is inherent in the validity and in the fate of the act». On administrative procedure similarities identified through a comparative-law analysis of an action for annulment, a "conditional-utility subjective situation", and an action for failing to act, refer to D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1 et seq.; R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 848.

Copyleft – Ius Publicum

demand for protection – which is usually met through action for a relief – in the cases under consideration becomes more complexly organised, as it consists of different forms of remedies such as non-financial compensation or compensation by way of a specific measure (*risarcimento in forma specifica*) or financial compensation for an equivalent amount (*risarcimento per equivalente*), which aim at ensuring fully meeting the plaintiff's request for compensation. The relating legal regime is different from the ordinary one. The reason for this change can be that «the fact that annulment is the only decision ordinary courts can make in the framework of a judicial review, is not in line with the proportionality principle as it is also outlined by EU Law»[27].

It can therefore be inferred that the protection of supranational rights requires adopting a comprehensive remedial approach, which is typical of unlimited jurisdiction procedural models. It is no coincidence that, in France, rights are the ones still allowing making a distinction between *contentieux de pleine juridiction* and *contentieux d'annulation*. In fact, in the first case, action "*en annulation"* is limited to the demand for judicial annulment, while in the second case, an action "*de pleine juridiction"* allows the court not only to annul the act, but also to order the relevant administration to take specific action, such as paying an amount of money or adopting a specific measure[28]. With latter type of action having limited scope, based on the need to protect subjective rights.

Similarly, the protection of EU rights is ensured through different legally enforced penalties, including, first of all, protection by way of annulment (or extinction); secondly,

[27]S. GIACCHETTI, C. GIACCHETTI, *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione «a matrioska» del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1093.

[28] On the conformity of French unlimited jurisdiction in appeals (*contentieux de pleine juridiction*) with EU Law, see R. TINIERE, *La notion de «pleine juridiction» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, in *Revue française de droit administratif*, 2009, 729 et seq. On the full judicial protection principle, see, S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1221 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

protection by way of reinstatement (or restitution), whereby the plaintiff can claim the acquisition of the legitimate interest he/she was deprived of; thirdly, protection through compensation, in various forms. Some of the aforesaid penalties affect the act itself, due to its non-compliance with the regulations in force; some others, instead, aim at the Administration, which was responsible for the unlawful act, when there is unlawfulness correlated to compensation.

As one can see, this connotation shows some similarities with a special individual protection approach, like the German one, called *Systementscheidung für den Individual rechtsschutzz*, which envisages a wide range of possible actions to be brought against public authorities – also including compensatory action – as well as strict control over discretionary powers[29].

In particular, if it is true that the violation of supranational rights entails the invalidity of administrative action, it is also true that this approach shows some sort of discretionary sanctioning power. The aforementioned unlawfulness may have various consequences, depending on the case and on the infringed law. A trend is then confirmed according to which invalidity does not concern a legal act considered in its static nature, but rather relates to power and to the rules governing its exercise, meaning the "situation characterised by the production of legal effects, which are the consequence of the acts representing its exercise»[30]. Actually, thanks to the consequences of ongoing extra-state system integration processes – which also affect the judicial system – techniques and methods are less and less hindered by the legal form obstacle.

[29] This system guarantees the effectiveness of legal protection, in the event that the applicant's rights are violated, with simple interest being insufficient pursuant to Art. 19 of *Grundgesetz*.

[30] A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milan, 1958, 312. On the shift to f focus from the act to the function, see F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

In the relevant regulation, such protection techniques are different compared to their standard model. They are actually "fonctionalised", that is to say that their functioning mechanisms may partially differ from standard ones. In this respect, remedies are subject to the need for full compliance with supranational law, thus being considered as law enforcement tools «for an equivalent, should there be any resistance from national public authorities»[31]. Marrying those two elements allows obtaining a comprehensive and compensatory remedial approach. It is comprehensive in that it encompasses all forms of protection, and is compensatory because it aims at fully meeting the interests of private individuals. In the event that the annulment of an act may only be "possible", the adverse legal consequences for infringing the law target both the act and the Administration that took such action – through compensation, the comprehensive nature of the remedy for any claimed tort is ensured[32].

[31] C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milan, 2008, 181.

[32] In line with Constitutional Court decision n° 204 of July 6th 2004. Actually, in the framework of non-state legality, the difference between legal provisions creating rights and legal provisions attributing powers tends to fade. It is generally pointed out that public administrations usually violate the provisions belonging to the latter category. As a matter of fact, while the first ones – which impose duties or obligations – entail unlawful behaviour in case of breach, the second ones – which establish the preconditions, forms and limitations for exercising power – entail invalidity. However, international law does not envisage this dichotomy. It attributes powers, but the statutory penalties for violating the relevant provisions target both the act and the administration that has taken action. Therefore, by providing a traditional interpretation, in the event of any breach of EU laws, the act is both unlawful and void. It is also worth highlighting that the penalty of annulment is not the only penalty an act that is the expression of administrative power can incur, with annulment being subject to the establishment of the act's invalidity. Actually, under extra-state law, compensation for damage or redress are alternatives to annulment, especially when the latter is not possible. For precision's sake, public administrations also have duties or obligations to act, but the point is that, violating such obligations – laid down by laws that cannot be distinguished from those conferring powers - are deemed "not to have self-standing relevance: it is the act constituting invalid exercise of power that is targeted, regardless of the fact that, with its behaviour, the administrative authority (and the official who acted on its behalf) also infringed provisions imposing duties», in G. CORSO, *L'attività*

Copyleft – Ius Publicum

Hence, the individuals concerned have a wide range of remedies available and, based on an Anglo-Saxon approach, this qualifies the rights themselves. Rights – whose supremacy is indisputable – oblige to adjust annulment, the enacting principle rule, to the highest protection standards. A similar obligation also arises based on the principle of the effectiveness of protection, which influences the proceedings[33]. A substantive approach appears, aiming at compensating private individuals for the damage incurred. Protection by means of annulment is complemented with a general obligation for Public Authorities to make good the damage caused to individuals by the infringement of supranational law, which contributes safeguarding full effectiveness of the rights conferred upon citizens by their respective legal systems.

On this specific point, the European Union was the first one to adopt such criteria and fine-tune the above-mentioned wide range of protection techniques. Although a similar evolution can also be observed with respect to the European Convention on Human Rights (ECHR), suffice it to think of the decisions of the European Court of Human Rights, advocating for the equivalence of the Convention system and the European one, and punishing the exercise of power in breach of the Convention's provisions with financial compensation for damage as a remedy[34].

amministrativa, Torino, 1999, 246. However, it is also true that, in some cases, there is a self-standing unlawful action besides the invalid act.

[33] On this principle, in the frame of general theory, as a «term of the recurring and unsolved antinomy between the deontological and the existential elements of law», see C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica* (1969), now in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, Milan, 2002, 35 et seq.

[34] This profile is examined in particular in ECHR decision n. 45036/98 of June 30th 2005, *Bosphorus*, commented by M. PACINI, *Il controllo della Cedu sugli atti nazionali in funzione comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 21 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO DIVENTA GIUDICE DI COMMON LAW?

REPORT ANNUALE – 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Giovanni PESCE

INDICE

1. PREMESSA
2. LA DOTTRINA DELLO STARE DECISIS
3. ARGOMENTI TEORICI CONTRARI AL VINCOLO DEL PRECEDENTE (NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO).
4. ARGOMENTI FAVOREVOLI AL PRECEDENTE VINCOLANTE (NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO).
5. CONCLUSIONI

Copyleft – Ius Publicum

1. PREMESSA

L'art. 99 del codice del processo amministrativo approvato con il d. lgs. 104/2010 configura un nuovo ruolo per l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. In particolare, il terzo comma dell'art. 99 prescrive che se la sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un "*principio di diritto*" enunciato dall'Adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Si tratta di un vincolo che ha natura diversa rispetto al vincolo di legge creato dalla sentenza che produce effetti "*tra le parti*" (evento che si identifica con la sentenza passata in giudicato) o rispetto al vincolo che impone al giudice del rinvio nel processo civile l'osservanza del principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione ex art. 384 c.p.c.

E si tratta, inoltre, di un ruolo che va ben oltre i confini della classica funzione di c.d. nomofilachia che l'ordinamento assegna ad ogni giurisdizione apicale al fine di assicurare una tendenziale uniforme osservanza della legge, funzione cui tradizionalmente veniva esclusa una pretesa di vincolatività *de jure* (art. 45 del vecchio t.u. Cons. Stato).

Piuttosto, il principio di diritto dell'Adunanza plenaria, ricorda l'istituto del precedente giudiziario che imperversa nei sistemi di *common law*. Siamo dunque di fronte ad una trasformazione delle giustizia amministrativa italiana, tradizionalmente ritenuta il baluardo del principio di legalità? Il processo amministrativo è destinato a diventare un processo di *common law*?

Se così fosse l'art. 99 introdurrebbe una novità di indubbio rilievo. Sul piano puramente teorico dovrebbero essere rimeditate alcune posizioni che tuttora non credono all'opera creativa della giurisprudenza. Sul piano del diritto positivo ne dovrebbe essere valutata la compatibilità con alcuni principi generali dello Stato di diritto. Sul piano del rapporto cittadino-pubblica amministrazione occorrerebbe ancora domandarsi se è meglio che esista un precedente vincolante.

Copyleft – Ius Publicum

2. LA DOTTRINA DELLO STARE DECISIS

Secondo la dottrina dello *stare decisis* gli elementi caratterizzanti il precedente sono i seguenti[1]:

a) una decisione giudiziaria, oltre a risolvere una data controversia, rappresenta anche una fonte autorevole di diritto da seguire in controversie successive che presentano una qualche similitudine;

b) una corte è vincolata dalle decisioni delle corti superiori e, talvolta, alle proprie decisioni[2];

c) una decisione è vincolante solo riguardo alla sua *ratio decidendi*;

d) un precedente molto antico, benché sempre valido, non sarà applicabile in presenza di rilevanti mutamenti;

e) il giudice del caso successivo analizza criticamente il precedente e gode di una certa libertà nell'interpretare la *ratio decidendi* in modo tale che il precedente non costituisca un ostacolo insormontabile alla nuova decisione che intende assumere;

f) la tecnica, diretta a sostituire il precedente, nota come l'*overruling*, consente di evitare che un inaspettato mutamento del precedente possa minare l'affidamento di coloro che hanno fatto affidamento sul precedente stesso.

[1]Per le "deviazioni" del common law negli U.S.A., cfr. ad es., R. POUND, *The deviation of American Law from English Law*, in 67 Law quarterly rew., 1952, p 44-46.

[2] Le Corti supreme degli Stati Uniti, a differenza per un lungo periodo da quella inglese, non si sono mai considerate vincolate dai propri precedenti: R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (a cura di Sacco), Padova, 1973, p. 373.

Copyleft – Ius Publicum

Sul piano sostanziale, il precedente è un mezzo per creare diritto. Sul piano procedurale, il precedente integra una particolare tecnica di risoluzione delle controversie.

3. ARGOMENTI TEORICI CONTRARI AL VINCOLO DEL PRECEDENTE (NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO)

La teoria del precedente come fonte del diritto è stata in Italia sottoposta a dura critica sia per ragioni di carattere formale (l'elenco delle fonti del diritto non annovera anche "la giurisprudenza"), sia per ragioni di carattere politico (fondate essenzialmente sul principio della divisione dei poteri), sia per il timore che il giudice finisse per "creare" la legge invadendo il potere sovrano (del Re, prima, del Parlamento, dopo).

Al contrario sembra pacifico che la Costituzione imponga al giudice di applicare il diritto (art. 101, comma 2) e non di crearlo[3]. Si rovescia quindi l'impostazione del *common law*. La costruzione dogmatica del sistema delle fonti è stata portata avanti nel solco del positivismo giuridico ottocentesco[4], ispirato al mito dell'autosufficienza della fonte legislativa ed ostile all'idea della capacità "creativa" del giudice.

In realtà, come i *fatti* hanno dimostrato nel tempo, nessuna ideologia riuscì a scoraggiare i giudici del Continente dalla *consapevole* operazione di creazione di norme[5].

[3] R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995.

[4] G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976.

[5] M.R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, New Haven, 1986 (trad. it.: I volti della giustizia e del potere, Bologna 1986).

Copyleft – Ius Publicum

4. ARGOMENTI FAVOREVOLI AL PRECEDENTE VINCOLANTE (NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO).

a) Argomenti teorici.

Il realismo giuridico già agli inizi del 1900 riconosce che il diritto si manifesta anche per mezzo dell'attività giudiziale. Mettendo in discussione il monopolio della legge, il merito dei realisti è stato quello di innovare il dibattito giuridico specie sul tema delle fonti del diritto[6].

Che la corrente dei realisti abbia avuto effetti è fuori dubbio. Non a caso, anche la nostra dottrina ha successivamente mostrato di voler abbandonare lo schema tradizionale della giuspubblicistica ottocentesca. Questo vale a maggior ragione per il giudice amministrativo, se si considera la massiccia e consapevole opera creativa posta in essere dal Consiglio di Stato nel corso della storia.

La giurisdizione amministrativa si è risolta negli anni attraverso l'opera creativa della giurisprudenza, successivamente alla quale è intervenuta copertura legislativa[7]. Le stesse tecniche con le quali il giudice amministrativo indaga *l'eccesso di potere* prescindono, per definizione, dall'applicazione di una norma scritta alla fattispecie concreta e si concentrano su parametri generali (quali la ragionevolezza, la logicità, etc.) che accentuano inevitabilmente il ruolo creativo del giudice amministrativo[8]. Il giudizio

[6] R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, *New Haven*, Yale University Press, 1922; B.N. CARDOZO, Selected Writings of Benjamin Cardozo (Il giudice e il diritto), New York, 1947, trad. it. Firenze, La Nuova Italia,1961; A. ROSS, *On Law and Justice* (Diritto e giustizia), trad. Einaudi, Torino, 1965; K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Oxford Un. Press., London, 1939; trad. Il diritto come fatto, Milano, 1967.

[7] Si veda S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, ora in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, pp. 1392 ss.; cfr. anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 326 ss.

[8] In modo non dissimile per il giudice di common law: sul punto, F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, tomo V, p. 4468.

Copyleft – Ius Publicum

amministrativo deve assicurare per espressa previsione di legge una tutela "piena ed effettiva" anche secondo "i principi del diritto europeo" (art. 1 c.p.a.)[9].

In sintesi, se v'è spazio – ed esiste – per il giudice civile di "creare" le regole e di colmare le lacune del legislatore o di interpretarne lo spirito oltre la lettera, uno spazio ben più consistente lo trova da sempre il giudice amministrativo perché ciò è tipico del suo agire e della sua capacità di assicurare giustizia. La vera novità semmai sarebbe la vincolatività del precedente della Plenaria per le sezioni semplici. Tale aspetto, più circoscritto, rappresenterebbe tuttavia una conseguenza logica delle suddette premesse. Un giudice inarrestabilmente creatore di diritto, qual è il giudice amministrativo, può essere vincolato dai precedenti dell'Adunanza plenaria.

b) Argomenti di opportunità.

Il primo argomento tipicamente addotto a favore del precedente vincolante è la certezza giuridica[10], valore fondamentale che sta alla base di una ordinata convivenza. In particolare, il precedente è uno strumento di tutela delle aspettative dei consociati e in quanto tale garanzia di maggiore libertà. Lo *stare decisis*, infatti, consente di prevedere in anticipo i comportamenti sanzionati dalla legge e di pianificare le scelte di vita. Sulla importanza della prevedibilità insiste anche la CEDU[11] . Ai fini della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la nozione di "legge" non è legata a criteri formali o procedurali. La

[9] Corte Giust., 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, Cilfit srl e Lanificio di Gavardo spa c. Ministero della Sanità, in Racc., 1982, 3415; cui adde Corte Giust., 15 settembre 2005, in causa C-495/03, Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën, in Racc., 2005, I-8151.

[10] G. LAMOND, *Precedent and analogy in legal reasoning, in Stanford Encyclopedia Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, in http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/legal-reas-prec/.

[11] Sunday Times c. Regno Unito, sentenza del 29 aprile 1979, §§ 48-49. Di conseguenza, agli occhi della Corte, la "legge" non è conoscibile, né prevedibile se la giurisprudenza è contrastata e contraddittoria (nota: e ciò non solo ovviamente per i sistemi di common law, ma anche in quelli di civil law continentali).

Copyleft – Ius Publicum

Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha elaborato ed utilizza, nei confronti di tutti gli Stati, una "nozione autonoma" di legge, compatibile con tutti i sistemi costituzionali europei. L'unità, la costanza, la conoscibilità, la prevedibilità della giurisprudenza, nell'ottica della Corte europea, assicurano la legalità delle vicende che si svolgono a livello nazionale. Di conseguenza, agli occhi della Corte, la "legge" non è conoscibile, né prevedibile se la giurisprudenza è contrastata e contraddittoria[12].

Si aggiunga che la prevedibilità garantisce la libertà dei cittadini anche per altra via. Lo *stare decisis* consente una diversa e più esatta delimitazione della stessa discrezionalità dei pubblici funzionari, cui potrà essere addebitata la responsabilità di avere adottato provvedimenti in violazione del precedente.

Ci sono poi ragioni di efficienza per lo *stare decisis*: se le corti sono complessivamente coerenti, le regole sono più chiare e le ragioni di conflitto diminuiscono. La conseguenza è una deflazione delle liti e dei processi.

L'argomento della prevedibilità si associa a quello della certezza del diritto. Se dunque da un lato il precedente sembra compromettere il principio di legalità in quanto implica il riconoscimento del potere normativo del giudice, per altro verso, esso assolve proprio ad una delle funzioni che il principio di legalità mira a tutelare: di porre, cioè, al riparo il cittadino da comportamenti imprevedibili e arbitrari dei pubblici poteri. La dottrina ha già affermato che la regola stare decisis non solo non è in contrasto con il principio di "rule of law", ma ne è addirittura un corollario[13].

[12] In proposito sono esplicite le sentenze che hanno definito i ricorsi Kruslin c. Francia, del 24 aprile 1990, §§27-36; Kopp c. Svizzera, del 25 marzo 1998 § 73; Valenzuela Contreras c. Spagna, del 30 luglio 1999 §§ 52 segg. e, in materia penale (art.7 Conv.), Kokkinakis c. Grecia, del 25 maggio 1993, § 40; Cantoni c. Francia, del 15 novembre 1996 §§ 28 segg.; Achour c. Francia, del 29 marzo 2006 §§ 49 segg.; Pessino c. Francia, del 10 ottobre 2006 §§ 28 segg.).

[13] J. WALDRON, *Judges as Moral Reasoners, 7 International Journal of Constitutional Law* 2, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

c) Argomenti logico-testuali.

Sul piano strettamente esegetico, la stessa struttura della norma processuale in esame conferma la volontà del legislatore di introdurre nel sistema il precedente vincolante.

i) L'art. 99, terzo comma, del c.p.a. individua certamente una proposizione prescrittiva non meramente descrittiva[14]. La proposizione "*se la sezione ritiene di non condividere un principio di diritto della Adunanza plenaria rimette a quest'ultima la decisione con provvedimento motivato*" equivale a dire che "*la sezione che non condivide un principio di diritto non può decidere il caso ma deve rimetterlo alla Adunanza plenaria spiegando le ragioni del dissenso*". Non può voler dire, invece, che "*la sezione che non condivide il principio di diritto dell'Adunanza plenaria è libera di discostarsene, purché motivi*". una simile formulazione sarebbe superflua.

ii) Il predicato verbale "rimette" non implica una facoltà. La norma non è formulata come se la rimessione fosse una facoltà delle sezioni semplici: non c'è scritto "può rimettere".

iii) Il carattere prescrittivo della norma in esame si ricava anche in considerazione dell'onere specifico di motivazione che grava sulla sezione semplice per il caso in cui questa ritenga di non condividere un principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria: onere che ricorda quello che incombe sul giudice *a quo* allorquando intende sollevare una questione di legittimità costituzionale rinviando gli atti di causa alla Corte costituzionale.

iv) Né appare pertinente l'obiezione relativa alla mancanza di sanzione per il caso in cui la sezione semplice decida di non rimettere alla Adunanza plenaria e decida in autonomia. Tanto più che per le norme di struttura (quelle cioè che regolano il funzionamento dell'istituzione), la presenza di una sanzione non costituisce elemento

[14] Per tutti, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 52 e ss.

Copyleft – Ius Publicum

essenziale della vincolatività della norma[15].

v) Infine, in base agli articoli 74 e 88 del codice del processo amministrativo, il giudice può esaurire la motivazione soltanto richiamando il precedente (che ovviamente sarà "conforme"). Secondo la nostra prospettiva, il precedente "conforme" destinato a vincolare è quello dell'Adunanza plenaria.

vi) Il quadro sopra descritto si concilierebbe poco con la logica se l'approdo coincidesse ancora con la funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria.

5. CONCLUSIONI

Riconoscere l'esistenza dello *stare decisis* nella giustizia amministrativa significa affrontare alcuni rompicapo teorici e giuridici[16]. I primi hanno natura prevalentemente logica ed in quanto tale solleticano prevalentemente i teorici del diritto: se la giurisprudenza può creare diritto perché poi il giudice successivo dovrebbe dirsi vincolato? In quali occasioni (e al ricorrere di quali circostanze) il giudice è libero, tanto da affiancare il legislatore, e quando al contrario è vincolato?

I rompicapo giuridici non sono meno onerosi. Il sistema delle fonti italiane viene tradizionalmente reputato chiuso e strutturato secondo criteri di gerarchia e competenza.

Che dire, poi, del principio di legalità? Il principio di legalità, nella formulazione recata dall'art. 101 Cost. (il giudice è soggetto soltanto alla legge), comporta in teoria che il giudice, da un precedente ritenuto non conforme alla legge, sia tenuto a discostarsi: perché

[15] N. BOBBIO, op. ult. cit., p. 58.

[16] Sia consentito rinviare a G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012.

Copyleft – Ius Publicum

deve obbedire alla legge e non al collega (che può essere anche la Cassazione o l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) che ha formulato il precedente. La contraddizione, tuttavia, è a ben vedere più apparente che reale. Il giudice che crea il diritto non lo fa su base arbitraria ma in una cornice di norme e principi che si rinvengono nella teoria del generale e nei capisaldi dello Stato di diritto[17]. Di conseguenza, il precedente vincolante è pienamente conforme proprio allo Stato di diritto (rule of law) ed al principio di legalità[18]. Come ci spiega Jeremy Waldron il concetto di legalità va concepito attraverso lo schema dei cerchi concentrici (*layered approach*): cosicché un giudice fissa una norma all'interno di una cornice legislativa ed un giudice successivo continua l'opera del ritagliare la prescrizione generale modellandola alla luce delle circostanze concrete e così via.

Per finire. L'indagine viene circoscritta alla giustizia amministrativa e dunque dovrebbe allontanarsi lo spettro insidioso che si aggira ogni qualvolta si parli di un giudice creatore: spettro che assume o le forme della *countermajoritarian difficulty* (dove si ventila che il principio democratico è in pericolo), ovvero, ed in modo ancora più fosco, le sembianze del giudice inquisitore. La giustizia amministrativa, tuttavia, è ben diversa dalla giustizia penale: se, come spesso avviene, la discrezionalità del giudice amministrativo viene utilizzata a favore del privato cittadino, il rischio paventato da Beccaria e Montesqueieu sembra in realtà scongiurato.

Il sistema in cui il precedente ha una forza vincolante non è necessariamente quello in cui il potere giudiziario è onnipotente. Il precedente è un Giano bifronte, che da un lato sembra erigere il giudice a produttore di norme, dall'altro lo vincola alle proprie decisioni. Si tratta, dunque, di un meccanismo che, lungi dal favorire atteggiamenti individualisti, impone forme di cooperazione istituzionale e dunque, di naturale modestia.

[17] S. CASSESE, *I Tribunali di Babele (I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale)*, Roma, 2009, spec. pp. 103 e ss.

[18] J. WALDRON, *Stare decisis and the Rule of Law: A Layered Approach, in Public Law & Legal theory research paper sciences*, NYU School of law, October 2011.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

DOES THE PLENARY SESSION OF THE CONSIGLIO DI STATO BECOME A COMMON LAW JUDGE?

ANNUAL REPORT – 2013 - ITALY

(May 2013)

Giovanni PESCE

INDEX

1. INTRODUCTION
2. THE DOCTRINE OF STARE DECISIS
3. ARGUMENTS CONTRARY TO THE BINDING NATURE OF THE PRECEDENT (IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS)
4. ARGUMENTS IN FAVOUR OF THE BINDING PRECEDENT (IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS)
5. CONCLUSIONS

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUCTION

Article 99 of the code of administrative process approved by the d. lgs. 104/2010 assigns a new role to the Plenary Session of the State Council. In particular, the third paragraph of Article 99 prescribes that if the section of the Council of State, which is assigned the appeal, believes that it does not share a "rule" laid down by the Plenary Session, transfer to the latter, by reasoned order, the decision of the appeal. It is a constraint that has different nature from the binding rule created by the decision that produces effects "between the parties" (such in the case of res judicata); as well as it is different from the constraint to which the remand judge is subject to when applying the rule laid down by the Supreme Court of Cassation pursuant to art. c.p.c 384. It is a role that goes far beyond the boundaries of the classic so-called nomofilactic function, whereby all apical jurisdiction shall ensure a uniform application of law although a binding de jure effect has been excluded (art. 45 of the old t.u. Cons. State).

Rather, the rule laid down by the Plenary Session resembles the rule of precedent typical of common law systems. Are we therefore faced with a transformation of administrative justice, traditionally considered the Italian bastion of the rule of law? Is the administrative process destined to become a process of common law?

If that were the case, Article 99 would introduce a novelty of undoubted importance. At a theoretical level, the skepticism against the creative role of the judiciary shall be subject to scrutiny. With regards to the Italian legal system, the consistency between Article 99 and some general principles of the rule of law shall be tested. With regards to the relationship between the citizen and the public administration, the positive impact of a binding precedent shall be assessed.

Copyleft – Ius Publicum

2. THE DOCTRINE OF STARE DECISIS

According to the doctrine of *stare decisis*, the elements defining a judicial precedent are the following:

a) a judicial decision, in addition to solving a given case, also represents an authoritative source of law to follow in subsequent cases that have some similarity[1];

b) a court is bound to follow the decisions of higher courts and sometimes its own decisions[2];

c) a decision is binding only as regards to its *ratio decidendi*.

d) an old precedent, although still valid, might not be applicable where significant changes have occurred;

e) the judge of the subsequent case analyzes critically the precedent and retains some freedom to interpret the *ratio decidendi* to such extent as to be able to decide the new case disregarding the precedent;

f) the technique of the overruling, designed to replace an old precedent, prevents that a unexpected change of the rule laid down in the precedent may undermine the expectations of those who have relied on the rule itself.

On a substantive level, the precedent is a means to create law. On a procedural level, the precedent is a special technique of dispute resolution.

[1] For the variations of the common law in the U.S.A., see, R. POUND, *The deviation of American Law from English Law*, in 67 Law Quarterly Rew., 1952, pp. 44-46.

[2]The Supreme Courts of the United States, unlike English Courts, have not deemed to be bound by their own precedents. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (a cura di Sacco), Padova, 1973, p. 373.

Copyleft – Ius Publicum

3. ARGUMENTS CONTRARY TO THE BINDING NATURE OF THE PRECEDENT (IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS)

In Italy, the doctrine of the precedent as a source of law has been subject to harsh criticism, both on formal grounds (the list of sources of law does not include judge-made law), on political grounds (based primarily on the principle of separation of powers), and on the argument that a judge creating law could invade and erode the powers where the sovereignty lies (once of the King, and today of the Parliament).

On the contrary it seems unquestioned that the Constitution requires the judiciary to apply the law (art. 101, par. 2) and not to create it[3]. The common law assumptions are therefore rejected. The dogmatic construction of the system of the sources of law has been influenced by the nineteenth-century legal positivism, inspired by the myth of the self-sufficiency of the legislative power and hostile to the idea of the creative power of the judge.

However, as facts have proved over time, no ideology has been able to prevent that judges consciously created new law[4].

4. ARGUMENTS IN FAVOUR OF THE BINDING PRECEDENT (IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS)

a) Theoretical arguments

In the early 1900, scholars adhering to the legal realism acknowledge that law

[3] R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995.

[4] G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976.

Copyleft – Ius Publicum

expresses itself also through judicial activity. Challenging the monopoly of statutory law, the merit of legal realists has been to innovate the legal debate especially with regards to the system of the sources of law[5].

The impact of realists is undoubted. Not surprisingly, even our doctrine has subsequently shown to abandon the traditional scheme of nineteenth-century legal dogmatic. Such a claim is even stronger for the administrative judge, if we consider the massive and conscious creative work carried out by the Council of State throughout history.

The administrative case law has been mainly carried out through a creative activity of the judiciary. Statutory law followed judicial decisions[6]. The techniques by which the administrative judge analyses the *excess of power* are by definition independent of any specific statutory rule and refer to general standards or principles (such as reasonableness, reasonableness, etc.), the application of which imply a broad discretionary power by the court[7]. By a clear rule of law, the administrative court shall ensure "full and effective protection" according to "the principles of European law" (art. 1 c.p.a.) [8].

In summary, if there is room – as it seems the case – for the civil court to "create"

[5] R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law, New Haven*, Yale University Press, 1922; B. N. CARDOZO, *Selected Writings of Benjamin Cardozo* (*Il giudice e il diritto*), New York, 1947, trad. it. Firenze, La Nuova Italia,1961; A. ROSS, *On Law and Justice* (*Diritto e giustizia*), trad. Einaudi, Torino, 1965; K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Oxford Un. Press., London, 1939; trad. *Il diritto come fatto*, Milano, 1967.

[6] See S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, ora in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, pp. 1392 ss.; cfr. anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 326 ss.

[7] See, F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, tomo V, p. 4468.

[8] Court of Justice of the European Union, October, 6, 1982, causa C-283/81, Cilfit srl e Lanificio di Gavardo spa c. Ministero della Sanità, in Racc., 1982, 3415; *adde* Court of Justice of the European Union, September, 15, 2005, causa C-495/03, Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën, Racc., 2005, I-8151.

Copyleft – Ius Publicum

rules and fill in the gaps of the legislator or interpret the spirit over the letter of a statute, a far more significant room exists for the administrative court, because of the kind of actions it takes and of its power to ensure justice. The real novelty would consist in the binding effect of the precedent laid down by the Plenary Session on the individual sections. This aspect, however, would be a logical consequence of the above premises. A judge unstoppably creator of law, such as the administrative judge, can be bound by precedents of the Plenary Session.

b) Political arguments.

The first argument typically mentioned in favour of the binding precedent is legal certainty[9], a fundamental value that underpins any orderly community. In particular, the precedent is a tool to protect the expectations of citizens and as such a guarantee of greater liberty. The *stare decisis*, in fact, allows to predict in advance the behaviours sanctioned by law and plan your life choices accordingly. The ECHR has stressed the relevance of predictability[10]. Within the purposes of the European Convention on human rights, the notion of "law" is not linked to formal or procedural criteria. The European Court of human rights has developed, *vis a vis* all States, an "autonomous notion" of law, compatible with all European constitutional systems. Pursuant to the European Court, the univocity, consistency, intelligibility and predictability of law are evidence of the effectiveness of the rule of law at a national level. Therefore, in the eyes of the Court, the "law" is not knowable or predictable if the law is often challenged and contradictory[11].

[9] G. LAMOND, *Precedent and analogy in legal reasoning*, in *Stanford Encyclopedia Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, in http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/legal-reas-prec/.

[10] Sunday Times c. Regno Unito, decision April ,29, 1979, §§ 48-49. As a consequence, the Court claims that the "law" is not knowable, and predictable, if the case law is contradictory and questioned (please note that the reasoning is the same for both common law systems and those of civil law).

[11] Explicit in this respect are the judgments that have defined the actions Kruslin c. Francia, April, 24, 1990, §§27-36; Kopp c. Svizzera, March, 25, 1998 § 73; Valenzuela Contreras c. Spagna, July, 30, 1999 §§ 52 segg., about

Copyleft – Ius Publicum

Furthermore, predictability guarantees the liberty of citizens also in another way. The *stare decisis* sets forth stronger and more precise limits of the discretionary power of public officials, so that they may be held accountable where they have issued enactments in violations of the rules laid down in the precedents.

The *stare decisis* can be as well supported for reasons of efficiency. If courts are altogether consistent, rules are clearer and reasons for conflict decrease. The result is a deflation of litigation and processes.

The argument of predictability is intertwined with that of legal certainty. Therefore, if on the one hand the precedent seems to hinder the principle of the rule of law as it implies the recognition of a creative power of the judge, on the other hand, it serves to one of the functions that the principle of the rule of law aims at promoting: i.e., protecting citizens from arbitrary and unpredictable behaviour of the public authorities. Legal scholars have already stated that the rule of *stare decisis* is not only contrary to the principle of "rule of law", but it is actually its own corollary[12].

c) Logical-textual arguments.

On a strictly exegetic level, the very same formulation of the rule betrays the intention of the legislator to introduce into the legal system the binding precedent.

i) Article 99, paragraph 3 of the code of the administrative process contains a prescriptive a not merely descriptive proposition[13]**.** The proposition "*If the section does not share a rule of law laid down by the Plenary Session, transfer to the latter the decision by a*

art.7 Conv., Kokkinakis c. Grecia, May, 25, 1993, § 40; Cantoni c. Francia, November, 15, 1996 §§ 28 segg.; Achour c. Francia, March, 29, 2006 §§ 49 segg.; Pessino c. Francia, October, 10, 2006 § 28).

[12] J. WALDRON, *Judges as Moral Reasoners*, *7 International Journal of Constitutional Law* 2, 2009.

[13] N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 52 ss.

Copyleft – Ius Publicum

reasoned order" means that "*the section that doesn't share a rule of law cannot decide the case but must put it back to the Plenary Session by explaining the reasons for dissent*". It cannot mean, however, that "*the section that doesn't share the rule of law of the Plenary Session is free to depart from it, provided that it gives reasons*". Where intended in this last way, the formulation would be superfluous.

ii) The verbal predicate "*transfer*" does not imply a faculty. The norm is not formulated as if the transfer were a mere faculty of the simple sections: it is not written "*can transfer*".

iii) The prescriptive nature of the rule could also be inferred from the duty to provide reasons borne by the simple section where it believes not to share the rule of law laid down by the Plenary Session: duty which resembles the similar duty of the *a quo* judge which intends to raise a question of constitutional legitimacy by deferring the case to the Constitutional Court.

iv) The circumstance that no sanction is provided for the case where the simple session decides not to transfer the case to the Plenary Session and issues an autonomous opinion is not conclusive in denying the prescriptive nature of Article 99. Rules of structure (such as those that regulate the functioning of an institution) are rarely accompanied by a sanction, but are nevertheless binding[14].

v) Finally, pursuant to Articles 74 and 88 of the code of administrative process, the judge may fulfill his duty to give reasons by simply referring to a precedent (which shall obviously be on the same issue). According to our reasoning such a precedent shall be the rule laid down by the Plenary Session.

vi) The framework above described could not be easily reduced to the *nomofilactic* function of the Plenary Session.

[14] N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 58.

Copyleft – Ius Publicum

5. CONCLUSIONS

By acknowledging the doctrine of the *stare decisis* within our administrative justice some theoretical and legal puzzles shall be addressed[15]. Some have mainly a logical nature and as such predominantly tickle legal theorists: if judges are free to create law, why should the subsequent judge be bound by a precedent? In which occasions (and upon which circumstances) is the judge free in a way similar to the legislator, and when on the contrary is he bound?

Legal puzzles aren't easier. The Italian system of the sources of law is usually deemed to be closed and structured according to hierarchical and competence criteria.

And what about the rule of law? The rule of law, as set forth under Article 101 Cost. (the judge is subject only to law) implies that a judge shall disregard a precedent which he deems contrary to law: for he has a duty to obey the law and not his colleague (including the Supreme Court of Cassation and the Plenary Session of the State Council) who laid down the rule of precedent. The contradiction however is more apparent than real. The judge who creates new law does not act in a vacuum but within a framework of standards and rules[16]. As a result, the binding precedent is fully consistent with the rule of law and the principle of legality[17].

To follow Jeremy Waldron the concept of the rule of law shall be captured under a layered approach: so that a judge sets forth a rule within a more general statutory framework and a subsequent judge continues in the work of defining the general rule to

[15] G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012.

[16] S. CASSESE, *I Tribunali di Babele (I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale)*, Roma, 2009, pp. 103 e ss.

[17] J. WALDRON, *Stare decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in *Public Law & Legal theory research paper sciences*, NYU School of law, October 2011.

Copyleft – Ius Publicum

tailor it to specific empirical circumstances and so on.

As a last point. The analysis is confined to the administrative justice and as a result the dangerous specter of a powerful creator judge shall be dispelled: such a specter either comes under the appearance of the *countermajoritarian difficulty* (where there is the suspicions that democracy is in danger), or under the much darker cloths of the inquisitor judge. The administrative justice, however, is much different than the criminal justice: if, as is often the case, the discretionary power of the judge is used in favor of the private citizen, the risk denounced by Beccaria and Montesquieu is averted.

The system where the precedent is binding is not necessary that system where the judiciary power is omnipotent. The precedent is the Janus faced, which on the one hand raises the judge to the level of the legislator, on the other however binds him to his own decisions. It is therefore a mechanism which, rather than fostering individualistic attitudes, imposes forms of institutional cooperation and therefore of natural modesty.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA, REGOLE E COMPETITIVITÀ

REPORT ANNUALE – 2013 - ITALIA

(Aprile 2013)

Dott.ssa Biancamaria RAGANELLI

INDICE

1. LE NUOVE ESIGENZE DI TUTELA DEL MERCATO E DEL CITTADINO
2. L'EVOLUZIONE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
3. IL RUOLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO COME GIUDICE DEL MERCATO. L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA E L'INFLUENZA COMUNITARIA
4. EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEL CITTADINO INNANZI ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
5. EFFICACIA DELLA GIUSTIZIA, ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E OBIETTIVI
6. AUMENTO DELLA DOMANDA DI GIUSTIZIA, DURATA DEI GIUDIZI E PIENEZZA DELLA TUTELA

Copyleft – Ius Publicum

1. LE NUOVE ESIGENZE DI TUTELA DEL MERCATO E DEL CITTADINO

Negli ultimi anni la giurisdizione amministrativa ha acquisito un ruolo importante nell'ordinamento giuridico e nelle dinamiche di mercato[1]. Come giudice naturale dell'interesse pubblico nell'economia il giudice amministrativo interviene in settori che vanno dall'energia ai trasporti, dalle comunicazioni alle infrastrutture, in uno scenario sempre più aperto alle regole della concorrenza. Le decisioni giurisdizionali amministrative producono un impatto significativo sul sistema economico e sociale, con la conseguenza che modi e tempi del giudizio sono divenuti fattore di accelerazione dei cambiamenti, elemento di sviluppo e di competitività, di crescita e di modernizzazione del paese.

Il mancato riconoscimento, nelle norme giuridiche e nelle prassi giurisprudenziali e amministrative nazionali, delle "ragioni del mercato e dell'efficienza economica" sarebbe tra le cause dell'irrisolto difetto strutturale di produttività e competitività del sistema economico italiano[2]. La durata dei processi ne sarebbe una dimostrazione, una delle cause dell'inefficienza della giustizia in senso lato, che può incidere negativamente sulla crescita economica del paese.

Considerazioni analoghe possono essere svolte sulla giustizia amministrativa, dove

[1] Il presente contributo costituisce il *report* di una più ampia attività di ricerca svolta dall'autore sul tema. Esso è stato elaborato per rispondere a criteri di sinteticità e snellezza del prodotto editoriale cui è destinato. Gli stessi riferimenti bibliografici in nota non hanno carattere di esaustività dell'ampia letteratura sul tema.

[2] Sul tema, da ultimo tra gli altri, M. BIANCO, S. ROSSI, *Il diritto, la giustizia, l'efficienza*, in S. ROSSI, *Controtempo. L'Italia nella crisi mondiale*, Roma-Bari, 2009, i quali si interrogano sulle cause, ipotizzando si tratti di un problema di domanda di giustizia, di offerta e di regole; B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Giappichelli, Torino, 2012, nel quale si individuano alcuni tra gli istituti della giustizia amministrativa che hanno costituito recentemente oggetto di attenzione da parte del legislatore e/o della giurisprudenza, i quali evidenziano limiti di efficacia e distorsioni degne di nota.

Copyleft – Ius Publicum

l'aumento dell'offerta di giustizia conseguito all'attuazione dei Tribunali amministrativi regionali ha comportato una marcata crescita della domanda di giustizia, ma anche un notevole allungamento della durata dei processi, determinando una notevole sproporzione tra domanda di protezione e giustizia resa dal giudice amministrativo.

L'ultimo rapporto annuale della Corte europea dei diritti dell'uomo segnala l'Italia tra i paesi con maggior numero di casi pendenti. Negli ultimi anni l'economia italiana è cresciuta meno della media dei paesi dell'area dell'euro, in linea con le ultime due decadi. Il problema fondamentale riguarderebbe una bassa produttività e una ridotta competitività, indotta da un costo elevato del lavoro, da una tassazione onerosa sulle imprese, da una insufficiente attività di ricerca, sviluppo e innovazione.

La bassa produttività italiana dipende anche da un contesto ambientale normativo, regolamentare e burocratico poco efficiente, che non favorisce lo sviluppo competitivo. Nonostante i progressi compiuti con le riforme degli ultimi anni, le condizioni generali appaiono ancora penalizzanti nel confronto internazionale, come emerge dalla *survey Doing Business* elaborata da World Bank e dall'ultima relazione annuale della Banca d'Italia. Il quadro normativo rimane instabile e caratterizzato da scarsa chiarezza e coerenza.

Nonostante i programmi ambiziosi di riforma e semplificazione del quadro normativo e amministrativo avviati negli ultimi anni, si ritiene ci sia ancora molto da fare anche con riferimento alla qualità complessiva della regolamentazione che, nonostante alcuni progressi, rimane ancora non perfettamente in linea con il resto degli altri Paesi..

La pienezza della tutela assicurata al cittadino nei confronti dell'amministrazione e l'effettività della stessa anche in termini di impatto sulle dinamiche di mercato dipendono fortemente dagli obiettivi preposti alle scelte legislative adottate, oltre che dalle forme volute per il perseguimento degli stessi, nonché dal contributo interpretativo della giurisprudenza.

La recente evoluzione del sistema di giustizia amministrativa è stata ispirata dall'esigenza di ampliare la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione secondo il modello del giusto processo, senza tuttavia pregiudicare le altre

Copyleft – Ius Publicum

esigenze del mercato considerate meritevoli di tutela, che trovano esplicazione nel principio di economia processuale, di celerità di giudizio e di deflazione del contenzioso. Tuttavia, nonostante gli sforzi evidenziati, l'obiettivo di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione non può dirsi ancora completamente raggiunto. Permangono, infatti, situazioni che restano sprovviste di sufficienti garanzie. Diversi sono i casi o istituti, che evidenziano limiti di efficacia della giustizia amministrativa italiana rispetto alle esigenze di tutela piena del cittadino e degli operatori economici del mercato. Risulta ancora attuale l'osservazione secondo cui "per scarsa lungimiranza legislativa, per eccessiva determinazione giurisprudenziale, e forse anche per inadeguato interesse dottrinale, il nostro è ancora un sistema di giustizia amministrativa che aspetta di essere perfezionato e valorizzato" [3].

2. **L'EVOLUZIONE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**

Negli ultimi anni il settore della giustizia amministrativa è stato oggetto di un'evoluzione che ne ha segnato positivamente i caratteri distintivi[4]. In particolare, in Italia essa si è evoluta notevolmente per effetto di ragioni diverse, in parte riconducibili a mutamenti che hanno interessato la stessa pubblica amministrazione italiana.

[3] A. POLICE, *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, Diritto amministrativo e Corte Costituzionale, Napoli, 2006, p. 137).

[4] C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. BATTINI, C. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B.G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI (a cura di), *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 166; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, *ivi*, p. 46. Sugli studi sul rapporto tra Costituzione e amministrazione, in particolare sui singoli profili dell'organizzazione, attività, funzioni, tutela dell'amministrazione e nei confronti della stessa presi in considerazione, esistono diversi scritti. Tra i più risalenti G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959.

Copyleft – Ius Publicum

Sul piano del diritto si è cercato di far fronte alle nuove mutate esigenze di tutela del mercato e del cittadino con una trasformazione della fisionomia del processo e delle connesse tecniche di tutela, il cui affinamento è stato promosso dalla stessa giurisprudenza amministrativa, tesa a garantire sempre più incisivi strumenti per fornire alla domanda di giustizia una risposta in termini di celerità ed effettività.

Gli interventi legislativi hanno nel tempo tentato di adeguarsi alle nuove esigenze e alle dinamiche economiche in una prospettiva di maggiore efficienza, cercando di coordinare la crescita del servizio giustizia con la ragionevole durata del giudizio, con l'economia e la concentrazione processuale e con il rafforzamento dei rimedi d'urgenza.

A lungo si è ritenuto che il rapporto tra amministrazione e giurisdizione fosse regolato dal principio della separazione dei poteri e la ricerca di una sintesi tra l'autorità della pubblica amministrazione e la libertà del cittadino trovava nel provvedimento l'unica espressione ritenuta giuridicamente rilevante nell'attività amministrativa. Ne conseguiva un processo amministrativo di impugnazione, rispetto al quale le altre forme di tutela assumevano un rilievo marginale e recessivo.

Rispetto a questo quadro oggi la pubblica amministrazione ha subito una profonda trasformazione: articolata in più centri di imputazione, a diversi livelli (statali, sopra nazionali, globali), caratterizzata da modalità di azione più complesse ed eterogenee, che si sostanziano in atti formali e in meri comportamenti anche di tipo omissivo.

Tuttavia, con il mutare della pubblica amministrazione nell'organizzazione e nelle modalità di azione, è mutato anche il modo di intendere il rapporto del cittadino nei confronti dell'amministrazione stessa. Ciò ha determinato un innalzamento delle esigenze di tutela e, di conseguenza, un ampliamento dei relativi strumenti, attraverso un processo evolutivo che ha interessato tre diversi profili riguardanti rispettivamente la giustizia sull'amministrazione, quella all'interno dell'amministrazione e quella cosiddetta alternativa.

Il sistema di tutela nei confronti della pubblica amministrazione è mutato per effetto di un progressivo ampliamento dei poteri del giudice amministrativo e

Copyleft – Ius Publicum

dell'evoluzione della disciplina in materia di giurisdizione e di processo. In questa prospettiva ha svolto un ruolo molto importante la giurisprudenza, in funzione di interprete del diritto, intervenuta spesso a colmare importanti lacune normative, di direzione e di indirizzo dell'amministrazione[5]. L'elaborazione delle norme da applicare al caso concreto hanno consentito la definizione di regole di portata generale e hanno contribuito a delineare gli istituti del diritto amministrativo. Per molto tempo, infatti, la giurisprudenza ha contribuito a dare ordine a un sistema amministrativo ancora non adeguato sotto il profilo normativo.

3. IL RUOLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO COME GIUDICE DEL MERCATO. L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA E L'INFLUENZA COMUNITARIA

In questo contesto, risulta mutato lo stesso ruolo del giudice amministrativo, non più solo giudice dell'amministrazione, ma giudice dei pubblici poteri, che interviene tutte le volte in cui venga esercitata una potestà pubblica, indipendentemente dalle posizioni giuridiche coinvolte.

Ne consegue che il ruolo del giudice diventa più articolato[6]. Il punto di arrivo dell'evoluzione legislativa in tema di giurisdizione esclusiva e di regolamentazione

[5] Per una rilettura del ruolo della giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale, A. POLICE, *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 475 ss..

[6] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 230; ID., *La tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri*, in *Atti del VI convegno nazionale degli studiosi del processo civile*, Milano, 1970, p. 1630; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 234 ss.; P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1990.

Copyleft – Ius Publicum

economica finisce per attribuire al giudice amministrativo il ruolo di giudice del mercato, dei fallimenti del mercato e, dunque, della stessa regolamentazione economica, conferendogli una visione globale della particolare dialettica che caratterizza le relazioni giuridiche del nuovo diritto pubblico dell'economia[7].

In questa prospettiva il giudice amministrativo ha contribuito, tra l'altro, all'allargamento della legittimazione processuale, consentendo l'accesso alla giustizia a un numero sempre maggiore di soggetti; a rafforzare la protezione degli interessi tutelati non solo oppositivi, ma anche pretensivi e a riconoscerne la risarcibilità; ad affermare il diritto a una tutela cautelare anche *ante causam*; a riconoscere la possibilità di traslazione del giudizio in caso di errore nell'individuazione del giudice adito (*translatio iudicii*); ad ampliare la possibilità di acquisizione di prove nella fase istruttoria e il controllo sull'esercizio dell'attività discrezionale dell'amministrazione attraverso l'individuazione di indici rivelatori del vizio di eccesso di potere; ad adottare sentenze di accertamento costitutivo e di condanna, accanto a quelle di annullamento.

Un ruolo altrettanto importante è stato svolto dal legislatore, il quale ha contribuito a formalizzare gli orientamenti consolidati in sede giurisdizionale. In questo modo alcuni indirizzi giurisprudenziali sono stati tradotti in legge, anche se in modo non sempre fedele, agevolando lo sviluppo del sistema giuridico anche per effetto del trapianto di principi di carattere generale da alcuni settori del diritto ad altri.

In particolare, la legge n. 205/2000 ha rappresentato un importante tentativo di riforma della giustizia amministrativa, che ha avuto il merito di estendere la giurisdizione esclusiva, attribuire al giudice amministrativo il potere di pronunciarsi su diritti patrimoniali consequenziali anche nelle materie non devolute alla giurisdizione esclusiva e sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, modificando la disciplina del

[7] Sul punto, tra gli altri, M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm. Tar*, n. 10, 2003, p. 3149.

Copyleft – Ius Publicum

processo e introducendo misure per una più rapida definizione del giudizio. In quest'ultima prospettiva, anche al fine di assicurare una risoluzione tempestiva ed efficace delle controversie, il legislatore ha introdotto procedure giurisdizionali speciali in diversi settori dell'economia tra i quali le opere pubbliche, i servizi pubblici e le autorità amministrative indipendenti.

Il codice del processo amministrativo, entrato in vigore nel settembre del 2010 (Codice) e di seguito integrato dal d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, si pone nel percorso evolutivo tracciato, orientato ad accrescere gli strumenti e le modalità di tutela offerti a fronte della do- manda di giustizia dei cittadini. L'introduzione di un'unitaria disciplina processuale è il risultato di un'operazione complessa e ambiziosa, che ha conferito organicità e sistematicità a un frammentato e lacunoso quadro normativo in gran parte risalente, permettendo al nostro ordinamento, in linea con i sistemi codificati di altri Paesi europei (Francia, Germania, Spagna), di adeguare la disciplina ai principi del "giusto processo" (art. 111 Cost.) anche sulla base delle indicazioni contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (artt. 6-13).

Infine, un contributo di valore non inferiore è stato quello rappresentato dall'influenza comunitaria. L'Unione europea come sistema integrato di ordinamenti nazionali necessita di forme di coordinamento.

4. EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEL CITTADINO INNANZI ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Il principio di *effettività della tutela* in senso comunitario comporta che debbano essere garantiti concretamente i diritti di tutti i cittadini europei nei confronti delle amministrazioni nazionali ed europee.

Un diritto europeo sempre più armonizzato impone una forma di coordinamento e di armonizzazione degli stessi sistemi di giustizia e delle regole di controllo giurisdizionale. In questo contesto, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto l'importante ruolo di

Copyleft – Ius Publicum

contribuire al formale riconoscimento di una serie di principi fondamentali, tra i quali quello di piena garanzia giurisdizionale dei diritti dei cittadini comunitari, il diritto ad una tutela risarcitoria nonché il potere di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con quelle comunitarie. Nella stessa prospettiva la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non solo detta una serie di diritti e libertà in materia di giusto processo, ma si preoccupa anche di garantirne l'effettività integrando gli ordinamenti nazionali attraverso regole finalizzate a tutelare interessi meritevoli di protezione con regole poste a garanzia dell'attuazione delle stesse (*enforcement*).

La nozione di effettività della tutela è stata oggetto di particolare attenzione in dottrina sul piano dell'interpretazione costituzionale e della politica del diritto. Si è sostenuto che il principio sostanziale che attiene alle situazioni tutelate è connesso all'interesse della collettività alla composizione operativa degli interessi: la tutela degli interessi dei consumatori ai beni della vita per essere piena deve avere una consistenza reale, effettiva, nei confronti delle imprese erogatrici, a prescindere dalla configurazione degli interessi stessi in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo[8] . Dalla previsione costituzionale che accomuna diritti soggettivi e interessi legittimi ai fini della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) e fornisce copertura costituzionale alle situazioni inerenti una serie di beni della vita, deriva che la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi è piena, pertanto non inferiore a quella dei diritti. Tuttavia, poiché la giurisdizione si è rivelata non sempre in grado di assicurare una tutela effettiva, in alcuni casi, essa è stata affiancata da altre forme di tutela.

La progressiva affermazione del valore della *pienezza della tutela*[9] è uno degli

[8] M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* (III), in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 247; ID., *La tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri*, in *Atti del VI convegno nazionale degli studiosi del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 163 ss. Sul tema si veda anche E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nuovissimo digesto it*., V, 1964, p. 268 ss.

[9] La dottrina giuridica tradizionale si è a lungo occupata del tema. Tra gli altri C. VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Torino, 1937; E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo, considerazioni introduttive*, in *Noviss. Dig.*

Copyleft – Ius Publicum

effetti dell'evoluzione che ha interessato il settore della giustizia amministrativa negli ultimi anni e ne ha segnato fortemente i caratteri distintivi. Si è sostanzialmente passati dal principio dell'effettività della tutela a quello dell'integrale soddisfazione delle esigenze di tutela.

Tuttavia, nonostante l'evoluzione del ruolo del giudice amministrativo, divenuto giudice dei pubblici poteri che interviene tutte le volte che viene esercitata una potestà pubblica, la pienezza della tutela non sembra ancora raggiunta.

Come noto, negli ordinamenti giuridici nazionali la locuzione "giustizia amministrativa" fa solitamente riferimento al "complesso dei rimedi" apprestati dall'ordinamento al fine di assicurare la conformità dell'azione amministrativa alle leggi e ai principi generali del diritto, ivi inclusi i principi di ragionevolezza e di proporzionalità[10]. La locuzione esprime istanze diverse: da un lato, quella di fornire adeguati mezzi di tutela nei confronti dell'amministrazione; dall'altro, quella di assicurare il rispetto del diritto

it., XIII, *ad vocem*, Torino, 1966; F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, *ad vocem*, Milano, 1987; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo* Torino, 1994; S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990; ID., *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, II, Milano, 1987; E. FAZZALARI, *Sentenza civile* in *Enc. dir.*, XLI, *ad vocem*, Milano, 1989; C.E. GALLO, *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, *ad vocem*, Torino, 1996; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, *ad vocem*, Milano, 1997; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976; E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, *ad vocem*, Milano, 1987; A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; G.B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995; P. VIRGA, *Diritto amministrativo – atti e ricorsi*, II, Milano, 1999; ID., *La tutela giurisdizionale nei confronti della P.A.*, Milano, 1982; E. FERRARI, *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, *ad vocem*, Torino, 1989; A.M. SANDULLI, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato ed ai giudici sottoordinati*, Napoli, 1963.

[10] In tal senso M. NIGRO, *ult. op. cit.*, Bologna, 1976, p. 21. Può recentemente, F.G. SCOCA, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

cosiddetto obiettivo, garantendo legalità e adeguatezza all'azione amministrativa sotto il profilo dell'opportunità. Tale impostazione caratterizza l'ideologia e le strutture del cosiddetto Stato amministrativo[11] e oggi sembra presente anche in paesi originariamente privi di una normazione particolare per le amministrazioni pubbliche.

L'espressione giustizia amministrativa, oggi più che in passato, abbraccia sia i rimedi di tipo giurisdizionale, sia quelli di tipo non giurisdizionale, inclusi quelli extra-giurisdizionali. Il riferimento è innanzitutto a quei mezzi di tutela operanti all'interno della stessa amministrazione, come i ricorsi amministrativi, che risultano avere ampiezza ed efficacia variabili da paese a paese.

La progressiva influenza comunitaria sulle discipline nazionali in materia di giustizia amministrativa ha trovato espressione anche attraverso la valorizzazione di forme di *tutela non giurisdizionale*, in via amministrativa o affidate a organi esterni specializzati, nonché attraverso la previsione di forme di tutela nei confronti di atti non formalmente illegittimi, ma segnati da profili di cattiva amministrazione. In generale, non è preclusa la tutela giurisdizionale in senso stretto, nel pieno rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale che presuppone il diritto a un giudice indipendente e imparziale. Tale principio non viene in alcun modo posto in discussione.

I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (incluse le c.d. ADR e i ricorsi amministrativi), unitamente alle forme di mediazione e conciliazione di diritto pubblico, costituiscono oggetto di particolare attenzione, nella prospettiva delineata dalla stessa Unione europea di ampliare l'accesso alla giustizia, ma anche in considerazione dell'importante ruolo di deflazione del contenzioso, inteso come via d'uscita alla c.d. *litigation crisis*. Essi rientrano nel concetto procedurale di giustizia, intesa come risultato del procedimento che emerge in modo spontaneo dall'osservanza di determinate regole di

[11] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 1976, p. 27.

Copyleft – Ius Publicum

comportamento, in conformità al principio del *due process of law*[12].

Questa nuova impostazione non priva di importanza la tutela giurisdizionale. Come ricordato con particolare riferimento alle procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti, "nella misura in cui ai rimedi giurisdizionali se ne affiancano altri, volti ad assicurare un'adeguata protezione alle nuove domande che affiorano dal corpo sociale, la giurisdizione costituisce l'istituto saliente, ai fini della tutela, non più l'unico, nel senso che questa può esplicarsi in altre forme, potenzialmente più convenienti, per gli utenti e i consumatori", ma anche per i cittadini in genere e gli operatori del mercato. Più convenienti perché più spedite e meno onerose in termini economici, oltre che gestite da appositi organi, dotati di competenze specifiche. D'altro canto, ciò impone necessariamente un mutamento di posizione dei giudici nell'ordinamento.

5. EFFICACIA DELLA GIUSTIZIA, ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E OBIETTIVI

Alla luce delle considerazioni esposte, ogni riforma normativa dovrebbe essere valutata anche in base ai suoi effetti in termini di efficacia, intesa come capacità della disciplina di raggiungere gli obiettivi preposti, e di pienezza della tutela assicurata al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. È in base al parametro dell'efficacia che dovrebbe essere analizzata la produzione normativa, senza tuttavia tralasciare le ragioni dell'efficienza economica.

Il principio di efficienza risulta implicito in quello di economicità richiamato dall'art. 1 della legge n. 241/1990, sia pure esprimendo un concetto più vasto relativo a profili ulteriori di valutazione dei costi e dei benefici rispetto a quelli meramente

[12] G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, Bologna, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

contabilistici. Genericamente il termine allude all'abilità di raggiungere gli obiettivi preposti utilizzando la minima allocazione di risorse possibile[13]. Sussistono tuttavia molteplici interessi in gioco, che ostacolano la definizione di interventi efficaci.

L'art. 1 della legge 241/1990 dispone che l'attività amministrativa deve perseguire i fini determinati dalla legge e deve conformarsi ai criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza.

Il dibattito non riguarda solo il conflitto potenziale tra interessi privati e interessi pubblici, ma anche tra obiettivi cui dovrebbero essere preposte l'azione amministrativa da un lato e la giustizia dall'altro. Si pensi all'esigenza di assicurare maggiore partecipazione al procedimento (che varrebbe a rendere il procedimento più "democratico"), ovvero quella di favorire un più agevole accesso alla tutela giurisdizionale (che si ritiene possa garantire maggiore effettività di tutela), la cui soddisfazione finisce inevitabilmente per condizionare l'efficienza dell'attività amministrativa e quella della giustizia, finendo per impattare sulla durata stessa dei procedimenti[14].

Si tratta di una sfida aperta, cui il legislatore è chiamato a far fronte, unitamente al contributo insostituibile della giurisprudenza[15].

[13] Sul tema, tra gli altri, A.M. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, in *Foro it.*, Roma, 1992; P. CHIASSONI, *Economic Analysis of Law. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, 1992,.

[14] B. G. MATTARELLA, *Pubblica amministrazione e interessi*, in S. BATTINI, C. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B.G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI (a cura di), *op. cit.*, p. 132 ss.; M. D'ALBERTI, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2000, p. 1 ss. Sul rapporto tra attività amministrativa e mercato, in particolare sui mutamenti conseguenti all'estensione ai pubblici servizi dei principi in tema di concorrenza, G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. Quadrimestr. dei pubbl. servizi*, n. 2, 1999 p. 7 ss.

[15] Sul ruolo svolto dai giudici in questo contesto e sul loro "legislative role", R.A. POSNER, *How judges think*, London, 2008,. Per una riflessione sull'ampiezza e la problematicità della discrezionalità del giudice nella decisione dei casi concreti, A. BARAK, *Judicial discretion*, 1989, Yale University Press, traduzione italiana

Copyleft – Ius Publicum

Si evidenziano, tuttavia, ostacoli, in parte riconducibili a scelte del legislatore poco coraggiose in alcuni passaggi importanti, e distorsive rispetto agli obiettivi perseguiti in altri casi indotte da alcune prese di posizione anelastiche della stessa giurisprudenza. Esse finiscono per incidere in modo significativo sulla pienezza della tutela assicurata nei confronti della pubblica amministrazione e sull'effettività della stessa in termini di impatto sulle dinamiche di mercato. Con riferimento a casi diversi si è parlato di "attacchi alla legalità amministrativa e perciò alla garanzia del cittadino"[16]. Un esempio emblematico è rappresentato dalla posizione del Consiglio di Stato a difesa della c.d. pregiudiziale amministrativa ribadita anche in seguito all'emanazione del Codice del processo amministrativo e l'espresso riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma[17].

È richiesta al legislatore e alla giurisprudenza un'attenzione maggiore per le esigenze di celerità, di efficacia del giudizio e di economia processuale, in una costante valutazione dei costi-benefici per la collettività fina lizzata al miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia complessiva del servizio giustizia complessivamente considerato.

In questo modo è possibile produrre importanti ripercussioni sul modo di operare della pubblica amministrazione, in una prospettiva nuova che superi le critiche di adesione a un modello di giurisdizione intrinsecamente "a-economica", espressione di una funzione senza costo e senza tempo, in cui ogni singolo processo ha valore assoluto.

Il presupposto è che la pienezza della tutela assicurata al cittadino nei confronti dell'amministrazione e l'effettività della stessa anche in termini di impatto sulle dinamiche

dall'inglese, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995).

[16] F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legaltità*, Bologna, 2007, p. 177. Sul principio di legalità nell'ordinamento nazionale tra gli altri anche G. CORSO, *Il principio di legalità nell'ordinamento italiano*, in *Studium iuris*, n. 10, 2010, p. 1009 ss.

[17] Per maggiori chiarimenti sull'opinione qui espressa sia consentito rinviare a B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, op. cit., 2012, infra cap. 1.

Copyleft – Ius Publicum

di mercato dipendono fortemente dagli obiettivi preposti alle scelte legislative adottate, oltre che dalle forme volute per il perseguimento degli stessi, nonché dal contributo interpretativo della giurisprudenza. L'evoluzione normativa e quella giurisprudenziale recente hanno cercato di adeguarsi alle rinnovate esigenze di tutela più volte citate, ma non sempre con successo. Diversi sono i casi o istituti, che evidenziano limiti di efficacia della giustizia amministrativa italiana rispetto alle esigenze di tutela piena del cittadino e degli operatori economici del mercato.

Emerge in molti casi un modello di responsabilità "limitata" della pubblica amministrazione, talvolta avvallato dalla stessa giurisprudenza, che non agevola il perseguimento di una tutela piena del cittadino e di un servizio giustizia efficiente ed efficace, ispirato ai principi di economia processuale di ragionevole durata del giudizio e di deflazione del contenzioso.

La responsabilità della pubblica amministrazione, delineata dal sistema delle azioni proposto dal Codice del processo amministrativo è il risultato di scelte di opportunità in alcuni casi discutibili, anche in considerazione del mancato o parziale riconoscimento di alcune specifiche azioni, dell'adozione di soluzioni poco chiare con riferimento all'autonomia dell'azione risarcitoria e dell'analisi del ruolo dei costi processuali nelle diverse azioni di responsabilità. Tali scelte finiscono per condizionare il riconoscimento della strumentalità delle azioni rispetto ai bisogni di tutela correlati alle situazioni giuridiche sostanziali e al riconoscimento del processo amministrativo come processo sull'atto, anziché sul rapporto.

Un esempio di limite di efficacia rispetto alle esigenze di tutela piena del cittadino e degli operatori economici del mercato è rappresentato dall'istituto della tutela cautelare *ante causam*, introdotto anche in Italia come strumento di protezione in via anticipata e provvisoria degli interessi del ricorrente che consente, nelle more della definizione del giudizio, di evitare il verificarsi di possibili danni conseguenti all'immediata produzione di effetti del provvedimento o del comportamento dell'amministrazione. Esso è ritenuto un elemento imprescindibile per la garanzia dell'interesse pubblico generale alla tutela effettiva contro il cattivo esercizio del potere pubblico e, per questo motivo, di recente ne è

Copyleft – Ius Publicum

stata estesa l'operatività all'intero processo amministrativo. L'istituto svolge un'importante funzione deflattiva del contenzioso e il suo potenziamento appare positivo nella prospettiva di un miglioramento dell'efficienza complessiva del servizio giustizia. La pronuncia sull'istanza *ante causam* consente di operare un giudizio preliminare sull'operato della pubblica amministrazione e, nel caso di rigetto ben motivato, scoraggiare l'azione giudiziaria. Tuttavia, se da una parte esso può limitare il rischio che le parti possano subire pregiudizio dall'esecuzione del provvedimento, non sempre pienamente riparabile dal giudizio di merito, dall'altro produce costi per la pubblica amministrazione e per la collettività di riferimento, in considerazione dell'operata sospensione del provvedimento. Come si avrà modo di evidenziare nel testo, la configurabilità di un'azione risarcitoria più efficace nei confronti della pubblica amministrazione potrebbe operare un'utile conciliazione delle contrapposte esigenze, senza privare di rilievo l'utilità dello strumento cautelare.

La materia dei contratti pubblici e delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici offre un altro caso particolarmente significativo. Il rito, recentemente riformato per effetto dell'intervento del legislatore comunitario è finalizzato ad approntare mezzi processuali efficaci e rapidi che garantiscano l'effettività della tutela giurisdizionale e il rispetto della disciplina comunitaria e nazionale. Sono stati previsti alcuni strumenti che, in nome di una tutela più piena, finiscono per limitare l'esigenza alla celere esecuzione dell'appalto e per aumentare potenzialmente il contenzioso. La previsione di un sistema di responsabilità migliore, che rafforzi la tutela degli operatori pregiudicati da un affidamento illegittimo, attraverso un'azione risarcitoria migliore, potrebbe contribuire a migliorare l'efficienza e l'efficacia complessiva del servizio giustizia e incentivare la pubblica amministrazione a svolgere meglio la propria funzione. Se la pubblica amministrazione fosse chiamata a rispondere pienamente della propria condotta, opererebbe in modo più efficace il meccanismo sanzionatorio di traslazione del "costo" del danno sul soggetto responsabile e di prevenzione dello stesso, con la conseguenza di aumentare l'efficienza dell'azione amministrativa e l'esercizio del relativo potere. Per questo motivo, obiettivo

Copyleft – Ius Publicum

prioritario di un sistema di giustizia efficiente dovrebbe essere l'individuazione di un modello di responsabilità diverso da quello attuale, basato su regole "molte, oscure, complicate"[18]. È stato dimostrato, infatti, che regole complesse riducono la responsabilità (*accountability*) dell'amministrazione[19].

Nel mondo di oggi i processi di produzione normativa sono diventati più complessi e articolati anche rispetto a un recente passato, dando luogo a una proliferazione di norme poco chiare. L'inflazione normativa, unitamente alle storture del Governo legislatore, producono effetti deleteri, quali l'incremento dei costi, dell'incertezza, della corruzione. Nell'ultimo ventennio il legislatore italiano ha prestato un'attenzione crescente al tema della legislazione e dei suoi profili quantitativi e qualitativi, ma con esiti ancora poco soddisfacenti.

6. AUMENTO DELLA DOMANDA DI GIUSTIZIA, DURATA DEI GIUDIZI E PIENEZZA DELLA TUTELA

Altri sono i profili che impattano sulla pienezza della tutela del cittadino e riguardano anche i tempi del giudizio.

Come ricordato dal Presidente Corte di Cassazione nel discorso tenuto in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2008, l'attuazione congiunta dei due principi, della pienezza e della concentrazione della tutela, costituisce un più coerente adeguamento del nostro sistema a uno *ius commune* europeo.

Per questo motivo, un importante profilo in grado di incidere fortemente sulla

[18] B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

[19] D. BÖS, M. KOLMAR, *Self-correcting mechanism in public procurement: why award and contract should be separated?*, CESifo Working Paper n. 302, Munich, 2000.

Copyleft – Ius Publicum

pienezza della tutela assicurata dall'ordinamento riguarda la deflazione del contenzioso. La nostra è una macchina processuale sempre più congestionata e, anche per questo motivo, lenta, inefficiente e inefficace.

In particolare, l'eccessiva durata dei processi viene considerata un evidente sintomo dell'inefficienza della giustizia in senso lato. Tale inefficienza può impattare negativamente sulla crescita economica del paese.

La domanda di giustizia in Italia è cresciuta notevolmente negli ultimi anni, raggiungendo un picco nel 1994 e nel 1998. L'inadeguatezza della risposta alla crescente domanda di giustizia emerge in particolare da due elementi: l'andamento delle pendenze e la durata media dei processi. Nella prospettiva della realizzazione di uno spazio europeo di giustizia da perseguire attraverso il rafforzamento della cooperazione giudiziaria tra Paesi europei, il nostro paese mostra ancora una notevole debolezza quanto a capacità del sistema giudiziario di fornire una risposta sufficientemente tempestiva al soddisfacimento della domanda dei cittadini.

La convinzione diffusa che i tempi e i costi della giustizia italiana costituiscano cause di inefficienza, in grado di impattare negativamente sulla crescita economica, ha consentito di concentrare su questi indicatori il dibattito sul funzionamento del sistema giudiziario. Questo è stato ravvivato anche dalle condanne inflitte all'Italia dalla Corte di Strasburgo per violazione del diritto fondamentale, costituzionalmente riconosciuto, a una ragionevole durata del processo.

La nuova idea di giurisdizione, che trova ora inequivocabile conferma nella Costituzione e nella Convenzione per i diritti dell'uomo, invece, è espressione di un mutato contesto sociale e di valori di riferimento, nel quale il tempo sembra trasformarsi da misura in valore. L'interesse si sposta dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti, che consente di fare affidabili valutazioni ai fini della produzione di beni o servizi destinati allo scambio.

Per effetto del riconoscimento normativo nel principio della "ragionevole durata", l'elemento temporale assume un rilievo che va oltre la valutazione della funzionalità della

Copyleft – Ius Publicum

giurisdizione, in quanto rende concreto il diritto di agire in giudizio, che deve trovare attuazione sia nelle regole processuali, sia nell'assetto organizzativo degli apparati giurisdizionali. Solo in questo modo la giurisdizione, da tempo espressione di sovranità e garanzia dei diritti, viene a svolgere concretamente la funzione di "servizio" da rendere ai cittadini. In quanto tale, può essere oggetto di misurazione e di valutazione, in termini di efficienza e di efficacia. Assumono così rilevanza i profili concernenti l'utilità e i costi del servizio.

Una consapevolezza in tal senso sembra emergere dalle pronunce più recenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in alcuni casi sembra disposta a subordinare lo stesso principio di pubblicità delle udienze agli obiettivi di efficacia e di rapidità del giudizio (Cedu, *Causa Udorovic c. Italia* – sez. II – sent. 18 maggio 2010, ricorso n. 38532/02).

La lentezza della giustizia italiana rispetto ad altri paesi risulta emblematica dai dati raccolti dalla Banca Mondiale relativi al numero di procedure richieste per ottenere l'adempimento di un contratto. È evidente che meno sono le procedure necessarie per dare esecuzione a un contratto, minore è il tempo richiesto e i costi generali per le parti. Il numero di contenziosi può diminuire, permettendo di giungere più rapidamente alla soddisfazione delle reciproche esigenze delle parti. L'Italia prevede un numero di procedure maggiore rispetto alla Francia, alla Germania, all'Inghilterra, ma anche agli Stati Uniti e alla media dei Paesi OECD, con costi proporzionalmente maggiori (calcolati in percentuale del valore della controversia). Quanto ai tempi richiesti per ottenere la piena attuazione di un contratto dopo l'ottenimento di una sentenza favorevole, in Italia sono circa il triplo della Francia, della Germania e dell'Inghilterra.

Anche la durata delle procedure amministrative è in grado di impattare notevolmente sui tempi di soddisfazione delle esigenze dei cittadini, degli operatori economici e sullo sviluppo economico in generale, perché si colloca tra le cause più importanti del ritardo infrastrutturale italiano rispetto ai principali paesi europei.

In Italia dove si è scelto di affidare alla legge il compito di assicurare la

Copyleft – Ius Publicum

ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2). La norma convenzionale (art. 6 Cedu), invece, attribuisce ai singoli un vero e proprio diritto a un termine ragionevole di svolgimento del processo e rende più agevole per i destinatari farne valere la violazione. Ciononostante, in Italia i problemi sul fronte risarcitorio attengono non tanto all'esistenza di una disciplina interna che riconosca tale diritto, quanto alle modalità della sua applicazione, che non sempre risultano adeguate. Si evidenziano, in particolare, alcuni tentativi della giurisprudenza di limitare il riconoscimento dell'equa riparazione, adottando interpretazioni della disciplina convenzionale diverse da quelle adottate dalla Corte Europea e più sfavorevoli per il singolo. All'Italia non mancherebbero rimedi effettivi e strutturalmente adeguati per garantire il diritto a una ragionevole durata del processo, ma le modalità di applicazione risultano in molti casi non adeguate, anche per via delle prese di posizione del legislatore da un lato e della giurisprudenza dall'altro.

Come più volte ricordato, in Italia il problema della lentezza della giustizia è molto marcato e investe tutte le tipologie processuali, compreso il processo amministrativo.

La normativa, pertanto, rappresenta uno strumento particolarmente sensibile, che va utilizzato con cautela, tenendo conto anche dell'impatto sulle dinamiche di mercato e sull'efficienza complessiva del sistema di tutela offerto al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. In questa prospettiva lo si può auspicabilmente utilizzare per invertire il processo e, attraverso un ricorso più puntuale all'analisi di impatto della regolamentazione, favorire il perseguimento degli obiettivi definiti e dei principi imposti anche a livello sovranazionale.

Perché la domanda di giustizia sia soddisfatta pienamente da un'adeguata offerta di giustizia, è necessario che sia sempre assicurato l'accesso a diversi sistemi di tutela, che si sviluppano all'interno e all'esterno dell'amministrazione o alternativi, con un approccio metodologico che tenga in debito conto i diversi interessi in gioco coinvolti, incluso l'impatto sulle dinamiche di mercato.

Sia pure nel rispetto delle necessarie cautele evidenziate, le forme di giustizia alternativa intese in senso ampio, tali da ricomprendere anche le forme di autotutela

Copyleft – Ius Publicum

amministrativa, costituiscono oggi uno dei volti della giustizia amministrativa, in grado di favorire una tutela più rapida, snella, meno costosa e, conseguentemente, di agevolare la deflazione del contenzioso giurisdizionale.

Ciò non priva di importanza il ruolo del giudice amministrativo nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma contribuisce ad accrescerne il valore, quale "artefice del percorso di perfezionamento del sistema di giustizia", oltre che di "protagonista positivo e consapevole dei cambiamenti della società italiana"[20]. In questo senso il diritto giurisprudenziale può supplire all'instabilità delle norme, superando il rapporto di complementarità con le stesse e favorendo l'evoluzione del rapporto tra giurisdizione e amministrazione.

Nel mutato contesto di riferimento sempre più aperto all'influenza delle dinamiche economiche, la vera sfida per la giustizia amministrativa italiana nel prossimo futuro è quella di assicurare equilibrio nel mercato, bilanciando i diversi interessi in gioco in un sapiente dosaggio.

[20] C. FRANCHINI, *Il giudice amministrativo tra tradizione e innovazione*, Relazione al convegno "Potere, mercato e giudice amministrativo nella Costituzione", Roma, AGCM, 18 novembre 2011, in *www.giustamm.it*, novembre 2011.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

ADMINISTRATIVE JURISDICTION, RULES AND COMPETITIVENESS

ANNUAL REPORT – 2013 - ITALY

(April 2013)

Dott.ssa Biancamaria RAGANELLI

INDEX

1. NEW NEEDS FOR MARKET AND CITIZEN PROTECTION
2. THE EVOLUTION OF ITALY'S ADMINISTRATIVE PROCESS
3. THE ROLE OF ADMINISTRATIVE COURTS CONSIDERED AS THE MARKET COURT, LAWMAKERS AND EU INFLUENCE
4. THE EFFECTIVENESS AND FULLNESS OF CITIZEN JUDICIAL PROTECTION VIS-À-VIS THE PUBLIC ADMINISTRATION
5. EFFICACY OF THE ADMINISTRATIVE PROCESS, ADMINISTRATIVE ACTIVITY AND GOALS
6. INCREASING DEMAND FOR JUSTICE, DURATION OF PROCEEDINGS AND FULLNESS OF PROTECTION

Copyleft – Ius Publicum

1. NEW NEEDS FOR MARKET AND CITIZEN PROTECTION

Over the last few years, the Italian administrative judicial system has been playing an increasingly crucial role in the legal system and market dynamics. Administrative courts – who are the natural judges for public interest in the economy – deal with areas ranging from Energy and Transport to Communications and Infrastructure, in an increasingly competitive scenario. As Administrative Court decisions have an increasingly strong impact on the economic and social systems, the way the relevant proceedings are carried out and their duration have become factors for Country change acceleration, development, competitiveness, growth, and modernisation.

Apparently, the non-recognition of "the reasons of the market and economic performance" – in rules and regulations as well as court decisions – is one of reasons for the Italian economic system's structural low productivity and lack of competitiveness[1]. The duration of legal proceedings seems to prove it. As a matter of fact, it is one of the causes for the inefficiency of the judicial system in a broad sense, which may have a negative impact on the Country's economic growth.

Similar remarks may apply to Italy's administrative judicial system, in that the increase in the "supply of justice" due to the establishment of Regional Administrative Tribunals (T.A.R) entailed a sharp increase in the demand for justice as well as remarkably

[1] In the international literature the relationship between law, justice and efficiency has been analyzed in different context. For examples, W. Kerber, Should competition law promote efficiency? - Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, in Drexl, Josef, Idot, Laurence, and Joel Moneger (eds.), Economic Theory and Competition Law, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; G. Hadfield, The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System, Michigan Law Review, vol. 98, n. 4, 2000; M. Barendrecht, Understanding the Market for Justice, Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 009/2009. In the Italian literature, among the others M. BIANCO, S. ROSSI, *Il diritto, la giustizia, l'efficienza*, in S. ROSSI, *Controtempo. L'Italia nella crisi mondiale*, Roma-Bari, 2009; B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Giappichelli, Torino, 2012.

Copyleft – Ius Publicum

longer trial durations, thus making the demand for protection and justice to actual Administrative Court decisions ratio significantly disproportionate.

According to the European Court of Human Rights' latest yearly report, Italy ranks among the Countries showing the highest number of pending cases. Over the last few years, the Italian economy has been growing at a slower pace than the average of euro-zone Countries, thus recording the same trend as that of the last two decades. The main issues seems to be low productivity and lack of competitiveness, due to high the cost of labour, high company taxation, lack of research activity, development, and innovation.

Italy's low productivity is also due to its inefficient general regulatory system and bureaucracy, which hinder competitive development. Despite the progress recorded after the reforms of the last few years, the overall context is still penalising if compared to that of other Countries, as it is shown by the World Bank's *Doing Business survey* and the Bank of Italy's latest yearly report. Italy's unstable regulatory framework lacks clarity and consistency.

Notwithstanding the ambitious programs launched in the last few years with a view to reforming and streamlining Italy's regulatory and administrative framework, a lot still needs to be done also in terms of quality of the Country's rules and regulations, which are very complex and not in line with those of other nations, yet.

Full protection for citizens vis-à-vis the public administration and the effectiveness of such protection – also in terms of impact on market dynamics – strongly depend on the objectives of the new laws adopted, the ways to pursue said objectives, and court decision interpretations.

The recent evolution of the Italian administrative process was entailed by the need to broaden citizen's judicial protection vis-à-vis the public administration, in line with the "fair trial" model, without prejudice to other worth-protecting market needs expressed in the principles of procedural economy, fast trial, and reduction of pending legal disputes. However, notwithstanding the aforementioned efforts, full protection vis-à-vis the public administration has not been obtained, yet. As a matter of fact, there still exist areas lacking

Copyleft – Ius Publicum

adequate protection. There are various cases and legal institutions showing the lack of efficacy of Italy's Administrative Process in meeting the need for full protection of citizens and market business operators. "Due to our lawmakers' short-sightedness, the disproportionate scope of the judicial activity and, probably, the lack of interest and opinions from academic commentators, the administrative judicial system needs to be improved and enhanced"[2]. This statement still applies to Italy's system.

2. THE EVOLUTION OF ITALY'S ADMINISTRATIVE PROCESS

Over the last few years, Italy's Administrative Process has been positively evolving.[3] Such significant evolution was due to a series of reasons, which are partly linked to the changes introduced in the Italian Public Administration.

As to Law, an attempt was made to try and meet the new needs for market and citizen protection by transforming the proceeding and relating protection techniques, whose refinement has been promoted by administrative court decisions themselves, which aim at making increasingly performing tools available so to meet the demand for justice by finding solutions and making administrative proceedings expeditious and more effective.

The new laws have been trying to adjust to new needs and economic trends and make the system more efficient, by trying and coordinating the growth of the Justice Service with a reasonable duration of proceedings, procedural economy and concentration,

[2] A. POLICE, *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 137.

[3] C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. BATTINI, C. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B.G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI (a cura di), *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 166; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, *ivi*, p. 46.

Copyleft – Ius Publicum

and the strengthening of emergency remedies.

It has long been thought that the relation between the Administration and the Judicial System was regulated by the principle of separation of powers, and the desire to marry the public authority of the Administration and the freedom of citizens found in the administration's orders the only expression of administrative activity deemed legally relevant. As a consequence, appeal proceedings followed, where other forms of protection showed minor and regressing relevance.

After going through remarkable and deep transformation, today's Public Administration is significantly different compared to the framework described above. As a matter of fact, it features multiple accountable entities, at different levels (including state, supranational, and global entities wielding public powers), and increasingly complex and heterogeneous ways of action, which materialise in formal acts and mere behaviours, including omissive conduct.

However, as the Public Administration's organisation and ways of action change, so does also the way of seeing the relations between citizens and the Public Administration. This entailed an increase in the need for protection and, therefore, a widening of the range of tools available, brought about by an evolutionary process that affected three different aspects, namely judicial action by the judiciary, judicial action within the Administrations, and the so-called ADR.

The whole system protecting citizens in their relations with the Public Administrations has been changing over time, due to the widening of the Administrative Courts' powers and the evolution of the laws and regulations on jurisdiction and trial. In such a framework, court decisions have played a crucial role, acting as interpreters of the Law – thus often filling major regulatory gaps – providing guidelines and guiding the Administration. Among the regulations designed to be applied to real cases are also

Copyleft – Ius Publicum

general rules, and they contributed outlining the relevant Administrative Law institutions.[4] As a matter of fact, court decisions have long contributed to put some order in a regulatory inadequate administrative system.

3. THE ROLE OF ADMINISTRATIVE COURTS CONSIDERED AS THE MARKET COURT, LAWMAKERS AND EU INFLUENCE

In the above framework, the very role of Administrative Court has changed. As a matter of fact, the Administrative law judge is no longer a simple judge of the administration, but has become the judge of public powers, who takes action whenever public powers are wielded, regardless of the juridical positions involved.

Therefore, the judge's role has become more comprehensive[5]. This legislative evolution concerning exclusive jurisdiction and economic regulation makes Administrative Courts the courts of market failures and, hence, of economic regulation, thus giving them an overall view of the special mechanisms governing the juridical relations of new Public Economic Law[6].

[4] C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, *op. cit.*, p. 168; S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 413 ss.; ID., *La giustizia amministrativa in Italia*, p. 771 ss.; ID., *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione: da una riforma all'altra*, in S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997.

[5] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 230; ID., *La tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri*, in *At- ti del VI convegno nazionale degli studiosi del processo civile*, Milano, 1970, p. 1630; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 234 ss.; P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1990.

[6] M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm. Tar*, n. 10, 2003, p. 3149.

Copyleft – Ius Publicum

In this perspective, Administrative Tribunals have contributed – among other things – widening procedural legitimation, thus making justice accessible for an increasing number of actors; strengthening protection for all protected interests, including not only forfeiture cases (*interessi oppositivi*), but also interests involving applications or claims on the authorities (*interessi pretensivi*) and declaring them difficult to define; affirming the right to pre-trial precautionary protection; admitting the possibility for *translatio iudicii* in the event of any mistake in selecting the appropriate court; widening the possibilities of obtaining evidence during the preliminary investigation or pre-trial stage, and strengthening control on the administration's discretion by identifying abuse of power; pronouncing declaratory judgements and judgements for plaintiffs, besides judgments of annulment.

A similarly relevant role has been played by law-makers, in that they contributed formalising jurisdictionally consolidated trends. This way, some court decisions were transformed into laws – although not always to the letter – thus favouring the development of the legal system, including by introducing some general principles "imported" from other areas of Law.

In particular, Law n° 205/2000 was an important attempt to reform Administrative Law, which should be given credit for extending exclusive jurisdiction, granting administrative tribunals the power to rule in the area of consequent property rights (*diritti patrimoniali consequenziali*) – also in matters that do not fall under exclusive jurisdiction – and on compensation for damage due to the infringement of legitimate interests, thus modifying procedural regulations and introducing measures aimed at accelerating legal proceedings. In this perspective – in order to guarantee timely and effective dispute settlement – law-makers have introduced special judicial procedures in various economic sectors, including public works, public services, and independent administrative authorities.

The Code of Civil Procedure that entered into force in 2010 (the Code) and was subsequently supplemented by Legislative Decree n° 195 of November 15th 2011, goes along the same evolution lines described above, aiming at widening the range of protection tools and methods made available to meet the citizens' demand for justice. The introduction of organic procedural regulation is the result of a complex and ambitious

Copyleft – Ius Publicum

operation, aiming at making a fragmented and patchy regulatory framework in line with the systems of other European Countries (such as Spain, France, and Germany) and with the provisions of the European Convention for the Protection Of Human Rights and Fundamental Freedoms (Articles 6 to 13).

Last but not least, other similarly significant inputs have come from the European Union. As a matter of fact, the EU considered as an integrated body of national legal systems requires some forms of coordination.

4. THE EFFECTIVENESS AND FULLNESS OF CITIZEN JUDICIAL PROTECTION VIS-À-VIS THE PUBLIC ADMINISTRATION

According to the European Union's principle of the *effectiveness of judicial protection*, the rights of all European citizens vis-à-vis any national and EU administration have to be defended.

As European Law is increasingly harmonised, new forms of coordination and harmonisation of the European judicial systems and judicial control rules become necessary. In such a framework, the decisions of the Court of Justice played a major role by contributing to the formal recognition of a series of fundamental principles – including full judicial protection of EU citizens, their right to reparation, as well as the right to disapply any provision of national Law that is contrary to EU Law. Along the same lines, the European Convention on Human Rights not only provides for a series of rights and freedoms relating to fair trial, but also sees to their effectiveness by complementing national laws with rules and regulations protecting worth defending interests and guaranteeing the enforcement of such laws.

Legal science has placed significant focus on the concept of effectiveness of judicial protection in terms of constitutional interpretation and legal policy. The substantive principle relating to the situations protected was said to be linked to the interest of the community in the operational composition of interests – in order for the defence of

Copyleft – Ius Publicum

consumer's interests in the goods of life to be full, it must be actually substantive vis-à-vis supplying companies, regardless of the structure of the interests in terms of subjective right and legitimate interest.[7] As our Constitution associates subjective rights and legitimate interests for judicial protection purposes (Articles 24 and 113 of the Constitution) and provides for constitutional protection for situations relating to a series of goods of life, it follows that the judicial protection of legitimate interests is full, thus being as strong as the protection of rights. Nevertheless, as the judicial system has not always been capable of ensuring effective protection, in some cases it has been supplemented with additional forms of protection.

The progressive establishment of the value of *full protection*[8] is one of outcomes of the revolution Administrative Law has gone through in the last few years, which has

[7]M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* (III), in *Rivista di di- ritto processuale*, 1964, p. 247; ID., *La tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri*, in *Atti del VI convegno nazionale degli studiosi del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 163 ss. Sul tema si veda anche E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nuovissimo digesto it*., V, 1964, p. 268 ss.

[8] In the past Italian litterature C. VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Torino, 1937; E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo, considerazioni introduttive*, in *Noviss. Dig.it.*, XIII, *ad vocem*, Torino, 1966; F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, *ad vocem*, Milano, 1987; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo* Torino, 1994; S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990; ID., *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, II, Milano, 1987; E. FAZZALARI, *Sentenza civile* in *Enc. dir.*, XLI, *ad vocem*, Milano, 1989; C.E. GALLO, *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, *ad vocem*, Torino, 1996; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, *ad vocem*, Milano, 1997; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato com- pleto di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976; E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, *ad vocem*, Milano, 1987; A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; G.B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995; P. VIRGA, *Diritto amministrativo – atti e ricorsi*, II, Milano, 1999; ID., *La tutela giurisdizionale nei confronti della P.A.*, Milano, 1982; E. FERRARI, *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, *ad vocem*, Torino, 1989; A.M. SANDULLI, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato ed ai giudici sottoordinati*, Napoli, 1963.

Copyleft – Ius Publicum

strongly shaped its peculiar features. Actually, a shift has taken place from the principle of effectiveness of the protection to that of fully meeting the needs for protection.

However, despite the evolution of the role played by Administrative Tribunals – which have become the courts of public powers that intervene whenever public powers are wielded – absolutely *full* protection has apparently not been obtained, yet.

As everybody knows, in national legal systems the expression "administrative process" designates the "range of remedies" provided for by the system with a view to ensuring compliance of administrative action with general laws and principles, including the principles of reasonableness and proportionality. The aforesaid phrase expresses different needs, namely, on the one hand, that of providing adequate protection tools vis-à-vis the Administration; on the other hand, the need to guarantee compliance with the Law, making sure that administrative action is legal and adequate in terms of expediency. This approach characterises the ideology and structure of the so-called "administrative State"[9] and, today, it has apparently been adopted also by Countries that were traditionally lacking special public administration regulations.

Today more than in the past, the expression "administrative process" designates both judicial and non-judicial redress, including out-of-court redress. It refers first of all to those protection tools available within the Administration itself, such as administrative appeals, whose scope and efficacy vary from Country to Country.

The progressive influence of the EU on national administrative process regulations has also led to the enhancement of forms of *non-judicial protection*, via the administrative process or specialised external bodies, as well as by providing for some forms of protection from formally legal acts that, however, are the results of maladministration. Generally speaking, judicial protection in the strict sense is not precluded, in full compliance with the

[9] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 1976, p. 27.

Copyleft – Ius Publicum

principle of the effectiveness of judicial protection that envisages the right to an independent and impartial judge. This principle is not challenged in any way.

Special focus has been placed on alternative dispute resolution (ADR) methods (including administrative appeals), together with mediation and conciliation provided for by public law with a view to widening access to justice – as recommended by the European Union – but also for their important case load reduction effect, allowing overcoming the so-called *litigation crisis*. ADR falls within the procedural concept of administrative process, seen as the outcome of the proceeding stemming spontaneously from compliance with specific rules of conduct, in line with the principle of *due process of law*[10].

This new approach does not diminish the importance of judicial protection. As it has been highlighted with specific reference to conciliation and arbitration by independent authorities, "when judicial redress is complemented with additional remedies aiming at guaranteeing adequate protection to the new requests coming from society, the judicial system is the main protection institution – and no longer the only one – in that it can have other forms, which are potentially more favourable for users and consumers", but also for all citizens and business operators. They are more favourable because they are streamlined and less expensive; furthermore, they are put in place by suitable and specialised entities. However, this necessarily requires a change in the judge's stance and role in the legal system.

5. EFFICACY OF THE ADMINISTRATIVE PROCESS, ADMINISTRATIVE ACTIVITY AND GOALS

In the light of the above remarks, when any regulatory reform is introduced, its

[10] G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, Bologna, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

impact and efficacy – that is, the ability of rules and regulations to reach set objectives and provide for full protection of citizens vis-à-vis the Public Administration – should also be examined. In other words, new laws should be assessed based on their efficacy, without however neglecting the reasons of economic performance.

The principle of efficacy is implicitly included in the principle of cost effectiveness provided for by Article 1 of Law n° 241/1990, which however expresses a wider concept relating to additional cost-benefit analysis profiles, other than merely accounting ones. Generally speaking, this term refers to the ability to reach set goals with the least possible amount of resources. However, there are many interests at stake that hamper the design of effective actions.

Under Article 1 of Law n° 241/1990, administrative activity should pursue goals provided for by the law and abide by the principles of cost effectiveness, efficacy, fairness, publicity, and transparency.

The debate is not only about the potential conflict between private and public interests, but also about the potentially conflicting objectives that should be pursued by administrative action on the one hand, and the administrative process on the other hand. Examples include the need to guarantee larger participation in the proceeding (thus making proceedings more "democratic"), or that of favouring easier access to judicial protection (which is deemed to guarantee more effective protection); meeting such needs inevitably impacts on the efficiency of administrative activity and process, ultimately also influencing the duration of proceedings[11].

[11] B. G. MATTARELLA, *Pubblica amministrazione e interessi*, IN S. BATTINI, C. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B.G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI (a cura di), *op. cit.*, p. 132 ss.; M. D'ALBERTI, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2000, p. 1 ss.; G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. Quadrimestr. dei pubbl. servizi*, n. 2, 1999 p. 7 ss.

Copyleft – Ius Publicum

It is an open challenge that law-makers are facing, with the irreplaceable contribution of case law.[12]

However, some hindrances exist, which are partially related to the choices our law makers made at some important points – which were too cautious and diverted the course of action from the objectives to be pursued – and partially to stiff stances in some lines of decisions. They ultimately have a significant impact on the fullness of protection vis-à-vis the Public Administration and on effectiveness itself, in terms of impact on market dynamics. In various situations "attacks against administrative legality and, hence, against the protection of citizens" have been reported.[13] A typical example is the stance of the Council of State defending preliminary administrative action (*pregiudiziale amministrativa*), which was also reaffirmed after the publication of the Code of Administrative Procedure and the explicit recognition of independent action for damages.

Lawmakers and case law should place more focus on the need for expeditious and effective proceedings and the principles of action efficacy and procedural economy, constantly assessing the costs and benefits for society and aiming at improving the efficacy and overall effectiveness of judicial services as a whole.

This way, it is possible to have a remarkable impact on the Public Administration's way of acting, in a new perspective that goes beyond criticism for adopting an intrinsically "non-economic" judicial system, which is the result of a costless and timeless function where each individual process has an absolute value.

The precondition is that full protection of citizens vis-à-vis the Public Administration and its effectiveness – also in terms of impact on market dynamics –

[12] On the rule of the judge and on his "legislative role", R.A. POSNER, *How judgesthink*, London, 2008. On the juridical discretion of the judge A. BARAK, *Judicialdiscretion*, 1989, Yale University Press).

[13] F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 177.

Copyleft – Ius Publicum

strongly depend on the objectives underlying any legislative choice, and not only on the ways to pursue said objectives and the interpretative contribution of court decisions. The recent regulatory reform and court decision evolution aimed at adjusting to the new, above-mentioned need for protection, but they were not always successful. There are various cases and institutions that show the limitations of the Italian Administrative Process and its lack of effectiveness, considering the need for full protection of citizens and market business operators.

A Public Administration's "limited liability" model appears in many cases and, at times, is even backed by court decisions. This model – based on the principles of procedural economy, a reasonable duration of all proceedings and the reduction of case-load – does not facilitate the attainment of the objectives of full protection of citizens, effective and efficient administrative process, with the.

Public Administration's accountability envisaged in the system of actions provided for by the Code of Administrative Process is the result of sometimes questionable choices, which have led to the partial or non-recognition of some specific actions, the adoption of unclear solutions relating to the independence of the action for damage, and the analysis of procedural costs for various liability actions. Ultimately, such choices condition the success of the actions that should meet the aforementioned needs for protection relating to substantial juridical situations, and the administrative proceeding keeps on focusing on the administrative adjudication or order instead of dealing with the relation between the Administration and the citizen.

A clear example of the lack of effectiveness in meeting the need for full protection of citizens and market business operators, is the institution of pre-trial precautionary protection, which was also introduced in Italy as a preliminary and provisional way of protecting the appellant's interests – while waiting for the court decision – allowing avoiding possible damage caused by the immediate effects of the Administration's order or conduct. As it is considered as an irreplaceable element for the defence of general public interest in effective protection against the misuse of public power, it has recently been extended to the whole administrative proceeding. This institution plays an important

Copyleft – Ius Publicum

reduction role n reducing caseload, and its enhancement is deemed positive in view of an improvement in the overall effectiveness of the administrative process. Obtaining a pre-trial judgment on the petition allows having a preliminary opinion on the Public Administration's conduct and, in the event of dismissal with clearly stated and sound reasons, it discourages legal action. Nonetheless, if on the one hand it can reduce the risk that the parties might suffer from damage due to the enforcement of an administrative order – which cannot always be fully redressed by the trial proceeding – on the other hand, the order suspension produces costs for the Public Administration and the relevant community. As it is pointed out below, envisaging a more effective action for damages against the Public Administration could allow meeting both opposite needs, without depriving the precautionary measure of its relevance.

Public contracts and appeal procedures related to public contracts provide another particularly significant example. The procedure – which has been recently reformed following the input of the EU legislation – aims at making effective and expeditious procedural tools available, guaranteeing the effectiveness of judicial protection and compliance with EU and national regulations. Some tools have been envisaged to ensure better protection that actually lessen the need for expeditious performance of the contract and potentially increase legal disputes. Envisaging a better liability system, strengthening protection for business operators damaged by illegal awarding of contracts through better action for damages, could contribute improving the overall efficiency and efficacy of the judicial system and would encourage Public Administrations to better fulfil their functions. Should the Public Administration be held fully accountable for its conduct, the sanctionative mechanism for the transfer of damage "costs" to the liable actor and its prevention would be implemented more effectively, thus improving the efficiency of administrative action and the wielding of the relating powers. This is why designing a different liability and accountability system compared to the existing one – which is currently based on "many, unclear, and complicated rules"[14] should be the priority of any

[14]B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

Copyleft – Ius Publicum

efficient judicial system. As a matter of fact, evidence shows that complex rules lessen the Administration's accountability.[15]

Today's regulatory production processes – which are more complex than in recent past – result in a plethora of unclear provisions. Regulatory inflation, combined with the biases of a legislating Government, have negative effects such as cost increase, uncertainty, and corruption. Over the last 20 years, Italian lawmakers have placed increasing focus on the theme of law production both in terms of quantity and quality, but results are still poor.

6. INCREASING DEMAND FOR JUSTICE, DURATION OF PROCEEDINGS AND FULLNESS OF PROTECTION

Among other factors that have an impact on the full protection of citizens is the duration of proceedings.

As it was pointed out by the President of the Court of Cassation in his speech for the opening of Judicial Year 2008, joint implementation of both principles of fullness and concentration of protection, allows better adjusting our system to a European *Ius Commune*.

This is why an important factor with significant impact on the fullness of protection guaranteed by the legal system is the litigation reduction. Ours is an increasingly congested, hence slow, inefficient, and ineffective procedural machinery.

In particular, the excessive length of proceedings is considered as an obvious symptom of the inefficiency of the judicial system as a whole, which might have a negative impact on the Country's growth.

[15] D. BÖS, M. KOLMAR, *Self-correcting mechanism in public procurement: why award and contracts should be separated?*,CESifo Working Paper n. 302, Munich, 2000.

Copyleft – Ius Publicum

Over the last few years, the demand for Justice in Italy has been growing significantly, with peaks in 1994 and 1998. The inadequacy of the response to such increase in the demand for judicial services is shown by two main indicators, namely the increase in pending cases and the average length of proceedings. In view of building a European area of justice – to be obtained by strengthening judicial cooperation of EU Member States – our Country's judicial system is still incapable of giving a timely response and meeting the needs of society.

Consensus on the idea that the length and costs of Italian judicial action entail inefficiency that, in turn, can have a negative impact on the Country's growth, allowed focusing the debate about the functioning of the judicial system on such indicators. This approach was also strengthened by Strasbourg Court's ruling against Italy for violating the fundamental right – provided for by the Constitution – to a reasonable length of proceedings.

Instead, the new concept of judicial system – that is now unmistakably reaffirmed in the Constitution and in the Convention on Human Rights – is evidence of some change in society and values, where time seems to become a value and no longer a measurement. Focus shifts from abstract legal certainty to a certain definition of relations, which allows performing reliable assessments for the production of goods and services to be traded.

Following the legal recognition of the principle of "reasonable duration", the time factor gains relevance that goes beyond the assessment of the judicial system's functioning, in that it makes the right to take legal action – which should be enforced both in procedural regulations and in the organisational structure of the judicial system – tangible. Only this way can the judicial system – which has long been the expression of the supremacy and protection of rights – provide a real "service" to the community. In this framework, its efficiency and effectiveness can be measured and assessed. Moreover, the service usefulness and cost parameters gain relevance.

Awareness of all this seems to be shown in recent rulings of the European Court of Human Rights that, at times, seems willing to subordinate the "hearing publicity" principle

Copyleft – Ius Publicum

itself to the proceeding's effectiveness and expeditiousness (EU Convention on Human Rights, *Case: Udorovic v. Italy* – Division II – ruling of May 18th 2010, Appeal n° 38532/02).

The slowness of the Italian judicial system compared to other Countries is clearly shown by some World Bank data on the number of procedures required to obtain the contract performance. Of course, the less the procedures required, the shorter and cheaper it is for all parties. The number of litigations can decrease, thus allowing faster meeting the needs of the parties involved. Italy requires more procedures that France, Germany, Great Britain, but also the United States of America and the OECD Countries average, also showing proportionally higher costs calculated as a percentage of the case's value. As to the time necessary to obtain full performance of a contract by the other party after a favourable pronouncement, in Italy it takes almost three times as long as it does in France, Germany, and Great Britain.

The length of administrative procedures can also have significant impact on the time it takes to meet the needs of citizens and business operators, as well as on general economic development, as this is one of the main reasons for Italy's infrastructural backwardness compared to other major European Countries.

In Italy, the decision was made to entrust the law with the task of providing for a reasonable length of proceedings (Art. 111, par. 2). Instead, under the Convention (Art. 6), single individuals have full right to a reasonably short proceeding, which makes it easier for citizens to have the violation of said right acknowledged. Nonetheless, in Italy, compensation-related problems do not concern domestic regulations providing for such right but, rather, their enforcement, which is not always suitable. In particular, it is worth highlighting some attempts of certain court decisions to limit the enforcement of fair compensation rights by interpreting the conventional regulatory framework less favourably for single individuals compared to the interpretations of the European Court. In principle, Italy has effective and structurally suitable remedies available, allowing protecting the right to a reasonable duration of proceedings. However, their implementation is often inadequate, also due to the stances of law-makers on the one hand and court decisions on

Copyleft – Ius Publicum

the other hand.

As it has been repeatedly pointed out, Italy has a serious problem in terms of slowness of the legal system, which affects all kinds of proceedings, including administrative ones.

Therefore, rules and regulations are particularly sensitive tools, to be used very cautiously, also reckoning their impact on market dynamics and on the overall efficiency of the citizen protection system vis-à-vis the Public Administration. In such a framework, those tools could hopefully be used to reverse the trend and – by analysing the impact of new regulations more regularly – favour the obtainment of expected results and the enforcement of principles, including supranationally imposed ones.

For the demand for judicial services to be fully met by a suitable supply of such services, access to various protection systems – those within the administration, external, and alternative ones – should always been assured through a methodological approach that should duly consider the different interests at stake, including the impact on market dynamics.

Always bearing in mind all the above-mentioned precautions, ADR methods in the broad sense – also including administrative self-protection – are today one of the facets of administrative process, which allow providing faster, swifter, and cheaper judicial services thus contributing reducing the number of judicial disputes.

This does not diminish the relevance of the role played by administrative courts and their jurisdiction. On the contrary, it contributes enhancing their significance in their capacity as drivers of the progressive improvement of the judicial system and positive and voluntary drivers of change in the Italian society. In this perspective, court decisions may go beyond their mere complementarity with rules and regulations and make up for law instability, thus favouring the evolution of the relationship between the judicial system and the administration.

In this new, different context– which is increasingly open to the influence of

Copyleft – Ius Publicum

economic dynamics – the real challenge the Italian administrative judicial system is going to face in the near future is that of ensuring market equilibrium, by skillfully dosing and balancing the various interests at stake.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

DIRITTI UMANI E PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

REPORT ANNUALE - 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Dott. Marco PACINI

INDICE

1. IL TEMA E I PROBLEMI

2. I PRINCIPI GENERALI DI AZIONE DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE

2.1 La nozione di autorità pubbliche

2.2 I principi generali di azione delle autorità pubbliche

2.3 Caratteri

3. GARANZIE PROCEDIMENTALI A TUTELA DI DIRITTI SOSTANZIALI

3.1 Garanzie procedimentali a tutela dei diritti della persona

3.2 Garanzie procedimentali a tutela delle libertà civili

3.3 Garanzie procedimentali a tutela di diritti patrimoniali

3.4 Caratteri

4. IL DIRITTO A UN GIUSTO PROCEDIMENTO AGGIUDICATORIO

4.1 L'applicabilità del diritto ad un processo equo ai procedimenti amministrativi

4.2 Gli standard astrattamente applicabili ai procedimenti aggiudicatori

4.3 Gli standard concretamente ritagliati sui procedimenti aggiudicatori

5. ESISTE UNA DISCIPLINA CEDU DEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI?

5.1 I caratteri strutturali

5.2 I principi cardine

Copyleft – Ius Publicum

5.3 Questioni aperte e prospettive

Copyleft – Ius Publicum

1. IL TEMA E I PROBLEMI

A partire dalla seconda metà del XX secolo, le attività delle autorità pubbliche e i rapporti tra queste ultime e i soggetti privati hanno costituito oggetto di un numero crescente di "standard ultranazionali" (ulteriori rispetto a quelli dell'Unione europea), cristallizzati in trattati intergovernativi o variamente elaborati in seno ad apparati ultrastatali. In questo contesto, una rilevanza sempre maggiore viene a essere assunta dagli "standard ultranazionali dei diritti umani". Questi ultimi trovano un primo riconoscimento nelle convenzioni internazionali sui diritti umani, tra cui, in particolare, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Cedu del 1950 e il Patto internazionale sui diritti civili e politici - Pidcp del 1966. Essi devono, tuttavia, la loro espansione all'attività di attuazione e specificazione degli *organismi ultranazionali*, a carattere amministrativo o giudiziario, come la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti umani, istituiti dalle stesse convenzioni con il compito di verficarne l'effettivo rispetto.

La moltiplicazione e la diffusione degli standard della Cedu solleva, nondimeno, alcune questioni problematiche. Innanzitutto, la Cedu contiene solo pochissime disposizioni sui procedimenti amministrativi, che costituiscono, tuttavia, oggetto di un numero crescente di principi elaborati dalla Corte europea. Quali tipologie di procedimenti sono, allora, soggetti ai principi scaturenti dalla Cedu? E cosa prevedono questi ultimi? Come accennato, inoltre, gli standard della Cedu discendono da una pluralità di fonti normative, emanate da vari organismi della Cedu. Che cosa deve intendersi, allora, per "standard" sui procedimenti? Vi si devono includere soltanto le norme di fonte scritta o anche quelle di fonte non scritta (come la giurisprudenza della Corte europea)? Quali effetti producono sulle autorità nazionali ed ultrastatali? Una volta formulati, infine, gli standard ultranazionali penetrano negli ordinamenti nazionali ed europeo. Quali sono le concrete modalità della loro imposizione diretta agli ordinamenti nazionali? E quali quelle di imposizione indiretta agli ordinamenti e regimi ultrastatali?

Copyleft – Ius Publicum

La tesi di fondo è che gli standard diano luogo ad una *disciplina Cedu dei procedimenti amministrativi*, la quale, i) scaturita da disposizioni di fonte scritta, è venuta a svilupparsi in via giurisprudenziale; ii) alimentata dalle tradizioni giuridiche continentali e anglosassoni, ha piano piano sviluppato un autonomo "sistema" concettuale; iii) originariamente circoscritta a pochissime tipologie procedimentali, ha col tempo allargato la sfera di azione, intensificato la capacità prescrittiva, ristretto i margini di libertà lasciati agli Stati; iv) concepita per operare sul piano internazionale, è col tempo permeata negli ordinamenti nazionali ed europeo, finendo per essere inquadrata tra le fonti costituzionali; v) destinata a vincolare le autorità nazionali, è finita, poi, per condizionare anche le autorità europee e globali; vi) congegnata in funzione essenzialmente difensiva, è progressivamente evoluta anche in funzione partecipativa e di supporto per la assunzione di decisioni complesse. Così configurata, la disciplina Cedu dei procedimenti amministrativi sembra, pertanto, fungere da catalizzatore del lento processo di formazione di una disciplina unitaria del procedimento amministrativo a livello globale.

2. I PRINCIPI GENERALI DI AZIONE DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE

In termini generali, gli standard sui procedimenti amministrativi sono riconducibili ad almeno quattro gruppi. Un primo gruppo riguarda tutte le tipologie di procedimenti. Essi comprendono la nozione di autorità pubbliche e i principi generali delle attività pubbliche.

Copyleft – Ius Publicum

2.1 La nozione di autorità pubbliche

Innanzitutto, la Corte europea ha formulato una propria nozione di "autorità pubbliche" rilevante ai fini dell'applicazione degli standard. In proposito, essa ha adottato una propria interpretazione delle disposizioni della Cedu secondo cui, da un lato, gli *Stati* riconoscono i diritti e le libertà dalla stessa enunciati[1]; dall'altro lato, la Corte europea può essere investita dei ricorsi presentati, tra gli altri, da *organizzazioni non governative*[2]. Sotto il primo profilo, pertanto, sono "imputabili agli Stati", oltre agli atti delle amministrazioni statali o locali, due categorie di atti: i) gli atti posti in essere da soggetti che, pur essendo di diritto privato, sono sottoposti ad una disciplina fortemente derogatoria rispetto a quella comune, e sono sottomessi ad un potere di indirizzo e controllo da parte delle amministrazioni statali o locali, come talune società a partecipazione statale[3] o gli ordini professionali [(4)]; ii) gli atti posti in essere da soggetti che, pur essendo di diritto privato, e operando alla stregua di altri soggetti privati, esercitano attività oggettivamente pubbliche, o di originaria spettanza dei pubblici poteri, come taluni istituti privati di istruzione[5], gli

[1] Art. 1, Cedu; Preambolo del Pidcp.

[2] Art. 34, Cedu.

[3] Corte eur. dir. uomo, sentenza 30 novembre 2004, ricorsi nn. 35091/02 e altri, *Mykhaylenky e altri c. Ucraina*. Nello stesso senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 22 febbraio 2005, ricorso n. 47148/99, *Novoseletskiy c. Ucraina*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 1° dicembre 2009, ricorso n. 31761/04, *Khachatryan c. Armenia.*

[4] Corte eur. dir. uomo, sentenza 23 novembre 1983, ricorso n. 8919/80, *Van der Mussele c. Belgio*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 24 febbraio 1994, ricorso n. 15450/89, *Casado Coca c. Spagna*.

[5] Corte eur. dir. uomo, sentenza 25 marzo 1993, ricorso n. 13134/87, *Costello-Roberts c. Regno Unito*.

Copyleft – Ius Publicum

amministratori e i liquidatori operanti in seno a procedure concorsuali[6] e le fondazioni di diritto privato operanti nell'interesse pubblico[7].

Quanto alla nozione di *organizzazioni non governative*, la Corte europea ha, invece, di recente chiarito, nella decisione *Unedic*[8], che *non* sono tali i soggetti che partecipano all'esercizio di poteri autoritativi o che gestiscono un servizio pubblico sotto il controllo di altre autorità. Non sono, quindi, organizzazioni non governative - essendo, quindi, autorità pubbliche, nel senso qui adottato - le amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici territoriali, e i soggetti che, pur essendo disciplinati dal diritto privato, perseguono finalità di interesse generale, o comunque esercitano attività oggettivamente pubbliche, sotto la direzione e il controllo di organi governativi, come talune società di gestione di servizi pubblici in regime di sostanziale monopolio[9]. Sono, invece, organizzazioni non governative i soggetti che, pur essendo di diritto pubblico, non perseguono finalità di interesse generale, o comunque non esercitano attività oggettivamente pubbliche, come taluni enti morali[10]; ovvero quelli che, pur perseguendo finalità di interesse generale, operano secondo il diritto privato in regime di libera concorrenza, come talune società concessionarie di servizio pubblico liberalizzato[11].

In definitiva, sono qualificabili come autorità pubbliche almeno tre categorie di soggetti: i) lo Stato, gli enti territoriali e gli enti pubblici svolgenti funzioni pubbliche; ii) le

[6] Corte eur. dir. uomo, sentenza 14 gennaio 2010, ricorso n. 54522/00, *Kotov c. Russia*.

[7] In Corte eur. dir. uomo, decisione 1° marzo 2005, ricorso n. 22860/02, *Wos c. Polonia*.

[8] Corte eur. dir. uomo, decisione 18 marzo 2009, ricorso n. 20153/04, *Unédic c. Francia*.

[9] Comm. eur. dir. uomo, decisione 8 settembre 1997, ricorso n. 35216/97, *Renfe c. Spagna*.

[10] Corte eur. dir. uomo, sentenza 9 dicembre 1994, ricorsi nn. 13092/87, 13984/88, *Santi monasteri c. Grecia*.

[11] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 settembre 2003, ricorso n. 53984/00, *Radio France c. Francia*.

Copyleft – Ius Publicum

imprese private soggette ad una disciplina fortemente derogatoria e sottoposte a incisive potestà di indirizzo e controllo da parte di altre autorità pubbliche; iii) le imprese private svolgenti attività oggettivamente pubbliche, soprattutto se in regime di non concorrenza. Così configurata, la nozione di autorità pubblica ha, pertanto, a) origine bipartita, in quanto discende dalle distinte definizioni di "Stato" e "organizzazione non governativa"; b) funzione ambivalente, in quanto serve ad individuare, specularmente, i soggetti tenuti al rispetto dei diritti umani e quelli legittimati a farne dichiarare la violazione; c) carattere composito, in quanto si fonda su elementi ora funzionali, ora normativi, ora organici. Essa non si differenzia, pertanto, in maniera significativa dalle nozioni di pubblica amministrazione adottate in taluni paesi europei nonché nel diritto europeo, dove la stessa presenta connotazione prevalentemente funzionale.

2.2 I principi generali di azione delle autorità pubbliche

La Corte europea ha, poi, formulato una serie di principi generali riguardanti lo svolgimento delle attività pubbliche. Il primo principio è quello della *rule of law*. In proposito, la Corte europea ha tratto dall'espressione per cui le libertà possono essere limitate solo "nei casi previsti dal diritto" quattro principi fondamentali: i) rientrano nella nozione di *diritto* tutte le norme scaturenti da atti giuridici incluse le disposizione di fonte scritta, la giurisprudenza, le norme di livello sub-legislativo, il diritto europeo, le convenzioni internazionali [12]; ii) il *diritto* deve rispettare i principi di accessibilità, chiarezza e prevedibilità delle norme; iii) dalla "regola del diritto" deriva l'obbligo di stabilire i presupposti e le modalità di esercizio delle attività discrezionali; iv) dalla "regola del diritto" deriva l'obbligo per le autorità pubbliche di prevedere garanzie procedimentali. In questi termini, la Corte europea concepisce il principio della regola del diritto non tanto

[12] Corte eur. dir. uomo, sentenza 26 aprile 1979, ricorso n. 6538/74, *Sunday Times c. Regno Unito*, Corte eur. dir. uomo, sentenza 24 aprile 1990, ricorso n. 11081/85, *Kruslin. c. Francia.*

Copyleft – Ius Publicum

come "riserva di legge" quanto come "soggezione al diritto"; si richiama a una visione *monistica* dei rapporti tra ordinamenti giuridici; intravede nella regola del diritto non soltanto un mezzo di eguaglianza formale ma anche un limite all'arbitrio del potere; riferisce il principio non solo all'esistenza ma anche alla *qualità* del diritto; e ancora, non solo alla validità ma anche alla *effettività* del diritto.

Il secondo principio è quello di ragionevolezza e proporzionalità. La Corte europea ha, in proposito, tratto dall'espressione per cui i diritti riconosciuti dalla Cedu possono essere limitati se, e nella misura in cui, ciò risulti "necessario in una società democratica" tre corollari: i) le autorità pubbliche godono di un "margine di apprezzamento" in ordine alle modalità per assicurare l'effettivo rispetto dei diritti[13]; ii) il "margine di apprezzamento" trova un limite nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità; iii) i principi di ragionevolezza e proporzionalità implicano che e restrizioni ai diritti perseguano un fine pubblico legittimo, e realizzino un "giusto equilibrio tra gli interessi generali della comunità e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali degli individui", a tal fine assicurando un "ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e i fini perseguiti"[14]. In questo modo, la Corte europea concepisce ragionevolezza e proporzionalità soprattutto come *criteri di giudizio* per la ponderazione comparativa degli interessi, che riverberano in principi di azione per le attività pubbliche. Adotta una visione *unitaria* e *universale* dei due principi, per cui, per un verso, pur presentando la medesima struttura logico-concettuale, si differenziano per il grado di incisività, per altro verso, trovano applicazione a tutte le attività pubbliche, senza distinzione tra funzione legislativa, esecutiva, giudiziaria. Infine, la Corte europea ha adottato una propria interpretazione della disposizione della Cedu cha afferma il divieto di discriminazione[15].

[13] Corte eur. dir. uomo, sentenza 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside v. United Kingdom*,

[14]Corte eur. dir. uomo, sentenza 24 ottobre 1986, ricorso n. 9118/80, *Agosi c. Regno Unito*, Corte eur. dir. uomo, sentenza 18 gennaio 2001, *Jane Smith c. Regno Unito*.

[15] Art. 14, Cedu.

Copyleft – Ius Publicum

2.3 Caratteri

Alla luce di quanto osservato, la nozione di autorità pubblica e i principi generali presentano alcuni caratteri comuni. Innanzitutto, come accennato, essi assumono valenza *fondativa*, nel senso che rappresentano il presupposto (soggettivo) di operatività e la scaturigine normativa di larghissima parte degli standard sui procedimenti. Rivestono, in ragione di ciò, connotazione essenzialmente *derivata*, in quanto, a differenza degli altri standard, lungi dall'essere formulati con riferimento all'attività amministrativa, contribuiscono alla disciplina del procedimento amministrativo soltanto di riflesso, in esito ad una necessaria concettualizzazione scientifica. Presentano, conseguentemente, applicabilità *generale*, nel senso che riguardano non soltanto l'attività amministrativa in senso stretto, bensì tutte le attività (comprese quelle giudiziarie e regolatorie) delle autorità pubbliche. Così configurati, pertanto, essi consentono di definire la cornice giuridica di riferimento all'interno della quale si innestano gli standard riguardanti gli specifici procedimenti.

3. GARANZIE PROCEDIMENTALI A TUTELA DI DIRITTI SOSTANZIALI

Un secondo gruppo di standard riguarda, poi, un complesso di garanzie procedimentali volte a impedire *ex ante* violazioni dei diritti Cedu a carattere sostanziale. Esse sono tratte dalle disposizioni che riconoscono questi ultimi diritti, e sono astrattamente applicabili a tutti i procedimenti *restrittivi* degli stessi.

Copyleft – Ius Publicum

3.1 Garanzie procedimentali a tutela dei diritti della persona

Nell'ambito degli standard riguardanti i procedimenti restrittivi dei diritti della persona un primo insieme di garanzie procedimentali riguarda l'affidamento dei fanciulli. In proposito, alcuni standard sono già espressamente previsti in talune convenzioni[16], nonché nei relativi atti di indirizzo e attuazione[17]. La Corte europea ha, nondimeno, tratto taluni standard in materia dal diritto al rispetto della propria vita familiare (art. 8, Cedu). Essa ha, pertanto, affermato, a partire dai casi *B.*, *W.* ed *R*,[18], che, sebbene l'art. 8 Cedu non contenga disposizioni procedurali, il procedimento volto all'adozione di decisioni incidenti sui rapporti tra genitori e figli deve: a) fondarsi su tutti gli elementi rilevanti, non essere sbilanciato in favore di una parte (*one-sided*), non essere né apparire arbitrario; b) essere equo (*fair*), assicurare il dovuto rispetto degli interessi delle parti; c) garantire che i soggetti interessati possano presentare le proprie osservazioni, che devono essere tenute in debita considerazione, e siano in grado di esercitare ogni rimedio a loro disposizione.Standard analoghi sono stati, in seguito, formulati dal Comitato delle Nazioni unite sui diritti umani[19] e sui diritti del fanciullo[20].

[16] In particolare, la Convenzione europea sull'adozione dei fanciulli del 1967, la Convenzione delle Nazioni unite sui diritti del fanciullo del 1989 e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996.

[17] Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione R(77)33, *on the placement of children*; Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione R(98)8, *on children's participation in family and social life*; Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione Rec (99)23, *on family reunion for refugees and other persons in need of international protection*; Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione Rec(2005)5, *on the rights of children living in residential institutions*.

[18] Corte eur. dir. uomo, sentenze 8 luglio 1987, ricorsi nn. 9840/82, 9749/82, 10496/83, *B., W., R. c. Regno unito*.

[19] Com. Naz. un. dir. uomo, *General Comment* 7 aprile 1989, n. 17: *Rights of the child (Art. 24).*

[20] Com. Naz. un. dir. fanciullo, *General Comment* 20 settembre 2006, n. 7: *Implementing child rights in early childhood*, ###/Rev.1.

Copyleft – Ius Publicum

Un secondo insieme di garanzie riguarda, poi, l'allontanamento degli stranieri. In questa materia, taluni standard procedimentali sono previsti direttamente nella Cedu[21] e hanno trovato successiva specificazione nella giurisprudenza della Corte europea[22]. A questi standard si aggiunge, poi, la Convenzione contro la tortura secondo cui nessuno può essere espulso verso uno Stato nel quale sussistono fondati elementi per ritenere che lo stesso sarebbe ivi esposto al pericolo di essere sottoposto a tortura[23]. La Corte europea ha quindi tratto standard analoghi dal divieto di tortura (art. 3, Cedu). Essa ha, in tal senso, affermato, a partire dal caso *Soering*[24], che le autorità nazionali devono evitare l'allontanamento di uno straniero laddove sussistano fondati elementi per ritenere che il soggetto interessato, qualora sia allontanato, possa essere esposto al rischio concreto di essere assoggettato a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. Standard analoghi sono stati elaborati anche dal Comitato delle Nazioni unite contro la tortura[25] e dal Comitato delle Nazioni unite sui diritti umani[26].

Un terzo insieme di garanzie riguarda, poi, i procedimenti in materia di trattamenti terapeutici. Anche in questa materia, alcuni standard procedimentali sono già previsti nella Convenzione sulla biomedicina del 1997 o formulati negli atti politici delle organizzazioni

[21] Art. 1, comma 2, Protocollo 7, Cedu.

[22]Corte eur. dir. uomo, sentenza 21 ottobre 1997, ricorso n. 25404/94, *Boujlifa c. Francia*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 18 ottobre 2006, ricorso n. 46410/99, *Üner c. Paesi Bassi*.

[23] Art. 3, Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura e gli altri trattamenti e punizioni inumane e degradanti.

[24] Corte eur. dir. uomo, sentenza 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering*.

[25] Comitato delle Nazioni unite sulla tortura, *Commento generale n. 1: Applicazione dell'art. 3 della Convenzione nel contesto dell'art. 22*, 21 novembre 1997.

[26] Comitato delle Nazioni unite sui diritti umani, *Commento generale n. 15: La posizione degli stranieri secondo il Patto*, 11 aprile 1986.

Copyleft – Ius Publicum

internazionali[27]. Richiamandosi ad essa, la Corte europea ha tratto taluni standard in materia di aborto terapeutico dal diritto al rispetto della vita privata e familiare. Essa ha, pertanto, richiesto, nel caso *Tysiac*[28]: a) che i procedimenti in materia assicurino che un donna incinta sia sentita di persona in ordine alla opportunità di procedere ad aborto, e che il proprio punto di vista sia tenuto in considerazione; b) che le autorità competenti adottino motivazioni scritte; c) che, poiché in materia di aborto il fattore temporale riveste una importanza cruciale, le relative procedure assicurino che le decisioni in materia siano assunte tempestivamente, in modo da limitare o prevenire i danni che potrebbero derivare alla donna da un aborto ritardato.

3.2 Garanzie procedimentali a tutela delle libertà civili

Nell'ambito delle garanzie procedimentali relative a procedimenti restrittivi delle libertà civili, un primo gruppo di standard riguarda perquisizioni e ispezioni. La Corte europea ha, in proposito, affermato, a partire dal caso *Niemietz* ma soprattutto con il caso *Buck*, che tali procedimenti devono essere condotti in presenza di motivi rilevanti e sufficienti, ed essere rispettosi del principio di proporzionalità. A questo proposito, le leggi e la prassi applicabili devono prevedere adeguati ed effettivi strumenti di tutela contro gli abusi, mentre i singoli procedimenti devono essere condotti in modo da limitarne l'impatto entro limiti ragionevoli (*reasonable bounds*). A tal fine, le autorità competenti devono attenersi all'oggetto e alle condizioni stabilite nei relativi provvedimenti di autorizzazione, e devono tenere in considerazione diversi fattori, quali la gravità dell'illecito, la rilevanza degli elementi di prova già precedentemente raccolti, le caratteristiche dei luoghi in cui i procedimenti si svolgono, le ripercussioni sulla reputazione dei soggetti interessati.

[27] UNESCO, *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, 11 novembre 1997, recepita in Assembla generale delle Nazioni unite, Raccomandazione 9 dicembre 1998, n. 53/152.

[28] Corte eur. dir. uomo, sentenza 20 marzo 2007, ricorso n. 5410/03, *Tysiac c. Polonia*.

Copyleft – Ius Publicum

Un secondo insieme di garanzie procedimentali riguarda, poi, regolazione e controllo di attività pericolose e inquinanti. La Corte europea ha, in proposito, affermato, soprattutto con il caso *Hatton*, che, al fine di valutare la compatibilità rispetto alla Cedu delle decisioni aventi un significativo impatto ambientale, occorre prendere in considerazione tutti i profili procedimentali, compresi la politica da seguire o la decisione da adottare, e il grado di partecipazione dei soggetti interessati. In particolare, le autorità pubbliche sono chiamate ad assicurare un adeguato contemperamento tra i vari interessi coinvolti, a tal fine svolgendo studi e indagini. Inoltre, è necessario garantire l'accesso alle conclusioni raggiunte in tali studi e indagini, nonché a ogni informazione idonea a permettere ai privati di valutare i pericoli cui sono esposti. Ancora, gli interessati devono essere posti in condizione di ricorrere avanti ad organi decidenti contro gli atti delle autorità nazionali nei quali i propri interessi e le proprie osservazioni non siano tenute sufficientemente in considerazione (*given sufficient weight*).

Standard analoghi a quelli in esame sono stati, in seguito, ritenuti applicabili anche ai procedimenti di emanazione di atti normativi o atti amministrativi generali, come in materia di inseminazione artificiale. In proposito, la Corte europea ha escluso, nel caso *Evans*, la violazione della Cedu nei casi in cui discipline nazionali siano state adottate in esito a procedimenti che contemplino lo svolgimento di studi e inchieste approfondite sui principali aspetti di criticità delle materia, nonché la conduzione di adeguate consultazioni, e assicurino la facoltà dei privati interessati di essere adeguatamente informati sulle conseguenze delle proprie scelte[29]. Standard più di dettaglio sono, poi, contenuti in atti di indirizzo delle organizzazioni internazionali. In proposito, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha formulato un complesso di standard sui procedimenti riguardanti un ampio numero di persone[30].

[29] In tal senso, Corte eur. dir. uomo, sentenza 10 aprile 2007, ricorso n. 6339/05, *Evans c. Regno Unito*.

[30] *Recommendation n. R (87) 16 of the Committee of Ministers to member states on administrative procedures affecting a large number of persons*, 17 ottobre 1987.

Copyleft – Ius Publicum

Un quarto insieme di garanzie riguarda, infine, le attività dichiarative in materia di stato civile, famiglia e pubblici registri. La Corte europea ha, in proposito, affermato, soprattutto con il caso *Ramazanova*, che l'inerzia o il ritardo da parte delle autorità competenti nella iscrizione di soggetti giuridici in appositi albi o registri rappresenta una interferenza nei diritti dei soggetti privati, in particolare della libertà di associazione. I procedimenti di iscrizione o registrazione devono, pertanto, concludersi entro un termine ragionevole previsto dal diritto. In proposito, la sussistenza di ingenti carichi di lavoro non può giustificare un irragionevole prolungamento dei termini procedimentali. E' obbligo delle autorità nazionali organizzare i propri sistemi di iscrizione e registrazione (*state-registration system*) e di adottare le misure remediali necessarie in modo da assicurare che le autorità competenti rispettino i termini procedimentali imposti dalle proprie normative e da evitare in tal modo irragionevoli ritardi.

3.3 Garanzie procedimentali a tutela di diritti patrimoniali

Nell'ambito delle attività pubbliche *restrittive* dei diritti patrimoniali, infine, la Corte europea ha affermato, in materia di vincoli e procedure espropriative, a partire dal caso *Jokela*, che le privazioni del diritto al rispetto dei propri beni non sono di per sé contrari alla Cedu, in quanto rappresentano una espressione della sovranità dello Stato, ma, qualora implichino l'esercizio di poteri discrezionali, devono assicurare sufficiente equità. Esse non possono, pertanto, risultare legittime se adottate in carenza di procedimenti in contraddittorio rispettosi del principio della parità delle armi, che consentano alle parti di presentare i propri argomenti. Inoltre, esse possono essere disposte soltanto nei casi previsti dalla legge e soltanto ove risultino necessarie, laddove non sussistano altri strumenti a disposizione delle autorità pubbliche in grado di perseguire le medesime finalità producendo conseguenze meno penalizzanti.

In materia di vincoli urbanistici e paesaggistici, la Corte europea ha, poi, stabilito, a partire dal citato caso *Sporrong e Lönnroth*, che, in una materia tanto complessa e difficile come quella dello sviluppo delle grandi città, gli Stati godono di un ampio margine di

Copyleft – Ius Publicum

apprezzamento allo scopo di dare attuazione alle proprie politiche di pianificazione urbanistica. Occorre, tuttavia, assicurare un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e quelle di protezione dei diritti fondamentali degli individui. Con particolare riguardo all'apposizione di vincoli restrittivi della facoltà di godimento di immobili, soprattutto se preordinati all'espropriazione, le autorità pubbliche hanno un sicuro interesse a riservarsi il diritto di espropriare gli immobili di proprietà privata per dare attuazione ai propri piani. Non deve, tuttavia, essere esclusa la possibilità che siano riesaminati, a intervalli ragionevoli, gli interessi delle autorità e quelli dei proprietari degli immobili[31].

In materia di prelazione sulle opere d'arte, essa ha, inoltre, affermato, a partire dal caso *Beyeler*, che il controllo sul trasferimento della proprietà delle opere d'arte persegue un fine pubblico legittimo, rappresentato dall'esigenza di proteggere il patrimonio artistico e culturale. In particolare, anche alla luce della convenzione Unesco del 1970, le autorità pubbliche possono adottare misure finalizzate a facilitare nel modo più efficace un ampio accesso del pubblico alle opere d'arte, nel generale interesse alla cultura universale. Esse possono, pertanto, prevedere l'obbligo di una preventiva comunicazione dell'intenzione del venditore di cedere le opere d'arte, e la potestà richiedere ulteriori informazioni in merito all'identità e alla nazionalità del compratore. La potestà di prelazione, nondimeno, deve essere esercitata alle condizioni previste dal diritto, ed entro un termine ragionevole, senza prolungare oltre il necessario la condizione di incertezza delle parti in ordine alle facoltà dei proprietari[32].

In materia di autorizzazioni, la Corte europea ha affermato, a partire dal caso *Fredin*, che le autorità pubbliche possono procedere alla revoca o al riesame di

[31] *A contrario*, Corte eur. dir. uomo, sentenza 25 ottobre 1989, ricorso n. 10842/84, *Allan Jacobsson c. Svezia (n. 1)*.

[32] Corte eur. dir. uomo, sentenza 5 gennaio 2000, ricorso n. 43509/08, *Beyeler c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 28 giugno 2011, ricorso n. 28979/07, *Ruspoli Morenes c. Spagna*.

Copyleft – Ius Publicum

autorizzazioni o concessioni, a condizione che i relativi procedimenti siano condotti in buona fede, tenendo presente il legittimo affidamento del soggetto interessato[33]. Essa ha, in seguito, precisato, soprattutto nel caso *Capital Bank*, che le autorità competenti possono, in caso di crisi, procedere alla revoca delle autorizzazioni all'esercizio dell'attività bancaria e/o finanziaria, allo scopo di evitare danni irreparabili per le banche, i depositanti e gli altri creditori, ovvero del sistema bancario e finanziario nel suo complesso. Salvo nei casi di assoluta urgenza, tuttavia, è necessario che le autorità pubbliche assicurino comunque una qualche forma di garanzia procedimentale in favore dei soggetti interessati. In presenza di opzioni alternative, inoltre, le autorità pubbliche devono adottare le misure che incidano in misura minore sul diritto dei soggetti privati, e consentano a questi ultimi adeguate forme di partecipazione al procedimento[34].

In materia di procedure concorsuali, invece, la Corte europea ha statuito, con il recente caso *Družstevní Záložna Pria*, che i soggetti sottoposti a procedura concorsuale devono avere accesso a tutti i documenti e ad ogni altro materiale utile, compresi i documenti gestionali e contabili (*business and accountancy documents*). Il diritto di accesso non è assoluto; ogni limitazione deve essere tale, tuttavia, da non pregiudicare l'essenza stessa di un simile diritto. Quanto detto vale, in particolare, per i casi in cui l'accesso è consentito da un agente incaricato dalle autorità amministrative di controllo (*employee of a regulatory authority*). In questi casi, infatti, le autorità amministrative (*executive branch of the State*) possono pregiudicare l'esito della impugnazione semplicemente negando l'accesso ai documenti indispensabili dalle stesse detenuti. Il diniego dell'accesso deve

[33]Corte eur. dir. uomo, sentenza 18 febbraio 1991, ricorso n. 12033/86, *Fredin c. Svezia*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 29 novembre 1991, ricorso n. 12742/87, *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda*.

[34] Corte eur. dir. uomo, sentenza 24 novembre 2005, ricorso n. 49429/99, *Capital Bank AG c. Bulgaria*.

Copyleft – Ius Publicum

essere, quindi, soggetto a controllo giurisdizionale da parte di un organo indipendente (*judicial scrutiny by an independent tribunal*)[35].

3.4 Caratteri

Gli standard sui procedimenti restrittivi dei diritti Cedu a carattere sostanziale presentano due caratteri principali. In primo luogo, essi sono strutturalmente orientati ad assicurare il soddisfacimento materiale di simili diritti. Ne deriva, da un lato, che essi prevedono garanzie in funzione prevalentemente *protettiva*; dall'altro lato, che i diritti a carattere sostanziale si arricchiscono a loro volta di una componente a carattere procedimentale. In secondo luogo, gli standard presentano estensione e intensità differenziata in ragione della rilevanza dei diritti umani incisi e della gravità dell'incidenza. Ne consegue che le attività pubbliche incidenti in misura *più grave* su diritti *più rilevanti* sono, di regola, maggiormente e più intesamente procedimentalizzate. Da questi caratteri derivano due ulteriori corollari. Per il primo, le garanzie in parola appaiono astrattamente suscettibili di applicazione generalizzata a tutti i procedimenti restrittivi dei diritti Cedu a carattere sostanziale. Per il secondo, simili garanzie risultano concretamente idonee ad aumentare il tasso di procedimentalizzazione delle attività pubbliche, in funzione di una maggiore protezione dei diritti umani incisi.

[35] Corte eur. dir. uomo, sentenza 31 luglio 2008, ricorso n. 72034/01, *Družstevní Záložna Pria e altri c. Repubblica ceca*.

Copyleft – Ius Publicum

4. IL DIRITTO A UN GIUSTO PROCEDIMENTO AGGIUDICATORIO

Un ultimo gruppo di standard contempla, infine, un complesso di garanzie riconducibili al diritto Cedu ad un processo equo[36]. In termini generali, le disposizioni in questione sono state formulate con riguardo ai procedimenti giudiziari. La Corte europea ha, tuttavia, ammesso che trovino applicazione, più in generale, a tutti i procedimenti volti alla risoluzione di controversie, compresi, a determinate condizioni, anche i procedimenti amministrativi.

4.1 L'applicabilità del diritto ad un processo equo ai procedimenti amministrativi

Come abbiamo appena osservato, la Corte europea ha ammesso che gli standard scaturenti dal diritto a un processo equo trovino applicazione, oltre che ai procedimenti giudiziari in senso stretto, a tutti i procedimenti volti alla risoluzione di controversie, compresi, a determinate condizioni, anche i procedimenti amministrativi. In proposito, la Corte europea ha sviluppato il seguente criterio: i) qualora una decisione amministrativa risolutiva di una controversia è soggetta ad un controllo giurisdizionale successivo pienamente rispettoso del diritto ad un processo equo, non è necessario che il procedimento (amministrativo) che conduce all'emanazione di tale decisione sia anch'esso (pienamente) rispettoso di simile diritto; ii) al contrario, qualora una simile decisione non è soggetta ad alcun controllo giurisdizionale successivo, ovvero quest'ultimo non sia pienamente rispettoso del diritto ad un processo equo, è necessario che almeno il procedimento

[36] Art. 6, par. 1, Cedu.

Copyleft – Ius Publicum

(amministrativo) che conduce all'emanazione di tale decisione sia pienamente rispetto di simile diritto.

In definitiva, gli standard scaturenti dal diritto ad un processo equo possono trovare applicazione *anche* ai procedimenti amministrativi idonei alla risoluzione di controversie, ovverosia, *aggiudicatori*. Questi ultimi procedimenti, tuttavia, devono rispettare gli standard scaturenti dal diritto ad un processo equo *soltanto se* le decisioni emanate in esito agli stessi non sono soggette ad un successivo controllo giudiziario, ovvero se quest'ultimo non è pienamente rispettoso di tali standard. Da quanto detto deriva che ai procedimenti amministrativi aggiudicatori sono in astratto applicabili *tutti gli standard* scaturenti dal diritto ad un processo equo, naturalmente nella misura in cui risultino di fatto applicabili. Nella soluzione di specifiche controversie, la Corte europea ha, poi, formulato in concreto taluni *specifici standard* riguardanti determinati procedimenti amministrativi aggiudicatori.

4.2 Gli standard astrattamente applicabili ai procedimenti aggiudicatori

Riguardo gli standard *astrattamente applicabili* ai procedimenti aggiudicatori ccorre analizzare i presupposti di applicabilità degli standard e il loro contenuto prescrittivo. Quanto ai presupposti di applicabilità, la Corte europea ha adottato una particolare interpretazione della locuzione per cui ognuno ha diritto a che ogni *controversia* (che, secondo la Corte europea deve essere *genuina* e *seria*) avente ad oggetto diritti ed obbligazioni di carattere civile o accuse penali sia *decisa*. Al fine di stabilire se il procedimento trova applicazione ad un procedimento amministrativo occorre, pertanto, valutare a) se sussista una controversia (*an* della controversia); b) se la controversia è genuina e seria e riguarda situazioni soggettive riconosciute nell'ordinamento nazionale (*quomodo* della controversia); c) se le situazioni soggettive oggetto della controversia costituiscano diritti civili o accuse penali (*quid* della controversia).

Quanto, invece, al *contenuto prescrittivo* degli standard, in quanto astrattamente applicabili ai procedimenti amministrativi aggiudicatori. In proposito, la Corte europea ha

Copyleft – Ius Publicum

adottato una particolare interpretazione della locuzione per cui ognuno ha diritto a che la controversia, riguardante il proprio diritto o la propria accusa, sia *decisa*, e che ciò avvenga *equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole*, da parte di un *tribunale* che sia *indipendente, imparziale e previsto dalla legge*. Al fine di stabilire se il procedimento è conforme al diritto ad un processo equo, occorre, pertanto, valutare a) se sussiste una decisione nel merito della controversia (*an* della decisione); b) se le persone hanno la facoltà di ottenere una simile decisione (accesso alla decisione); c) se sussiste un tribunale dotato di sufficienti poteri decisionali (*quomodo* della decisione); d) se il tribunale è indipendente, imparziale e previsto dalla legge (*quomodo* del tribunale); e) se le persone hanno effettivamente accesso al procedimento (*an* del procedimento); f) se il procedimento è equo, pubblico (*quomodo* del procedimento).

4.3 Gli standard concretamente ritagliati sui procedimenti aggiudicatori

Riguardo, invece, i più specifici standard sui procedimenti amministrativi aggiudicatori, la Corte europea, ha assoggettato al diritto ad un processo equo almeno tre tipologie di procedimenti amministrativi: i) i procedimenti *sanzionatori* e *disciplinari*; ii) i procedimenti di *ricorso* e di *riesame*; iii) una congerie di procedimenti di diversa natura, quali procedimenti autorizzatori, concessori, pianificatori e dichiarativi, come i procedimenti di approvazione con efficacia costitutiva di contratti ad effetti reali riguardanti immobili[37], di autorizzazione all'esercizio di attività economiche (come una casa da giuoco[38]) o di concessione di benefici previdenziali o assistenziali (come pensioni di

[37] Corte eur. dir. uomo, sentenza 16 luglio 1971, ricorso n. 2614/65, *Ringeisen c. Austria*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 22 ottobre 1984, ricorso n. 8790/79, *Sramek c. Austria*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 3 ottobre 2000, ricorso n. 29477/95, *Eisenstecken c. Austria*.

[38] Corte eur. dir. uomo, sentenza 7 novembre 2000, ricorso n. 35605/97, *Kingsley c. Regno Unito*.

Copyleft – Ius Publicum

invalidità[39], sussidi per alloggi abitativi[40]), di approvazione di piani urbanistici costitutivi (o dichiarativi) di diritti di costruire[41], di applicazione di vincoli urbanistici finalizzati all'espropriazione[42], di approvazione di piani di consolidamento agrario ad efficacia reale[43], di emanazione di pareri vincolanti per l'organo decidente (ad esempio in materia di licenziamento di disabili[44]).

Una volta definito l'ambito di applicazione, la Corte europea ha, poi, formulato alcuni standard concretamente ritagliati sui procedimenti. In proposito, possono distinguersi almeno tre gruppi di standard. Un primo gruppo riguarda i poteri e l'organizzazione dell'organo decisionale. In proposito, la Corte europea ha formulato tre principi fondamentali. Innanzitutto, le decisioni adottate nell'ambito dei procedimenti aggiudicatori devono avere carattere definitivo e vincolante (ferma restando la possibilità che esse siano assoggettate ad un successivo controllo giurisdizionale). La Corte europea ha, in proposito, affermato, soprattutto nel caso *Van de Hurk*, che è inerente alla stessa nozione di "tribunale" la potestà di adottare decisioni vincolanti che non siano suscettibili di modifica da parte di ulteriori autorità non giudiziarie (*non-judicial authority*) in pregiudizio di una delle parti, laddove una simile potestà può essere concepita come una componente del requisito della indipendenza.

[39] Corte eur. dir. uomo, sentenza 21 luglio 2005, ricorso n. 52367/99, *Mihailov c. Bulgaria*.

[40] Corte eur. dir. uomo, sentenza 14 novembre 2006, ricorso n. 60860/00, *Tsfayo c. Regno unito*.

[41] Corte eur. dir. uomo, sentenza 25 novembre 1994, ricorso n. 12884/87, *Ortenberg c. Austria*.

[42] Corte eur. dir. uomo, sentenza 27 ottobre 1987, ricorso n. 10930/84, *Bodén c. Svezia*.

[43] Corte eur. dir. uomo, sentenza 23 aprile 1987, ricorso n. 9816/82, *Poiss c. Austria*, ; Corte eur. dir. uomo, sentenza 23 aprile 1987, ricorso n. 9273/81, *Ettl e altri c. Austria*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 23 aprile 1987, ricorso n. 9616/81, *Erkner e Hofauer c. Austria*.

[44] Corte eur. dir. uomo, sentenza 28 giugno 1990, ricorso n. 11761/85, *Obermeier c. Austria*.

Copyleft – Ius Publicum

Inoltre, gli organi decidenti devono presentare sufficienti garanzie di indipendenza dagli apparati politici e di imparzialità rispetto alle parti della controversia. La Corte europea ha, in proposito, specificato, con il caso *Benthem*, che occorre non soltanto che l'organo decisionale sia competente ad adottare una decisione definitiva nel merito della controversia, ma anche che lo stesso presenti taluni «caratteri comuni fondamentali, i più importanti dei quali sono indipendenza e imparzialità, nonché l'esistenza di garanzie del procedimento giudiziario». Infine, devono essere apprestate sufficienti garanzie di separazione organizzativa e funzionale dei componenti delle autorità decidenti rispetto agli apparati amministrativi parti della controversia. La Corte europea ha, pertanto, statuito, a partire dal caso *Ringeisen* che non assume particolare rilevanza il fatto che i funzionari che compongono le autorità decidenti si trovino in una posizione di subordinazione, in termini sia organizzativi che funzionali, rispetto ad apparati amministrativi. Essa ha, tuttavia, precisato, con il caso *Sramek*, richiamandosi al criterio delle apparenze, che, allorché l'apparato amministrativo cui il componente dell'organo decidente sia subordinato rappresenti una delle parti della controversia, le altre parti possono nutrire un dubbio legittimo in merito alla indipendenza dello stesso.

Con riguardo, poi, all'*articolazione* dei procedimenti aggiudicatori, la Corte europea ha stabilito, con il caso *Dubus*, che occorre assicurare una adeguata separazione tra attività istruttoria e decisoria dei procedimenti sanzionatori e disciplinari; con il caso *Messier*, che si deve garantire il rispetto dei principi del contraddittorio e della parità delle armi nell'ambito dei procedimenti sanzionatori; con il caso *Diennet*, che deve essere, infine, assicurata la pubblicità delle udienze nell'ambito dei procedimenti disciplinari. Con riguardo, infine, alla conclusione del procedimento, essa ha richiesto, con il caso *Geouffre de la Pradelle*, che le decisioni adottate in esito a procedimenti aggiudicatori devono essere comunicate agli interessati e rese conoscibili al pubblico, nonché, che i procedimenti aggiudicatori devono concludersi entro un termine ragionevole.Standard più specifici sui

Copyleft – Ius Publicum

procedimenti sanzionatori sono previsti nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulle sanzioni amministrative[45].

5. ESISTE UNA DISCIPLINA CEDU DEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI?

Come anticipato all'inizio, la tesi di fondo è che gli standard diano luogo, nel loro complesso, ad una vera e propria *disciplina Cedu dei procedimenti amministrativi*, come parte di una più ampia disciplina ultranazionale dei diritti umani sui procedimenti amministrativi, non molto dissimile dalle analoghe discipline (generali) previste nelle normative nazionali e ultrastatali, rispetto alle quali essa verrebbe, anzi, ad integrarsi dall'alto, rafforzandone la connotazione materialmente costituzionale.

5.1 I caratteri strutturali

Analizziamo dapprima i caratteri strutturali della disciplina. In proposito, possono evidenziarsi almeno cinque aspetti. Innanzitutto, simile disciplina, pur trovando fondamento nella *codificazione* dei diritti umani, si è successivamente sviluppata soprattutto per effetto della *applicazione* da parte della Corte europea, per trovare, infine, definitivo consolidamento e *attuazione* normativa in atti di indirizzo degli organi del Consiglio d'Europa. Lungi dal rimanere circoscritta alle scarne disposizioni procedimentali

[45] Principio 6, Consiglio dei ministri, *Recommendation No. R (91) 1 to member states on administrative sanctions*, cit.,

Copyleft – Ius Publicum

contenute nella Cedu, inoltre, la disciplina in esame è venuta a svilupparsi secondo tre linee direttrici principali. Lungo la prima, la Corte europea dei diritti dell'uomo ne ha *esteso* la sfera di azione. Lungo la seconda, essa ha *definito* il contenuto prescrittivo degli standard, delineando o puntualizzando il significato di espressioni come giudice indipendente e imparziale, ecc. Lungo la terza, infine, essa ha, per così dire, *intensificato* l'efficacia vincolante degli standard, a tal fine serrando il principio di proporzionalità, irrigidendo specifici requisiti o termini procedimentali, arricchendo il novero degli obblighi procedimentali delle autorità pubbliche. Né simili sviluppi si sono svolti in un vuoto storico-culturale, subendo, al contrario - anche in ragione della diversa origine ed estrazione culturale dei giudici, che le hanno fatte "pesare" nella soluzione delle controversie riguardanti i singoli Paesi - l'influenza di differenti tradizioni giuridiche, soprattutto europee.

Anche in ragione delle complesse modalità di formazione, la disciplina Cedu risulta, quindi, frantumata in un novero molto articolato di fonti giuridiche e composta di una notevole varietà di forme normative. In ragione di ciò, pertanto, la disciplina in esame proietta di sé un'immagine frammentata ed incerta, restituita dall'irregolare accostamento di forme e materiali (normativi) eterogenei, a tratti sovrapposti. A dispetto della frantumazione e della diversificazione normativa, la disciplina Cedu assume, nondimeno, connotazione *unitaria* e carattere tendenzialmente *generale*. Sotto il primo profilo, in particolare, essa si compone, infatti, di un complesso di standard scientificamente ordinabili e riconducibili ad un corpo normativo sistematico e coerente. Sotto il secondo profilo, invece, la disciplina Cedu risulta potenzialmente applicabile, ancorché con modalità e intensità ampiamente diversificate, a tutti i procedimenti astrattamente riconducibili nella sfera di azione della convenzione.

Sotto altro profilo, poi, la disciplina Cedu presenta carattere *neutrale* e *funzionale* e assume connotati *di sistema*. Dal primo punto di vista, essa appare, in effetti, costituita da un complesso di elementi normativi di base, definiti in ragione della particolare funzione cui sono preposti, a prescindere dalla specifica qualificazione che gli stessi assumono all'interno degli ordinamenti nazionali: la Corte europea, ha, in proposito, elaborato una propria nozione di controversia, decisione, tribunale indipendente e imparziale,

Copyleft – Ius Publicum

procedimento. Dal secondo punto di vista, invece, dopo aver posto gli elementi normativi di base, la disciplina Cedu stabilisce alcune relazioni invariabili tra gli stessi, ed innesta una specifica regolamentazione sia degli elementi che delle relazioni. Così facendo, simile disciplina dà luogo ad un autentico "sistema procedimentale", da intendersi come complesso autonomo ed organico di relazioni normative tra elementi giuridici di base intellegibile nel suo complesso, che consentono di configurarla come autentica *disciplina*.

Infine, la disciplina Cedu sui procedimenti amministrativi attribuisce una rilevanza centrale al procedimento e al processo. Per un verso, infatti, essa viene ad identificare il procedimento come strumento generale di azione delle autorità pubbliche. Stabilendo obblighi procedimentali, in sostanza, la Corte europea può meglio assicurare che le autorità nazionali assumano decisioni maggiormente rispettose dei diritti umani, al contempo esimendosi dal definire più complessi standard sostanziali. Per altro verso, la disciplina identifica sempre più chiaramente il processo come modello generale di riferimento dell'intera attività aggiudicatoria (giudiziaria o amministrativa). Questa forma di *processualizzazione* dell'attività aggiudicatoria ha un significativo impatto di sistema: essa favorisce il superamento concettuale della tradizionale distinzione tra procedimento amministrativo (come forma della funzione amministrativa) e processo (come forma della funzione giudiziaria).

5.2 I principi cardine

Passiamo, quindi, ad esaminare i principi cardine della disciplina Cedu sul procedimento. Un primo principio è rappresentato dall'apertura del procedimento alla partecipazione degli interessati. La partecipazione rappresenta, anzi, nella maggior parte dei casi, la ragione d'essere degli stessi standard, soprattutto per quelli derivanti dalle disposizioni a carattere sostanziale. E' assicurata da un complesso di strumenti principali, quali i) la comunicazione dell'avvio del procedimento, ii) l'accesso agli atti procedimentali rilevanti per l'assunzione della decisione finale, iii) la facoltà di presentare atti e memorie in forma scritta, iv) la facoltà di essere personalmente sentiti, v) la comunicazione della

Copyleft – Ius Publicum

decisione assunta. Persegue una finalità prevalentemente *difensiva* nei procedimenti aggiudicatori, nei procedimenti di rimedio avverso violazioni dei diritti Cedu, nonché in taluni procedimenti restrittivi di diritti Cedu a carattere sostanziale; una funzione anche *collaborativa* in altre categorie di procedimenti restrittivi di diritti Cedu a carattere sostanziale. Assume, infine, caratteri e intensità differenziate nelle diverse tipologie procedimentali. In termini generali, il concreto atteggiarsi del principio è scandito dalla valenza volta per volta rivestita dai due principi cardine del contraddittorio e della parità delle armi.

Un secondo principio è la terzietà degli organi decidenti. Simile principio è assicurato da un complesso di standard riconducibili ai principi i) della "previsione di legge", che racchiude gli standard afferenti alla costituzione, alle potestà e alla sfera di competenza degli organi decidenti; ii) dell'indipendenza, che raccoglie quelli afferenti ai rapporti istituzionali e organizzativi tra organi decidenti, e ai rapporti tra questi ultimi e altre autorità pubbliche a diverso titolo coinvolte nella decisione; iii) dell'imparzialità, che assomma quelli riguardanti le condizioni personali dei componenti degli organi decidenti, e i rapporti tra questi ultimi e gli altri soggetti coinvolti. Assolve alla funzione di assicurare l'*equidistanza* dell'organo decidente rispetto ai diversi interessi coinvolti nel procedimento; nonché di assicurare il maggior grado di adeguatezza, distacco ed *equilibrio* della decisione, come per i procedimenti di affidamento dei minori, di trattamenti terapeutici, di trattamento dei dati personali. Può assumere un grado di intensità differenziata nelle diverse tipologie procedimentali, per cui sono previsti requisiti più incisivi per i procedimenti aggiudicatori; requisiti ancora molto stringenti per quelli limitativi della libertà personale, di allontanamento degli stranieri, in materia di trattamenti terapeutici; requisiti più blandi per quelli restrittivi dei diritti a carattere patrimoniale.

Un terzo principio cardine della disciplina Cedu sul procedimento è quello della trasparenza dell'attività delle autorità pubbliche. La trasparenza è, quindi, concretamente attuata attraverso un complesso di standard, quali quelli che prevedono i) l'obbligo di motivazione delle decisioni; ii) la pronuncia in pubblico o, comunque, la pubblicazione, delle decisioni; iii) l'apertura al pubblico e l'oralità delle udienze; iv) l'accesso ai documenti amministrativi; v) la pubblicazione o diffusione di atti pubblici aventi interesse

Copyleft – Ius Publicum

per il pubblico. Anche la trasparenza assolve, nell'economia della disciplina ultranazionale, ad alcune funzioni principali. La funzione primaria è, indiscutibilmente, quella di consentire e valorizzare l'intervento dei soggetti privati nei procedimenti. Funzione concorrente è, poi, quella di assicurare il controllo della collettività sulle attività pubbliche. In questo senso, la trasparenza permette la realizzazione dei diritti umani in due modi: in via diretta, consentendo agli interessati una partecipazione informata ed effettiva; in via indiretta, favorendo la conservazione e il consolidamento delle istituzioni e della cultura democratiche, che rappresentano la condizione essenziale per la concreta protezione dei diritti umani. Infine, la trasparenza può assumere un grado di intensità differenziata nell'ambito delle diverse tipologie procedimentali.

Un quarto principio cardine è, infine, quello della *effettività*. Simile principio trova riconoscimento in almeno quattro "luoghi". Esso, infatti, connota il "diritto ad un rimedio" avverso le violazioni dei diritti umani[46], e richiede che sussistano mezzi idonei a dare un rimedio *effettivo* a simili violazioni; riguarda "il diritto ad una decisione", e richiede che le potestà degli organi decidenti nei procedimenti aggiudicatori assicurino l'adozione e l'esecuzione *effettiva* delle decisioni; si riferisce al criterio della proporzionalità, e richiede che l'attività delle autorità pubbliche sia *effettivamente* idonea al perseguimento dei propri fini; afferisce al contenuto minimo dei diritti, e impone che le restrizioni pubbliche non ne impediscano l'*effettivo* godimento. Anche l'effettività rappresenta, quindi, un principio diffuso, che permea l'intera disciplina ultranazionale, presenta un contenuto prescrittivo comune. Esso si identifica, infatti, nell'idoneità, talvolta l'adeguatezza, dei mezzi disponibili a realizzare il fine perseguito. L'effettività presenta, pertanto, due distinte anime, in apparente conflitto tra loro. Da un lato, essa si configura come un *criterio generale* di svolgimento delle attività pubbliche, e si sostanzia nei principi di efficacia, efficienza delle attività pubbliche. Dall'altro lato, invece, essa costituisce un *limite generale*

[46] Ai sensi dell'art. 13, Cedu.

Copyleft – Ius Publicum

di restrizione delle garanzie procedimentali degli interessati, e si sostanzia nel nucleo inderogabile e incomprimibile di facoltà procedimentali.

5.3 Questioni aperte e prospettive

Passiamo, da ultimo, ad isolarne alcune questioni aperte, nonché ad individuarne possibili sviluppi futuri. Una prima questione attiene al grado di procedimentalizzazione delle attività pubbliche, nonché al rapporto tra procedimentalizzazione e processualizzazione. Da un lato, per quanto la disciplina ultranazionale presenti una sfera di applicabilità *generale*, gli standard tratti dai diritti Cedu a carattere sostanziale sono stati fino ad ora applicati ad un numero relativamente ridotto di tipologie procedimentali. Quanto detto ha, pertanto, determinato un *difetto di procedimentalizzazione* (in funzione di protezione dei diritti umani) delle attività pubbliche non aggiudicatorie. Sotto il secondo profilo, invece, sebbene gli standard sui procedimenti aggiudicatori riguardino le attività volte alla soluzione di controversie, essi trovano talvolta applicazione anche ad attività comuni, quali procedimenti autorizzatori, concessori, ecc. Il che può, per parte sua, comportare un *eccesso di processualizzazione* delle attività pubbliche sostanzialmente non aggiudicatorie.

Ne discendono due profili problematici. Per il primo, il difetto di procedimentalizzazione delle attività non aggiudicatorie pregiudica la coerenza interna della stessa disciplina ultranazionale, e favorisce la indebita espansione del diritto ad un processo equo. Per il secondo, l'eccesso di processualizzazione delle attività non dirette alla soluzione di controversie rischia di aggravare inutilmente taluni procedimenti, e può mettere "sotto tensione" la stessa nozione di *procedimenti aggiudicatori*.

Altra questione riguarda, poi, la necessità di contemperare l'espansione dei diritti procedimentali con l'effettività dell'azione pubblica. In termini generali, l'espansione dei diritti procedimentali produce importanti benefici. Allo stesso tempo, tuttavia, una simile espansione può limitare o pregiudicare l'effettività dell'azione pubblica. Come si possono, allora, coniugare diritti procedimentali ed effettività? In proposito, la Corte europea ha

Copyleft – Ius Publicum

seguito due strade intersecantesi, ponendo uno sbarramento. Lungo la prima, essa ha, infatti, consentito che le facoltà procedimentali possano subire *restrizioni volte ad assicurare l'effettività* dell'azione pubblica; limitando, però, contestualmente l'ammissibilità di tali restrizioni a quanto strettamente necessario per conseguire l'effettività, e fatto salvo l'obbligo di assicurare il rispetto del contenuto minimo degli stessi diritti. Lungo la seconda, essa ha, invece, riconosciuto una sorta di vero e proprio *diritto all'effettività* dell'azione pubblica, ammettendo, però, restrizioni a simile diritto volte ad assicurare, tra l'altro, proprio la tutela di facoltà procedimentali delle parti o dei terzi.

Una terza questione attiene, infine, all'esigenza di coniugare l'unitarietà della disciplina ultranazionale con la differenziazione delle discipline nazionali sul procedimento. Come attribuire unitarietà alla disciplina ultranazionale nel contesto di una incisiva diversità delle discipline nazionali? E come conservare la diversità delle discipline nazionali nella concreta applicazione di una disciplina ultranazionale unitaria? Anche a questo proposito, la Corte europea ha seguito due strade. Lungo la prima, essa ha *esplicitato* soltanto un numero relativamente contenuto di standard, perlopiù già riconosciuti negli ordinamenti, e ha elaborato simili standard in termini *neutrali* rispetto alle dogmatiche dei diversi Stati, connotandoli, al contempo, di una matrice essenzialmente *funzionale*. Lungo la seconda, invece, la Corte europea ha *graduato* il margine di apprezzamento degli Stati in funzione del grado di divergenza dei singoli ordinamenti; ha, poi, *ri-qualificato* le fattispecie nazionali alla luce della nozioni autonome ultranazionali, lasciando intatte, per quanto possibile, le dogmatiche adottate nei diversi Stati; infine, si è spesso preoccupata di restringere l'ambito di azione delle proprie pronunce ai soli Stati direttamente interessati, evitando effetti di *spill-over* normativi su altri ordinamenti.

Riguardo, infine, le prospettive di sviluppo, un primo aspetto attiene alla rilevanza giuridica negli ordinamenti nazionali ed europeo. Sebbene, infatti, in termini formali, la disciplina discenda da fonti di diritto internazionale, si potrebbe ritenere, in termini sostanziali, che essa sia venuta, ormai, a rivestire una rilevanza *anche* materialmente costituzionale. In tal senso depongono una serie di indici. Innanzitutto, la disciplina ultranazionale discende dal riconoscimento dei diritti umani, i quali rappresentano "materia costituzionale". Standard analoghi a quelli ultranazionali, inoltre, trovano ormai

Copyleft – Ius Publicum

affermazione anche nella giurisprudenza e nella prassi nazionali, che contribuiscono, in tal modo, ad arricchire il corpo delle "tradizioni costituzionali" degli Stati. Nella quasi generalità degli ordinamenti, poi, la disciplina ultranazionale riveste un rango, quando non costituzionale, quanto meno super-legislativa. Una volta recepiti nel diritto europeo, infine, taluni standard penetrano di nuovo negli ordinamenti sotto-ordinati.

Da quanto osservato discendono due principali conseguenze. Per la prima, la disciplina ultranazionale dovrebbe venire a identificarsi come un *parametro* (interposto) di legittimità costituzionale o europea degli atti normativi. Il che consentirebbe, peraltro, di offrire una risposta teorica alla questione in ordine alla rilevanza costituzionale del principio del giusto procedimento. Per la seconda, le stesse discipline nazionali compatibili con, o attuative de, la disciplina ultranazionale potrebbero, a loro volta, beneficiare di una sorta di effetto costituzionalizzante, tale da renderle normativamente più "resistenti" ad abrogazioni, totali o parziali, esplicite o implicite, da parte di altre fonti primarie.

Un secondo profilo attiene, poi, alla capacità di penetrazione della disciplina Cedu sui procedimenti amministrativi negli ordinamenti nazionali ed europeo. In termini generali, la disciplina in esame tende, infatti, nel breve periodo, a *recedere* rispetto alle discipline nazionali ed europee sul procedimento amministrativo. Questo avviene, spesso, in ragione della ritrosia dei giudici e dei legislatori nazionali ad accogliere indicazioni (non strettamente vincolanti) da organismi ultrastatali, soprattutto se non politicamente legittimati; nel lungo periodo, tuttavia, simile disciplina tende a *prevalere* sulle discipline, determinandone l'adeguamento. E ciò a motivo, tra l'altro, della necessità di evitare (sempre più numerose e pesanti) sanzioni pecuniarie, di salvaguardare l'immagine internazionale del paese; nonché per effetto del recepimento degli standard nell'ordinamento UE, con la seguente imposizione negli ordinamenti nazionali.

In esito alle dinamiche rappresentate, in sostanza, le discipline nazionali possono temporaneamente disallinearsi rispetto a quella ultranazionale; a lungo andare, però, simile disallineamento viene normalmente riassorbito, di solito per l'adeguamento della disciplina nazionale, talvolta anche per l'arretramento di quella ultranazionale (come è avvenuto, ad esempio, in materia di affissione del crocifisso nelle aule scolastiche, che la Corte europea

Copyleft – Ius Publicum

ha dapprima ritenuto incompatibile con la libertà di religione e il principio di eguaglianza, per poi identificarla, al contrario, come particolare espressione dello stesso principio di laicità). Questo fenomeno dà, pertanto, luogo ad una particolare forma di *primazia* della disciplina Cedu rispetto a quelle nazionali ed europea, che presenta taluni caratteri particolari. Resta, allora, da chiedersi se non si possa già intravedere, nella imperfetta composizione degli standard ultranazionali sui diritti umani, l'ossatura di una neonata disciplina costituzionale europea e universale dei procedimenti amministrativi.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

HUMAN RIGHTS AND PUBLIC ADMINISTRATIONS

ANNUAL REPORT - 2013 - ITALY

(May 2013)

Dott. Marco PACINI

INDEX

1. SUBJECT MATTER AND PROBLEMATIC ISSUES

2. GENERAL PRINCIPLES GOVERNING PUBLIC ACTIVITIES

2.1 The notion of public authorities

2.2 General principles for the activities of public authorities

3. PROCEDURAL GUARANTEES FOR THE PROTECTION OF SUBSTANTIVE RIGHTS

3.1 Procedural guarantees for the protection of personal rights

3.2 Procedural guarantees for the protection of civil liberties

3.3 Procedural guarantees for the protection of property rights

3.4 General features

4. THE RIGHT TO FAIR ADJUDICATORY ADMINISTRATIVE PROCEDURE

4.1 Is the right to a fair trial applicable to administrative procedures?

4.2 Standards applicable in abstracto to administrative procedures

4.3 Standards purposely tailored on administrative procedures

5. DOES A ECHR REGIME OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES EXIST?

5.1 Structural features

5.2 Pivotal principles

5.3 Open issues and further perspectives

Copyleft – Ius Publicum

1. SUBJECT MATTER AND PROBLEMATIC ISSUES

Since the second half of the XXth century, activities carried out by public authorities and the relations with private parties are subject to a growing number of ultra-national standards (beyond those descending from the European Union), enshrined into intergovernmental treaties or set out by ultra-national bodies. In this context, ever growing relevance is being gained by ultra-national standards on human rights. These standards are firstly acknowledged in international conventions on human rights, among which the 1950 European Convention on Human Rights – ECHR and the 1966 United Nations Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR. Yet, they owe their noticeable diffusion to the implementation and specification put in place by the administrative or jurisdictional bodies set up by the conventions themselves, notably the European Court on Human Rights – ECtHR and the Human Rights Committee – UNCHR.

ECHR standards thus multiplying and spreading out rise some controversial issues. First of all, the ECHR only contains very few provisions regarding administrative procedures; the latter, altogether, are being the subject to ever more numerous judicial standards set out by the ECtHR. So, which types of administrative procedures are under the ECHR? What do these standards envisage? As aforementioned, the ECHR standards stem from a variety of legal sources, laid down by different bodies. So, what is to be intended as "standards"? Do they include only written provisions or also unwritten statements (like those settled down in the ECtHR case law)? What legal effects do they produce on national and supranational public authorities? Once set out, then, these standards penetrate the national and the EU legal orders. What are the mechanisms through which the ECHR directly imposes them to national legal orders? And how does it indirectly impose them onto ultra-national regimes?

The hypothesis will be developed that the ECHR gives rise to an authentic "ECHR legal regime on administrative procedures". This regime: i) stemming from written provisions, has then developed through judicial decisions; ii) rooted in continental and

Copyleft – Ius Publicum

common law legal traditions, has slowly forged an autonomous conceptual framework; iii) originally circumscribed to very few procedures, has in time widened its scope of action, strengthened its prescriptive force and restricted the margin of appreciation of States; iv) conceived of to operate at the international level, has progressively penetrated national and the EU legal orders; v) set up to be legally binding only upon national authorities, ended up to influence the EU and global entities; vii) built up to exert an essentially defense function of private persons, has step by step evolved into a legal machine enabling the public at large to participate to decision making processes and allowing public authorities to adopt complex decisions. In these terms, the ECHR legal regime on administrative procedures seem to work as the catalyst of a slow process of construction of an integrated regime on administrative procedures at the global stance.

2. GENERAL PRINCIPLES GOVERNING PUBLIC ACTIVITIES

In general terms, there exist at least four main groups of human rights standards on ad-ministrative procedures. The first group affects all types of administrative procedures and re-fer to the notion of public authority and the general principles on public activities.

2.1 The notion of public authorities

Firstly, the ECtHR elaborated a notion of "public authorities", which is material to determine the sphere of application of the standards. To this end, the Court adopted a functional interpretation of the ECHR provisions according to which, on the one hand, the

Copyleft – Ius Publicum

"States" recognize the rights and liberties enshrined in the Convention[1]; on the other hand, the Court itself may be invested of any application coming from, inter alia, "non governmental organizations"[2]. As a result, many acts are attributable to the States, including those adopted by the administrations of the State and of the local powers along with two other categories: i) acts of subjects which, despite being private in nature, are nonetheless subject to a derogatory regime and are placed under command and control of State or local public authorities (herein falling some publicly owned private companies[3] or professional councils[4]); ii) acts adopted by subjects which, despite being private in nature, and operating like private parties, carry out activities which are public in nature or were originally exerted by public authorities (herein falling some private teaching institutions[5], administrators of bankrupted companies[6], private law foundations acting in the public interest[7].

[1] Art. 1, ECHR

[2] Art. 34, ECHR

[3] ECHR, Judgement 30 november 2004, applications no. 35091/02 e altri, *Mykhaylenky e altri v. Ucraina*. Nello stesso senso, ECHR, Judgement 22 February 2005, application no. 47148/99, *Novoseletskiy v. Ucraina*; ECHR, Judgement 1° December 2009, application no. 31761/04, *Khachatryan v. Armenia*.

[4] ECHR, Judgement 23 November 1983, application no. 8919/80, *Van der Mussele v. Belgium*; ECHR, Judgement 24 February 1994, application no. 15450/89, *Casado Coca v. Spain*.

[5] ECHR, Judgement 25 March 1993, application no. 13134/87, *Costello-Roberts v. United Kingdom*.

[6] ECHR, Judgement 14 January 2010, application no. 54522/00, *Kotov v. Russia*.

[7] In ECHR, decisione 1° March 2005, application no. 22860/02, *Wos v. Polonia*.

Copyleft – Ius Publicum

As to the notion of non governmental organizations, the Court has recently made clear, following to the *Unedic* decision[8], that no such subjects are non governmental organizations as those sharing the exercise of public power (*puissance publique*) or carry out a public service under control of other authorities. Therefore, such subjects are "public authorities" as all the administrations of the State and of regional and local powers, together with subjects which, despite being regulated by private law, act in the pursuance of the general interest or anyway exert public activities under command and control of governmental bodies (herein falling companies carrying out public service in quasi-monopolistic conditions)[9]. Conversely, non governmental organizations are to be found in those subjects which, despite being public in nature, do not act in pursuance of the general interest or anyway do not exert public activities (herein falling few "moral entities"[10]); or those subjects which, despite pursuing the general interest, act under the private law in free competition conditions (like companies in charge of a public service which is not closed to free competition[11]).

In conclusion, the notion of public authorities brings together at least three categories of subjects: i) the State, local entities and public bodies which exercise public functions; ii) private companies subjected to a derogatory regime and placed under command and control by public authorities; iii) private companies in the exercise of public activities, especially where there are no free competition conditions. In these terms, the notion of public authorities presents three main features: a) it has a bipartite origin, descending as it does by the different definitions of State and non governmental organization; b) it features an ambivalent function, by serving as a criterion to single out

[8] ECHR, decisione 18 March 2009, application no. 20153/04, *Unédic v. France*.

[9] ECommHR, decisione 8 September 1997, application no. 35216/97, *Renfe v. Spain*.

[10] ECHR, Judgement 9 December 1994, applications no. 13092/87, 13984/88, *Santi monasteri v. Greece*.

[11] ECHR, Judgement 23 September 2003, application no. 53984/00, *Radio France v. France.*

Copyleft – Ius Publicum

subjects bound to respect human rights and those entitled to address the Court to declare their violations; c) it is composite-natured, as it brings together functional, normative and organic elements. Therefore, it is not very dissimilar from notions of public administrations spread throughout Europe.

2.2 General principles for the activities of public authorities

After defining what "public authorities" are, the EctHR has set out a number of principles on public activities. The first is the rule of law principle. In this context, the Court has drawn from the provision according to which civil liberties can only be limited in case provided for by the law, four fundamental principles: i) there fall into the notion of law every rule stemming from normative acts producing legal effects, including written law, case-law, bylaws, the EU law, international conventions[12]; ii) accessibility, clarity and foreseeability are to be ensured as basic characters of the law; iii) the rule of law imply the obligation to establish conditions and forms for exercising discretionary activities; iv) the rule of law even imply the obligation upon public authorities to set up appropriate procedural guarantees. In these terms, the rule of law principle implies not so much that public activities must be regulated by legislative provision as that they are subjected to the law; it is assumed within the conceptual framework of a monistic vision of the relations among legal orders; it is considered not only as the matrix of the formal equality principle but also as the source of limitations to public powers; it is built around both the existence and quality of the law.

The second principle is reasonableness and proportionality. In this context, the Court has drawn from the provision according to which the rights enshrined in the ECHR

[12] ECHR, Judgement 26 April 1979, application no. 6538/74, *Sunday Times v. United Kingdom*, ECHR, Judgement 24 April 1990, application no. 11801/85, *Kruslin v. France*, ECHR

Copyleft – Ius Publicum

are limited only when and to the extent that it is necessary in a democratic society three fundamental consequences: i) public authorities enjoy a margin of appreciation as to how ensuring the effective respect of the rights[13]; ii) the margin of appreciation finds a limit in that public authorities are bound to respect the reasonableness and proportionality; iii) the latter principles imply that constrains onto the rights have to pursue a legitimate aim and strike a fair balance between the general interest of society and the needs of protection of fundamental rights, notably by ensuring that a reasonable relation of proportionality is guaranteed among the means employed and aims pursued[14]. In these terms, reasonableness and proportionality are devised as judgemental criteria for balancing competing interests, and are then turned into general principles for public activities; they appear as two parts of a single principle finding application to all decision-making functions, either legislative, executive or judicial. The third principle is non discrimination, which is directly foreseen by the ECHR[15].

[13] ECHR, Judgement 7 December 1976, application no. 5493/72, *Handyside v. United Kingdom*.

[14] ECHR, Judgement 24 October 1986, application no. 9118/80 *Agosi v. United Kingdom*; ECHR, Judgement 18 January 2001, application no. 25154/94, *Jane Smith v. United Kingdom.*

[15] Art. 14, ECHR.

Copyleft – Ius Publicum

3. PROCEDURAL GUARANTEES FOR THE PROTECTION OF SUBSTANTIVE RIGHTS

A second group of standards includes procedural guarantees aimed at preventing violations of fundamental substantive rights. These standard are judicially drawn from ECHR provisions which foresee those rights and may find application to all public activities possibly determining constraints upon them.

3.1 Procedural guarantees for the protection of personal rights

With reference to procedures impinging upon personal rights, a first set of guarantees relate to child care. In this context, a few procedural standards are envisaged by specific international conventions[16] and the related implementing acts[17]. Nonetheless, the ECtHR has drawn similar standards from the ECHR right to respect of private and family life. Thus, it has stated, since the *B., W. and R case*, [18)] that, although Art. 8 of the ECHR does not contain explicit procedural requirements, nonetheless the procedure leading to decisions drawing on the relations between parents and children has: a) to be grounded on

[16] In particular, the 1967 European Convention on adoptions, the 1989 United Nations Convention on the rights of the Child and the 1996 European Convention on the Exercise of Children's Rights.

[17] Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation R(77)33, *on the placement of children*; Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation R(98)8, *on children's participation in family and social life*; Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation Rec (99)23, *on family reunion for refugees and other persons in need of international protection*; Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation Rec(2005)5, *on the rights of children living in residential institutions*.

[18] ECHR, Judgement 8 July 1987, applications no. 9840/82, 9749/82, 10496/83, *B., W., R. v. Regno unito*.

Copyleft – Ius Publicum

all relevant elements, non to one-sided, not to be or appear to be biased; b) to be fair and ensure the adequate respect for the competing interests of the parties; c) ensure that the interested parties be enabled to present their views, which are taken in consideration in the decision-making process, and be put in the condition to access an effective remedy. Similar standards have lately been set out by the UNCHR[19] and the UNCRC[20].

A second set of guarantees concern expulsion of aliens. In this context, a few procedural standards are expressly envisaged by the ECHR[21] and have found application in the EctHR case law[22] as well as in recommendation by the Committee of Ministers of the Council of Europe[23]. In addition to them, more standards are enshrined in the UN Convention against torture, according to which nobody can be expelled or extradited toward a State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture[24]. Thus, the Court has drawn similar standard from the ECHR Article 3 prohibition of torture. Therefore, it has stated, since the *Soering* case[25], that national authorities are bound to avoid expelling aliens when there substantial grounds for

[19] UNCHR, *General Comment* 7 April 1989, no. 17: *Rights of the child (Art. 24).*

[20] UNCRC, *General Comment* 20 September 2006, no. 7: *Implementing child rights in early childhood*, ### /Rev.1.

[21] Art. 1, par. 2, Protocol 7, ECHR.

[22] ECHR, Judgement 21 October 1997, application no. 25404/94, *Boujlifa v. Francia*; ECHR, Judgement 18 October 2006, application no. 46410/99, *Üner v. Paesi Bassi*.

[23] Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation Rec(80)9E, *concerning extradition to states not party to the European Convention on Human Rights*; Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation Rec(98)13E, *on the right of rejected asylum seekers to an effective remedy against decisions on expulsion in the context of Article 3 of the European Convention on Human Rights*.

[24] Art. 3, United Nation Convention against Torture..

[25] ECHR, Judgement 7 July 1989, application no. 14038/88, *Soering*.

Copyleft – Ius Publicum

believing that he would be in danger of being tortured. Standard of the same type have then been set out by the UN Committee against Torture[26] and the UNCHR[27].

A third set of guarantees concern medical treatments. Also in this area, a few standards are already envisaged by the 1997 Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine or laid down in recommendations by institutional organs of international organizations[28]. Referring to that Convention, the Court drawn similar standards on therapeutic abortion from the right to respect of private and family life. Therefore, it has requested, in the *Tysiac* case[29]: a) that procedures in this field be set up so as to ensure that any pregnant woman is personally heard on the opportunity to proceed to abortion and that her view is taken into account; b) that the decisions be adequately reasoned; c) that, due to the crucial importance of timing, decision regarding abortion be taken timely, so as to curb and prevent damages to the pregnant woman.

3.2 Procedural guarantees for the protection of civil liberties

With reference to procedures impinging upon civil liberties, a first group of standards concern searches and seizures. In this area, the ECtHR has stated, since the *Niemietz* case but particularly with the *Buck* case, that such procedures ought to be conducted exclusively for relevant and sufficient reasons and comply with proportionality. On this subject, the general legal framework and the single procedures should be examined

[26] UN Committee against Torture, *General Comment No. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22*, 21 November 1997.

[27] UNCHR, *General comment no. 15*, 11 April 1986.

[28] UNESCO, *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, 11 November 1997.

[29] ECHR, Judgement 20 March 2007, application no. 5410/03, *Tysiac v. Polonia*.

Copyleft – Ius Publicum

separately. Under the first point, the relevant legislation should afford adequate and effective protection against abuses. Under the second point, any single procedure should be carried out in a way that reduces its impact within reasonable bounds. To this end, competent authorities should keep to the subject matter and the conditions established in the related authorizations, and should take account of many different factors, including seriousness of the violations, relevance of the evidence already taken, consequences on reputation of those affected.

A second group of standards concern regulation and control of dangerous and polluting activities. In this field, the ECtHR has established, particularly with the *Hatton* case, that, with a view to evaluate compliance with the ECHR of decisions having a noticeable impact on the environment, all procedural elements should be taken into account, including the type of policy and the nature of decision to be taken as well as the degree to which those affected are enabled to take part to the decision-making process. More in details, public authorities are called to strike a fair balance among the competing interests involved in the matter, even by carrying out studies and surveys. Moreover, it is mandatory to let the public access the results of such studies and surveys, as well as to any relevant information which might allow those affected to evaluate the dangers to which they are exposed. Furthermore, interested subjects should be put in condition to proceed in court against the acts of public authorities allegedly taken without giving sufficient weight to their allegations.

Standards similar to those aforementioned were subsequently declared applicable by the ECtHR to rule-making procedures, as it was the case for artificial insemination legislation. In this subject, since the *Evans* case the Court has declared that there is no violation of the ECHR right to respect of private and family life where national legislative acts are adopted as a result of procedures in which in-depth studies and inquiries are carried out on the major critical issues, adequate consultations of those interested are undertaken and the opportunity for private individuals to the be adequately informed on the

Copyleft – Ius Publicum

consequences of their choices is guaranteed[30]. More detailed standards are laid down in recommendations by international organizations. In line with this, the Committee of Ministers of the Council of Europe has set out a group of standards on administrative procedures affecting a large number of persons, of which it analytically identified the scope of application and regulated the issues regarding prior information of the beginning of the procedure, access to public documents, participation of private individuals, adoption of final decision, reasoning and notification of the latter, remedies against violation[31].

A fourth group of standards regard cases where public administrations is called to certify or to register private status or conditions. In this subject, the Court has stated, in particular since the *Ramazanova* case, that the competent authorities omitting or delaying registering professionals or private entities in public lists or registers represents an interference into the privates' rights, notably the right to association. Consequently, listing and registering procedures must be terminated with a reasonable time provided for by the law. In this subject, unreasonable delays cannot be justified on account of heavy workloads while national authorities are bound to organize their state-registration systems as well as to adopt effective measures so as to ensure that the competent authorities do not step over reasonable delays.

3.3 Procedural guarantees for the protection of property rights

With reference to procedures impinging upon property rights, the ECtHR has set out a number of common principles and has then developed a few standards regarding specific subjects and procedures. The Court has therefore stated, since the *Jokela* case, that

[30] ECHR, Judgement 10 April 2007, application no. 6339/05, *Evans v. Regno Unito*.

[31] *Recommendation no. R (87) 16 of the Committee of Ministers to member states on administrative proECHRres affecting a large number of persons,* 17 October 1987.

Copyleft – Ius Publicum

restrictions upon the right to property are not in themselves contrary to the ECHR, because they are expression of State sovereignty. Nonetheless, whenever discretionary powers are employed, public authorities are called to act fairly. Therefore, decisions imposing restrictions on property rights are illegitimate if taken absent procedures respectful of the equality of arms principle and enabling the parties to express their observations. Moreover, only those restrictions may be imposed which are provided for by the law and are strictly necessary and where no alternative means would be at hands to attain the same result producing the least possible impact on personal conditions of those affected. Similar standards have been set out regarding seizures, confiscation and forced transferal of goods.

Regarding urban planning and landscape protection, the ECtHR has affirmed, since the *Sporrong e Lönnroth* case, that, in such complex fields as development of big cities, State parties enjoy a wide margin of appreciation in implementing their urban planning policies. Nonetheless, a fair balance must be struck between the needs of general interest and the protection of fundamental rights. In particular, with regard to restrictions on the right to enjoy one's own possessions, especially when pre-ordinated to expropriations, public authorities hold the interest to expropriate private estates with a view to implementing urban plans. Nonetheless, there should not be excluded that the public interests pursued by public authorities and those of private parties are re-examined at regular intervals during the period of validity of the issue[32]. Standards similar to those aforementioned have been set out in the context of rescissions on contracts and fiscal confiscations[33].

Regarding State pre-emption right of works of art, the Court has stated, especially in the *Beyeler* case, that control over the transfer of works of art pursues a legitimate public

[32] *A contrario*, ECHR, Judgement 25 October 1989, application no. 10842/84, *Allan Jacobsson v. Svezia (no. 1)*.

[33] ECHR, Judgement 23 February 1995, application no. 15375/89, *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Paesi Bassi*.

Copyleft – Ius Publicum

interest, notably the need to protect the artistic and cultural heritage. In particular, even in the light of the 1970 Unesco Convention, public authorities are allowed to adopt measures aimed at facilitating in the most efficient way wide access of the public to the works of arts, that in the general interest to universal culture. Therefore, they are allowed to require prior communication of the intention to sell works of art and to ask for further information as to the purchaser's identity and nationality. Nonetheless, the right to pre-emption is exercised upon the conditions provided for by the law and within a reasonable time, without prolonging beyond what is necessary the status of uncertainty of the parties as to the power to enjoy and transfer one's property[34].

Concerning exercise of private economic activities, the Court has stated, since the *Fredin* case, that public authorities are allowed to revoke or re-examine licenses, concessions or claims previously issued provided that related procedures are conducted in good faith, taking into account the legitimate expectations of those interested[35]. Thereafter, it has specified, in the *Capital Bank* case, that competent authorities have the power, in case of crisis, to revoke licenses to exercise banking or financial activities with a view to preventing serious damages to banks, depositors and other creditors, or to the whole banking and financial system. Except for in cases of overarching urgency, public authorities are called to guarantee a minimum degree of procedural safeguards in favor of those interested. Moreover, should alternative options be available, public authorities should give precedence to solutions impinging to the least extent on private rights and conferring upon those interested to adequately participate to the decision-making procedure[36].

[34] ECHR, Judgement 5 January 2000, application no. 43509/08, *Beyeler v. Italia*; ECHR, Judgement 28 June 2011, application no. 28979/07, *Ruspoli Morenes v. Spagna*.

[35] ECHR, Judgement 18 February 1991, application no. 12033/86, *Fredin v. Svezia*; ECHR, Judgement 29 November 1991, application no. 12742/87, *Pine Valley Developments Ltd e altri v. Irlanda*.

[36] ECHR, Judgement 24 November 2005, application no. 49429/99, *Capital Bank AG v. Bulgaria*.

Copyleft – Ius Publicum

With reference to bankruptcy or special procedures, instead, the Court has affirmed, in particular in the late *Družstevní Záložna Pria* case, that private companies under bankruptcy procedure must be given access to any relevant documents, including business and accountancy documents. Nonetheless, the right to access is not absolute; however, any limitation should not jeopardize the essence of the right. This is particularly the case where access is consented by a employee of a regulatory authority. In these cases, the executive branch of the State might put at risk the result of a judicial recourse simply by denying access to absolutely necessary documents detained by them. Deny of access must therefore be subject to judicial scrutiny by an independent tribunal[37]. Lastly, the Court has stated, e.g. in the *Bruncrona* case, that public authorities may one-sidedly interrupt or revoke financial contributions, provided that those interested receive communication of the start of the procedure and are admitted to present their views[38].

3.4 General features

In the light of the aforementioned, standards on administrative procedures imposing limitations on ECHR substantial rights display two main features. In the first place, these standards are structurally oriented to ensuring the concrete fulfillment of those rights. This means, on the one hand, that they result in mainly a protection-oriented guarantees (even if non always defensive-oriented); on the other hand, that substantial rights get enriched with a procedural component. In the second place, standards feature variable width and intensity depending on the relevance of the human rights impinged upon as well as of seriousness of the impingement. This means the public activities impinging most seriously upon relevant rights are, normally, subject to a higher level of

[37] ECHR, Judgement 31 July 2008, application no. 72034/01, *Družstevní Záložna Pria e altri v. Repubblica ceca*.

[38] ECHR, Judgement 16 November 2004, application no. 41673/98, *Bruncrona v. Finlandia*.

Copyleft – Ius Publicum

proceduralization, with two consequences. On the one side, procedural guarantees are likely to be generally applied to all procedures imposing limitations on substantial rights; on the other side, those guarantees appear concretely suitable to enhance the level of proceduralization of public activities aiming at a higher protection of human rights.

4. THE RIGHT TO FAIR ADJUDICATORY ADMINISTRATIVE PROCEDURE

A second group of standards include a set of guarantees descending from an authentic procedural right, the ECHR right to a fair trial. As a matter of fact, according to the ECHR, «in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law»[39]. In general terms, the provision at stake was laid down with specific reference to judicial proceedings, either civil, criminal or administrative. The Court has, nonetheless, admitted that the latter find application, more generally, to every procedures aiming at adjudicating disputes, including, under certain conditions, administrative procedures. In this light, procedures falling into the area of application of these standards can be conventionally named adjudicatory procedures. These standards are, therefore, functionally different from the aforementioned procedures imposing restrictions upon substantive human rights.

[39] Art. 6, par. 1, ECHR.

Copyleft – Ius Publicum

4.1 Is the right to a fair trial applicable to administrative procedures?

As just seen, the Court has admitted that standards deriving from the right to a fair trial may be applicable, beyond judicial proceedings, to all procedures aimed at adjudicating disputes, including, under certain conditions, administrative procedures. To this end, the Court has elaborated the following criterion: i) when an administrative decision adjudicating a dispute is subject to a following judicial control fully compliant with the right to a fair trial, then it is not necessary that the administrative procedure leading to that decision be fully compliant with the same right; ii) conversely, when such a decision is not subject to any subsequent judicial control or the latter is not fully compliant with the right to a fair trial, then it is necessary that at least the administrative procedure leading to the decision be fully compliant with that right.

Following to the application of this criterion, the standards deriving from the right to a fair trial may find application to administrative procedures suitable to adjudicate disputes, that is to say to adjudicatory administrative procedures. Yet, these procedures are to comply with the right to a fair trial only where the final decisions are not subject to a subsequent judicial control, or the latter is not fully compliant with those standards. This implies that adjudicatory administrative procedures could *in abstracto* be subject to *every single* standard deriving from the right to a fair trial (provided that they appear to be fit to case at stake). In judging single disputes arisen before it, yet, the Court has in time set out a few particular standard, regarding certain adjudicatory administrative procedures. In order to find out what the standards covering administrative procedures are, it is therefore necessary, at first step, to outline the scope of application and the prescriptive contents of the standards as *in abstracto* applicable to all adjudicatory administrative procedure; at second step, to take into account more analytically standards set out *in concreto* with reference to particular procedures.

Copyleft – Ius Publicum

4.2 Standards applicable in abstracto to administrative procedures

With reference to standards finding *in abstracto* application to adjudicatory administrative procedures, it is necessary to distinguish applicability requirements from their prescriptive contents. As to the first, the Court has adopted a particular interpretation of the sentence according to which any *dispute* (which, in the Court's view, must be *genuine* and of a *serious nature*) drawing on civil rights and obligation or on a criminal charge must be *determined*. To establish if the right to a fair trial covers a particular administrative procedure it is therefore necessary to ascertain a) whether there is a dispute; b) whether the dispute is genuine and of a serious nature and draws on private expectations recognized as relevant within the national legal order; c) whether those private expectations qualify as civil rights or criminal charges.

As to the second point, the Court has adopted a particular interpretation of the sentence according to which everyone is entitled to a fair and public trial within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by the law. In order to establish whether a procedure is compliant with the right to a fair trial, it is necessary to verify: a) if there exist a decision into the merit of a dispute; b) if those affected has the right to have that dispute determined by such a decision; c) if there exists a tribunal endowed with sufficient decisional power, including the power to find a violation, to redress the victim, to guarantee the effective execution of the final decision; d) if the tribunal is effectively independent, impartial and provided for by the law; e) if those affected have effective access to the procedure, f) if the procedure is fair and public and come to conclusion within a reasonable time.

4.3 Standards purposely tailored on administrative procedures

Turning to the standards purposely tailored on adjudicatory administrative procedures, the scope of application and the prescriptive contents are to be examined separately. As to the scope of application, the Court has subjected to the right to a fair trial standards at least three types of administrative procedures: i) sanction and disciplinary

Copyleft – Ius Publicum

procedures; ii) appeal procedures and those following to a request for examination; iii) a set of variously-natured procedures leading to licenses, authorizations, apportionment of funds, approval of urban plans and so on, as it has been, e.g., for those aimed at approving of real-estate agreements[40], licensing economic activities (including games[41]), paying social security allowances (including pensions benefits[42], and social housing[43]), approving urban plans[44], imposing bans on buildings prior to expropriation[45], approving farmer's consolidation plans[46], issuing binding opinions (e.g. on the possibility to dismiss disabled workers[47]).

After delimiting the scope of application, the Court ha set out a few standards specifically concerning adjudicatory procedures. At least three different groups of standards may be found. As to the the powers and the internal organization of the decisional body, the Court has laid down three main principles. Firstly, decisions adopted at the end of adjudicatory procedures must be definitive and binding (unless they are subsequently

[40] ECHR, Judgement 16 July 1971, application no. 2614/65, *Ringeisen v. Austria*; ECHR, Judgement 22 October 1984, application no. 8790/79, *Sramek v. Austria*; ECHR, Judgement 3 October 2000, application no. 29477/95, *Eisenstecken v. Austria*.

[41] ECHR, Judgement 7 November 2000, application no. 35605/97, *Kingsley v. Regno Unito*.

[42] ECHR, Judgement 21 July 2005, application no. 52367/99, *Mihailov v. Bulgaria*.

[43] ECHR, Judgement 14 November 2006, application no. 60860/00, *Tsfayo v. Regno unito*.

[44] ECHR, Judgement 25 November 1994, application no. 12884/87, *Ortenberg v. Austria*.

[45] ECHR, Judgement 27 October 1987, application no. 10930/84, *Bodén v. Svezia*.

[46] ECHR, Judgement 23 April 1987, application no. 9816/82, *Poiss v. Austria*, ; ECHR, Judgement 23 April 1987, application no. 9273/81, *Ettl e altri v. Austria*; ECHR, Judgement 23 April 1987, application no. 9616/81, *Erkner e Hofauer v. Austria*.

[47] ECHR, Judgement 28 June 1990, application no. 11761/85, *Obermeier v. Austria*.

Copyleft – Ius Publicum

subject to judicial control). On the subject, the Court has stated, since the *Van de Hurk* case, that it is inherent to the notion of tribunal the power to adopt decisions binding upon the parties and not subject to revocation or amendment on the part of other non-judicial authorities in prejudice to one of the parties; this power being conceived of as a fundamental consequence of the principle of independence.

Moreover, decisional bodies must afford sufficient guarantees of independence in respect to political institutions and of impartiality in respect to public authorities when they are parties to the dispute. On the subject, the Court has specified, particularly in the *Benthem* case, that, for the right to a fair trial to be fully complied with, it is necessary not only that the decisional body have the power to adopt a final decision in the merits of the dispute, but also that it presents some common fundamental features, the most important of which are independence and impartiality as well as the existence of the guarantees of the judicial proceedings. Finally, there must be afforded sufficient guarantees that the components of the decisional bodies are organically and functionally separated from the public administrations when parties to the dispute. The Court has, therefore, declared, starting from the *Ringeisen* case, that it is not of central importance the fact that those taking part to decisional bodies are subordinated to public authorities, in terms of their duties and the organisation of their service. Yet it has specified, in particular after the *Sramek* case, referring to the "theory of appearances", that, when the public administrations the employee of which takes part to the decisional body, the other parties may legitimately doubt on the independence of the decisional body itself.

Furthermore, concerning the structure of adjudicatory administrative procedures, the Court has found, in the *Dubus* case, that an adequate separation must be ensured, in the context of sanction and disciplinary procedures, between the preparatory phase and the decision phase; in the *Messier* case, that full respect must be given to the principles of adversarial proceedings and equality of arms; in the *Diennet* case, that adequate publicity of the hearings must be guaranteed in disciplinary proceedings. Lastly, regarding the conclusion of the procedures, the Court requested, especially in the *Geouffre de la Pradelle* case, that, once adopted, administrative decisions must be notified to those affected and communicated to the public at large, while adjudicatory procedures must be closed within a

Copyleft – Ius Publicum

reasonable time. More specific standards on sanction proceedings have then been laid down in the Council of Europe Recommendation on administrative sanctions[48].

5. DOES A ECHR REGIME OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES EXIST?

As anticipated at the outset, the hypothesis of this study is that the standards here examined would give rise to an authentic ECHR regime of administrative procedures, as part of a wider international human rights regime. The ECHR regime would not be dissimilar from analogous general regimes enshrined into national or ultranational legal frameworks, to which it would be integrated from above, thus strengthening the substantially constitutional nature.

5.1 Structural features

The ECHR regime on administrative procedures display five main features. In the first place, that regime originally grounded on codification of human rights into the ECHR, has subsequently developed especiallyby its judicial application, only to end up by finding a definitive consolidation into recommendations of institutional organs of the Council of

[48] Principles 6, Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation No. R (91) 1 to member states on administrative sanctions*, cit.,

Copyleft – Ius Publicum

Europe. Far from remaining limited to the bare ECHR provisions, it went further developing along three main lines. Thus the Court has expanded its scope of application; has specified its prescriptive contents, e.g. by pointing out the meaning of such expressions as "independent and impartial tribunal"; has intensified the standards binding force, either by tightening the proportionality principle, stiffening particular requirements or procedural terms, widening the group of procedural obligations set on public authorities. Nor did these developments take place in a historical-cultural vacuum, the Court being placed under the influence of different European legal traditions.

As a result of these complex origins, the ECHR regime appears to be broken up into a noticeably high number of legal sources and to bring together a set of different normative provisions; thus rendering a fragmented and uncertain image of itself, descending from the irregular combination of heterogeneous, sometimes overlapping, legal materials. Despite being internally fragmented and diversified, the ECHR regime assumes, nonetheless, a unitary and coherent shape along with a general scope of application. In more detailed terms, on the one side, the regime appears to be made out of a complex of standards scientifically sortable and amenable to a systematic and harmonious normative body. On the other side, the ECHR regime is potentially applicable, though with varying means and intensity, to all administrative procedures falling within the ECHR scope of application.

Moreover, the ECHR regime features a neutral and functional character and assumes the nature of a "system". Under the first point, in fact, it appears to bring together a set of basic normative elements, defined on the basis of the functions which they are built up for, not depending upon their specific qualification within the national legal orders: along this path, the Court has elaborated its own notion of dispute, decision, independent and impartial tribunal, procedure and so on. Under the second point, after laying down those normative elements, the Court has established a few invariable relations among them and has inserted specific rules on those elements and reciprocal relations. In this way, the ECHR regime gives birth to an authentic "procedural system", that is to say an autonomous and organic group of normative relations among basic elements which are intelligible in their complex and let it to be conceived of as a regime.

Copyleft – Ius Publicum

Lastly, the ECHR regime on administrative procedures tributes central importance to proceedings and procedure. On the one hand, it goes as far as to identify the procedure as the general way of action of public authorities. By establishing procedural obligations, in fact, the Court can more easily be sure that national authorities will adopt decisions better compliant with human rights, meanwhile avoiding to set out more complicated standards. On the other hand, the regime identifies ever more clearly the proceedings as the general model to which the entire adjudicatory activity, either judicial or administrative, should stick to. Proceduralization of public activities brings about a significant systemic impact: it helps overcome the traditional distinction between administrative procedure and proceedings.

5.2 Pivotal principles

The first pivotal principle of the ECHR regime is participation. Participation represents, in fact, the *raison d'être* of most procedural standards, especially for those descending from ECHR substantial rights. Participation is ensured in the ECtHR case-law by means of a set of instruments, notably i) by informing those interested of the beginning of the procedure; ii) by allowing them to access all relevant documents; iii) by allowing them to present written observations; iv) by allowing them to be personally heard; v) by notifying of the final decision. In these terms, participation assumes a defense function in adjudicatory procedures as well as in some restrictive procedures and a cooperation function in other restrictive procedures. Lastly, participation may have different dimensions depending on the role assumed case by case by the two crucial principles of adversarial proceedings and equality of arms.

The second pivotal principle is equidistance of the decisional body. Equidistance is ensured by a set of principles, notably i) the "provided for by the law" principles, which brings together standards regarding the powers and the scope of actions of decisional bodies; ii) independence, which brings together standards on institutional and organizational relations among decisional bodies and the relations among the latter and

Copyleft – Ius Publicum

other authorities involved in the decision-making process; iii) impartiality, which groups up standards concerning personal conditions of the members of the decisional bodies and the relations among the latter and private parties. Equidistance is functional to ensure that the decisional body is unbiased in respect of the parties as well as to guarantee the most attainable degree of properness and balance in the decision.

The third pivotal principle is transparency of public authorities' activity. Transparency in ensured through a set of standards, providing for: i) decisions to be adequately reasoned; ii) decisions to be delivered in public or published; iii) hearings to be kept openly; iv) access to administrative documents; v) publicly relevant documents to be published or widely accessible by the general public. Also transparency is functional to different ends, including enhancing the opportunity for the public to take part to the decision-making procedure and exerting control over public activities. Thus, transparency allows for human rights protection in two ways: directly, by letting those interested to effectively and actively participate; indirectly, supporting the consolidation of democratic institutions and culture, counting among the essential conditions for concretely protecting human rights.

The fourth pivotal principal is effectiveness of public activities. Effectiveness finds acknowledgment in four places: as to the first, everyone has the right to an effective remedy against human rights violations; as to the second, the right to a fair trial includes the right to have a dispute effectively determined; as to the third, the principle of proportionality demands for decisions imposing restrictions upon rights to be effectively able to attain the aims pursued; as to the fourth, restrictions upon human rights cannot go so far as to deprive rights holders of the effective enjoyment of those rights. As it is for transparency, also effectiveness is a widespread principle permeating the overall ECHR regime. In these terms, transparency is made out of two distinct cores apparently in conflict among themselves. On the one hand, it can be seen as a general criterion for conducting public activities, and is approximately substantiated in the efficacy and efficiency of public action; on the other hand it represents the threshold beyond which procedural rights cannot be restricted, and is substantiated in the hardcore of procedural guarantees of private parties.

Copyleft – Ius Publicum

5.3 Open issues and further perspectives

Once examined the main features of the ECHR regime on administrative procedures, let us isolate a few open issues and figure out possible future outcomes. A first issue draws on the degree of proceduralization of public activities and on the relations between the latter and processualization. On the one hand, despite the ultra-national regime's scope of application being general, standards drawn from the ECHR substantial rights have insofar been applied to a relatively limited number of procedures. This has, therefore, implied a lack in proceduralization of non adjudicatory public activities. On the other hand, instead, despite standards on adjudicatory procedures being envisaged fo activities aimed at solving disputes, they have sometimes been applied to common public activities, like license and authorization procedures. This has, on its part, purported an excess in processualization of essentially non adjudicatory public activities. Then, two problematic issues arise. Firstly, the lack of proceduralization of non adjudicatory activities risks to jeopardize the internal coherence of the ECHR regime and favor an unduly expansion of the right to a fair trial. Secondly, the excess of processualization risks to overly burden non adjudicatory procedures and to "put under pressure" the very notion of adjudicatory procedures.

A second issue deals with the necessity to balance procedural rights expansion with public action effectiveness. In the general terms, while entailing significant benefits, the expansion of procedural rights risks limiting or jeopardizing public action effectiveness, particularly by delaying the decision-making processes. How is it possible, then, to join procedural rights and effectiveness? The Court followed two separated but partially overlapping paths while imposing a barrage. Along the first path, it has allowed for procedural rights to be subject to such restrictions as are necessary to ensure public action effectiveness; but at the same time it has admitted those restrictions to the extent strictly necessary to attain effectiveness while ensuring respect of the essential core of those rights. Along the second path, instead, it has acknowledged an authentic "right to public action effectiveness"; but at the same time it has admitted for this right to be subject to such restrictions as are necessary to ensure procedural rights of the parties and others. To sum up: on effectiveness grounds procedural guarantees may sometimes be reduced but only so

Copyleft – Ius Publicum

far as to protect the essential core of the rights, beyond which improving public action effectiveness becomes mandatory.

A third issues regards the need for combining the unity of the ECHR regime and the differentiation internal to national regimes on administrative procedures. In other words, how to confer unity to the ECHR regime in the framework of a noticeable variety of national laws? And how to preserve diversity of national laws while giving concrete application to a sole ultra-national regime? In this context as well, the Court has followed two paths. Along the first path, it has explicited only a relatively low number of standards, most of which widely known in national legal orders; it has elaborated those standards in neutral terms, detached from the theoretical assumptions adopted by the States; it has, at the same time, conferred upon those standards an essentially functional character. Along the second path, instead, the Court has graduated the State margin of appreciation in relation to the degree of divergence of the single legal orders; it has, then, newly legally qualified national actions in the light to ultra-national autonomous notions while leaving untouched, to the possible extent, national dogmatic assumptions; lastly, it has often had care to limit the effects of its own judgments only to those States directly affected, so as to avoid normative spill-over effects onto other legal orders.

Having regard to the perspectives for further developments of the ECHR regime on administrative procedures, a first point in connected to the legal relevance assumed by the Convention in national and the EU legal order. Despite formally descending from purely international legal sources, it could be argued that the ECHR regime has substantially come to gain a constitutional relevance as well. As a matter of fact, a few indicators lead to this conclusion. Firstly, the ECHR regime derives from acknowledgement of human rights, which, as universally known, are typical "constitutional matter". Moreover, standards similar to those set out by the EctHR have insofar found recognition in the case law of judicial authorities of several States, which thus contribute to feed up the number of "constitutional traditions" of the Member States. Furthermore, in most national legal orders, the ECHR regime ranks among the constitutional or sub-constitutional sources of law, thus entailing a conformative effect over primary legislation. Once indirectly acknowledged in the UE legal order, then, the standards slowly pour into the national legal

Copyleft – Ius Publicum

order, prevailing, under the conditions provided for in each constitution, over conflicting national legal provisions.

From the substantial constitutional relevance of the ECHR regime two main consequences may be drawn. As to the first, the ECHR regime should, as somewhere it does, go as far as to qualify as the general interposed criterion referring to which to ascertain the constitutional legitimacy of legislative (and administrative) action. From what just said a valid and original answer could be found to the long-lasting discussion around the constitutional relevance of the due process principle as applicable to administrative procedures. As to the second, still in conjunction to what just mentioned, the very national regimes on administrative procedures appearing to be compliant with the ECHR regime could, in turn, benefit from a sort of constitutionalizing effect, so as to render them more resistant to abrogation or avoidance by following provisions of primary legislation.

A second point concerns the capacity of the ECHR regime on administrative procedures to filter into the national and the EU legal orders. In general terms, the regime tends, in the short run, to recede *vis à vis* national and European regimes on administrative procedures, mainly on account of national judges to abide by legal directives coming from less legitimated international bodies. Yet in the long run it tends to prevail – notably due to the overarching needs to avoid pecuniary sanctions and as a consequence of the direct effects of the EU law often adopting the ECHR standards – entailing progressive adjustments of national and the EU regimes. As a result, national legislations are admitted to temporarily diverge from the ECHR regime, but the divergences is in time absorbed (normally following to the alignment of the national regime, sometimes to the withdrawal of the ECHR regime). This state of fact gives way to a particular form of primacy of the ECHR regime in respect to national and the EU legislation, which displays some specific peculiarities. There remains, then, to ask oneself whether it might not be already made out, through the imperfect composition of the ultra-national standards on human rights, the structure of a newly born European and universal regime on administrative procedures.

Copyleft – Ius Publicum