

ius
PUBLICUM NETWORK REVIEW

N.1
2015

ISSN 2039-2540



Index

Articles

1. Antonio Banfi - Aspetti problematici del reclutamento accademico in Italia
2. Maria De Benedetto - Procedural Powers in Competition Enforcement : a Look at Inspections
3. Vasileios G. Tzemos - Maria-Eliana Pravita - Anthony Makrydemetres - Aspects of Judicial Activism in Greek Political and Administrative Culture
4. Giuseppe Manfredi - The State System and the Sports System in Italy: Legal Pluralism and International Law
5. Antonio Banfi - Academic Recruitment in Italy: an Overview for Foreigners
6. ~~Fabio Ratto Trabucco - The Development on the Local Democratization in Belgium - Article retracted and removed~~

Reports

7. Construction, city planning and zoning - Espropriation/Taking
 1. ITA: Girolamo Sciallo, Governo del territorio, paesaggio e ambiente. Profili generali.
 2. ITA: Girolamo Sciallo, Raumordnungspolitik, Landschaft Und Umwelt.
8. Administrative Justice
 1. ITA: Leopoldo Zuanelli Brambilla, Nadia La Femina, Dalle denunce di inizio attività alle segnalazioni certificate: profili sostanziali e processuali
 2. ITA: Leopoldo Zuanelli Brambilla, Nadia La Femina, From notices of commencement to certified notifications: substantive and procedural profiles
9. Judicial review and remedies
 1. ITA: Paolo Cotza, La "giurisdizione" amministrativa di merito
 2. ITA: Paolo Cotza, La "jurisdiction" administrative en appréciation ultra-légale ("di merito")

ASPETTI PROBLEMATICI DEL RECLUTAMENTO ACCADEMICO IN ITALIA

INDICE

- 1. INSTABILITÀ DEL QUADRO**
- 2. INSTABILITÀ DELLE PERSONE**
- 3. L'ABILITAZIONE SCIENTIFICA NAZIONALE**
- 4. ALTRI ASPETTI CRITICI**
- 5. CHE FARE?**

Le note che seguono sono dedicate al disegno dell'attuale sistema di reclutamento accademico nel nostro Paese. In particolare, intendo richiamare l'attenzione del lettore su alcuni punti critici, che richiederebbero a mio avviso l'adozione sia di taluni correttivi, sia – nel più lungo periodo – di un «metodo» diverso nel governo della macchina dell'università e della ricerca.

1. INSTABILITÀ DEL QUADRO.

Perché un sistema di formazione avanzata possa funzionare bene, occorre che il reclutamento sia in primo luogo stabile. Tale stabilità è necessaria per almeno due profili, ossia tanto per il «come» che per il «quanto». Per quel che riguarda il primo punto, va detto che la travagliata storia delle procedure di reclutamento in Italia ha ormai un'estensione più che secolare;¹ solo

¹ M. MORETTI, I. PORCIANI, *Il reclutamento accademico in Italia. Uno sguardo retrospettivo*, in *Annali di Storia delle Università Italiane*, 1997, I (disponibile online all'indirizzo

nell'ultimo decennio si contano una riforma rimasta inapplicata almeno per la parte relativa al reclutamento (la «Riforma Moratti», d.lgs. 164/2006), un tentativo di riordino del reclutamento dei ricercatori attraverso regolamento (secondo quanto disposto dalla l. 27 dicembre 2006 n. 298, art. 1 c. 647, Governo Prodi), anch'esso rimasto lettera morta, la «Riforma Gelmini» (l. 30 dicembre 2010 n. 240), che ha profondamente trasformato l'intero sistema universitario, reclutamento incluso, e infine alcuni interventi di modifica della riforma, proprio nella parte relativa al reclutamento, introdotti con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (art. 14) convertito con la l. 11 agosto 2014 n. 114. Da ultimo, anche la legge di Stabilità 2015, recentemente approvata, contiene misure relative al reclutamento, riguardanti in particolare il discusso vincolo, introdotto da uno dei provvedimenti attuativi della l. 240 del 2010 (d.lgs. 29 marzo 2012 n. 49, art. 4 c. 2 lett. c), che lega il reclutamento di professori ordinari al contestuale reclutamento di ricercatori a tempo determinato di « tipo B » (la cosiddetta *tenure track* all'italiana, della quale fra poco si dirà).²

Ora, al di là di ogni valutazione nel merito dei contenuti dei provvedimenti appena menzionati, è evidente che la propensione dei governi e del legislatore a intervenire con tale

http://www.cisui.unibo.it/annali/01/annali_01.htm); A. FIGA' TALAMANCA, *Il reclutamento dei docenti universitari italiani negli ultimi cinquanta anni*, in *The Roars Review*, 2014 IV-VII (disponibile online all'indirizzo <http://www.roars.it/online/author/alessandro-figa-talamanca/>). Utile anche M. ROSTAN, M. VAIRA, *Una professione che sta cambiando*, in M. Rostan (cur.), *La professione accademica in Italia. Aspetti problemi e confronti nel contesto europeo*, Milano 2011, 11-50 e C. FRANCHINI, *Il reclutamento dei professori universitari*, in G. DELLA CANANEA e C. FRANCHINI, *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino 2009, 79-88.

² La l. 23 dicembre 2014, n. 190, con l'art. 1 c. 347, ha previsto per il triennio 2015-2017, in deroga a quanto stabilito dal dlgs. 29 marzo 2012 n.49 un vincolo assunzionale pari a un ricercatore di tipo B ogni due professori ordinari reclutati o divenuti tali per avanzamento di carriera. Allo scopo è anche destinato un finanziamento ad hoc pari a 5 milioni di euro per ogni anno, disposto con il comma successivo. Il dlgs. 29 marzo 2012 n.49 prevedeva invece che il rapporto fra ricercatori di tipo B e nuovi ordinari fosse pari ad uno.

frequenza sui processi di reclutamento si traduce in un danno per il sistema: si alimenta infatti l'incertezza, rendendo più difficile per chi intenda intraprendere la carriera accademica organizzare e programmare le proprie scelte nel modo più razionale ed opportuno. Tale incertezza, derivante dalla cronica instabilità del quadro normativo contribuisce – insieme ad altri fattori, fra i quali la prolungata precarietà derivante dalla messa ad esaurimento della figura del ricercatore a tempo indeterminato, la perdurante contrazione delle risorse a disposizione degli atenei e il blocco parziale del *turnover* – a scoraggiare gli aspiranti giovani ricercatori, inducendoli ad emigrare o ad abbandonare i loro progetti; in ultima analisi, potremmo perfino trovarci davanti a fenomeni di selezione inversa: solo i meno qualificati accetteranno di affrontare un percorso tanto accidentato.

Peraltro, la storia dell'università italiana è caratterizzata da un susseguirsi di «aperture» e «chiusure» di finestre di reclutamento, talvolta accompagnate da saturazioni dei ruoli *ope legis*.³

Anche in questo caso, la storia sembra ripetersi, poiché il d.l. 90 del 2014, convertito con la l. 11 agosto 2014, n. 114, ha bloccato la terza tornata dell'abilitazione scientifica nazionale, che non è stata bandita in attesa di modifiche ai provvedimenti attuativi della l. 240 del 2010; alla data attuale i tempi previsti (fine del mese di febbraio 2015)⁴ sono già ampiamente superati e i nuovi decreti non solo ancora non sono pubblici, ma non hanno neppure cominciato l'iter previsto per la loro eventuale approvazione.

La notevole volubilità del *policy maker* italiano in materia di reclutamento accademico – si può dire ormai che sia stato sperimentato di tutto, concorsi nazionali, concorsi locali, abilitazioni nazionali – può essere spiegata in vari modi: da un canto si presenta spesso la

3 Basti pensare alla sanatoria del 1980 a seguito del d.P.R. 11 luglio 1980, n.382.

4 D.l. 90 del 2014, art. 14 c. 3: Le procedure previste dall'articolo 3, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. 14 settembre 2011, n. 222, relative all'anno 2014, sono indette entro il 28 febbraio 2015, previa revisione del regolamento di cui all'articolo 16, comma 2, della legge 30 dicembre 2010, n. 240.

necessità di correggere procedure mal disegnate o che producono rapidamente effetti indesiderati. Si pensi alla lungaggine estrema e al mancato rispetto della periodicità dei bandi nei concorsi nazionali degli anni '80 e '90 dello scorso secolo, agli eccessi dei concorsi locali a tripla e doppia idoneità successivi al 1998, che talora hanno visto all'opera accordi di cordate accademiche rispondenti più a interessi di scuola che al merito dei candidati, alle anomalie della stessa Abilitazione Scientifica Nazionale che, infatti, l'hanno condotta al blocco dopo due sole tornate. Tuttavia, ciò non basta: quando si parla di reclutamento accademico e dunque di valutazione individuale, entrano spesso in gioco componenti di natura ideologica legate a concezioni diverse e spesso fra loro incompatibili circa il ruolo del sistema universitario e la sua funzione sociale ed economica. Sul fuoco di queste contrapposizioni ideologiche soffiano spesso i mezzi di comunicazione di massa, assai più attenti a singoli episodi riprovevoli - le baronie, i nepotismi, i familismi che hanno ispirato tutto un filone di pamphlettistica, peraltro opera quasi sempre di accademici⁵ - che ai dati che mostrano un sistema estremamente produttivo ma sempre più in sofferenza.⁶

Occorre dunque che coloro che hanno responsabilità di governo prendano in primo luogo coscienza dell'importanza che il sistema universitario ha per lo sviluppo sociale ed economico del Paese;⁷ esso necessita non solo di un finanziamento adeguato, ma anche di regole stabili, i cui effetti siano attentamente monitorati al fine di consentire opportuni,

5 Cfr. M. MORETTI, *Un pamphlet truccato*, in *Allegoria* 2009, XXI, 201-214 e anche M. REGINI, *Malata e denigrata. L'Università italiana a confronto con l'Europa*, Roma 2009. P. PRODI, *Università dentro e fuori*, Bologna 2013, 154 ss.

6 Cfr. OCSE, *Education at a glance 2013*, tab. B 2.4 ([http://www.oecd.org/edu/eag2013%20\(eng\)--FINAL%2020%20June%202013.pdf](http://www.oecd.org/edu/eag2013%20(eng)--FINAL%2020%20June%202013.pdf)); SCImago su dati Scopus 1996-2013 (<http://www.scimagojr.com/countryrank.php>).

7 Cfr. I. VISCO, *Investire in conoscenza. Per la crescita economica*, Bologna 2009, 53 ss.; W.W. MCMAHON, *Higher Learning, Greater Good. The Private and Social Benefits of Higher Education*, Baltimore 2009, 69 ss.

limitati interventi manutentivi.⁸ Si decida dunque, una volta per tutte, cosa si vuole dal reclutamento accademico e come esso deve essere disegnato, se ne emendino gli errori e ci si limiti per un periodo di tempo sufficientemente lungo ad un accurato monitoraggio, condizione necessaria per intervenire non già con nuove «riforme epocali» bensì con correttivi mirati alla soluzione delle criticità riscontrate.

Tutto ciò presuppone anche un investimento politico sul Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca che non può continuare ad essere il centro debole e incapace di attività di governo, quale si è manifestato negli ultimi anni.

Fatta questa premessa, nelle pagine che seguono tenterò di individuare e di esporre brevemente i principali punti critici che minacciano l'attuale sistema di reclutamento, partendo dagli inizi della carriera accademica.

2. INSTABILITÀ DELLE PERSONE.

Come si diceva poc'anzi, non è solo il quadro instabile delle procedure di reclutamento che può agire come potente disincentivo nei confronti dei migliori aspiranti ricercatori e professori. La legge 240 del 2010, infatti, ha posto a esaurimento il ruolo dei ricercatori a tempo indeterminato. Nella logica del riformatore, la sostituzione delle figure a tempo indeterminato con quelle a tempo determinato avrebbe dovuto aumentare competitività e selezione basata sul merito, assicurando al contempo ai giovani ricercatori più meritevoli, nel giro di pochi anni, la possibilità di transitare nel ruolo degli associati attraverso la cosiddetta

8 Cfr. M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna 2011, 197 ss.

«*tenure track* all'italiana».⁹ In realtà, le cose sono andate molto diversamente rispetto agli annunci dell'epoca: il rapido percorso che avrebbe dovuto portare all'associazione i giovani ricercatori si è rivelato illusorio. Infatti, complice anche il clima di ristrettezze finanziarie e il sistema di calcolo delle unità di personale basato sui cosiddetti «punti organico»,¹⁰ la strada che le nuove leve della ricerca accademica avrebbero dovuto percorrere si è ben presto articolata in una sequenza di posizioni a tempo determinato con il costante rischio di trovarsi senza rinnovi o con periodi più o meno lunghi in totale assenza di retribuzione. Così un tipico laureato dovrà in primo luogo ottenere, dopo un triennio, il titolo di dottore di ricerca – e in questo caso, merita ricordarlo, non tutti i posti sono muniti di borsa – in seguito verosimilmente otterrà un assegno di ricerca per una durata massima pari a quattro anni,¹¹ per poi tentare l'accesso a un posto di ricercatore a tempo indeterminato comunemente definito «di tipo A»¹² per una durata massima pari a cinque anni e infine giungere a una sorta di *tenure track*: ossia un posto di ricercatore di cosiddetto «di tipo B», della durata di un triennio e suscettibile di conversione in professore associato, nel caso in cui sia stato conseguito il titolo con l'Abilitazione Scientifica Nazionale. Naturalmente, non è affatto

9 Ai sensi dell'art. 24 c. 5 della l. 240 del 2010, alla fine del periodo di contratto, previo conseguimento dell'abilitazione e valutazione positiva da parte dell'ateneo, il ricercatore di tipo B è inquadrato nel ruolo dei professori associati.

¹⁰ Gli atenei sono tenuti ad adottare, nelle procedure di reclutamento e ai fini del rispetto dei vincoli di *turnover*, l'unità di conto denominata punto organico, che comporta le seguenti equivalenze: un professore ordinario = 1 punto organico; un professore associato = 0,7 punti organico; un ricercatore = 0,5 punti organico. Tali equivalenze non corrispondono in verità ai costi effettivi determinati dalle dinamiche salariali del personale docente e ricercatore. Sulla questione si può utilmente vedere lo scritto di P. Rossi, *Il punto organico, una storia italiana*, in *RT, A Journal on Research Policy and Evaluation*, 2015, III.1, Doi: 10.13130/2282-5398/4603. Si veda anche oltre, p. 20 ss.

¹¹ L. 240 del 2010, art. 22 c. 3.

¹² L. 240 del 2010, art. 24 c. 3.

detto che un giovane ricercatore debba svolgere per intero questo accidentato percorso, della durata di almeno un quindicennio: in linea di principio è possibile conseguire l'abilitazione anche senza disporre di alcuno dei titoli sopra menzionati e ed è anche possibile accedere ai posti di ricercatore di tipo B avendo usufruito «per almeno tre anni anche non consecutivi, di assegni di ricerca ai sensi dell'articolo 51, comma 6, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, o di borse post-dottorato ai sensi dell'articolo 4 della legge 30 novembre 1989, n. 398, ovvero di analoghi contratti, assegni o borse in atenei stranieri».¹³ Tuttavia, vista anche la situazione economico-finanziaria del Paese, che si riflette sui bilanci degli atenei e sulle loro facoltà di assumere, è lecito supporre che in molti casi la via per l'accesso alla docenza come soggetti strutturati si caratterizzerà per un lungo percorso estremamente accidentato, continuamente esposto al rischio di mancati rinnovi e periodi più o meno lunghi di fuoriuscita dal sistema.

Peraltro, va anche osservato che con l'attuale sistema di computo del personale e del *turnover*, un ricercatore a tempo indeterminato di tipo B «costa» quanto un professore associato reclutato ex novo (non per avanzamento interno), ossia ben 0,7 punti organico.¹⁴

Inoltre, va osservato che l'art. 24 della l. 240 del 2010 ha precisato i requisiti che devono essere posseduti dai candidati che intendano concorrere a posizioni di ricercatore di tipo B: fra questi, coloro che hanno usufruito di un contratto di tipo A e varie figure di assegnisti che abbiano ricoperto tale ruolo per un periodo di tempo cumulativo pari a 3 anni, escludendo però dal novero i «nuovi» assegnisti di ricerca il cui regime è stato definito proprio dall'art. 22 della medesima legge. Risulta ora che numerosi atenei si trovino in forte difficoltà nel reperire possibili candidati a posizioni di ricercatore a tempo determinato di tipo B: ciò perché

¹³ L. 240 del 2010, art. 24 c. 3 lett. b.

¹⁴ Di questi 0,7 punti, 0,5 devono essere impegnati al momento del bando, mentre i restanti 0,2 punti – opportunamente previsti dalla programmazione di Ateneo – saranno consumati solo con il transito del ricercatore nella fascia degli associati.

larga parte degli assegnisti ante l. 240 del 2010 ricoprono ormai altre posizioni o sono fuoriusciti dal sistema, essendo trascorsi ormai quasi cinque anni dall'approvazione della Riforma. Inoltre, essendo stata approvata la l.240 del 2010 nel dicembre di quell'anno, alla data odierna il numero degli ex ricercatori di tipo A è estremamente scarso. Tutto ciò spiega perché i bandi di questo genere per lungo tempo si siano potuti contare sulle dita di una mano; solo di recente, dopo lo svolgimento delle prime due tornate dell'ASN e visto il vincolo che lega i bandi per ricercatore di tipo B alle assunzioni o progressioni di carriera a professore ordinario, si è giunti alla cifra, comunque assai esigua, di 331 posizioni di questo tipo attualmente in essere.¹⁵ A questo proposito va osservato che anche i ricercatori a tempo determinato di tipo A non sono particolarmente numerosi: vi sono allo stato 2675 ricercatori di questo tipo in servizio.¹⁶ E' facile immaginare il perché: un ricercatore di questo tipo costa un multiplo di un assegnista e consuma 0,5 punti organico, benché si tratti di figura destinata naturalmente a scadere. Fra l'altro, nell'attuale contesto di limitazioni del *turnover*, destinato a protrarsi fino al 2018,¹⁷ ciò significa che investire in ricercatori di tipo A può comportare per gli atenei una riduzione di capacità assunzionali: si tratta insomma di un investimento potenzialmente in perdita.¹⁸ Meglio, dunque, privilegiare gli assegni di ricerca, più economici sotto tutti i punti di vista, che in effetti raggiungono la ragguardevole cifra di oltre 15.000

¹⁵ Fonte MIUR, alla data del 24.3.2015.

¹⁶ Fonte MIUR, alla data del 24.3.2015.

¹⁷ L. 27 dicembre 2013 n. 147, art. 1 c. 462.

¹⁸ La già menzionata legge di Stabilità 2015 (l. 23 dicembre 2014, n. 190), con l'art. 1 c. 346 è intervenuta sul punto consentendo esclusivamente agli atenei finanziariamente virtuosi di recuperare l'intero *turnover* per i posti di ricercatore giunti a scadenza. La disposizione è però alquanto oscura e lascia aperto il dubbio se essa riguardi solo i ricercatori giunti a scadenza e reclutati a partire dal 2015. Se così fosse, se ne vedrebbero gli effetti non prima del 2018.

unità.¹⁹ Va però rilevato che così stando le cose e visto il vincolo previsto dalla l. 240 del 2010, di una durata massima complessiva per gli assegni che possono essere cumulati da uno stesso soggetto, solo una quota ridotta dei giovani studiosi potrà accedere a posti di ricercatore a tempo determinato e un numero cospicuo verrà espulso dal sistema universitario.²⁰

Come si vede, una serie di fattori fra loro combinati rischiano di scoraggiare l'accesso alla ricerca accademica da parte dei più giovani: ciò è dovuto alla moltiplicazioni di posizioni a tempo determinato (assegni di vario tipo, ricercatori di tipo a e b), alla limitazione del *turnover* e al sottofinanziamento del sistema. Gli effetti di tutto ciò possono rivelarsi estremamente gravi nel lungo periodo; un primo rischio consiste nell'interruzione della catena di formazione e ricerca per interi settori scientifico-disciplinari, in particolare quelli di nicchia o che offrono meno prospettive di guadagno grazie ad attività professionali o comunque esterne all'accademia: settori che in tal modo sarebbero destinati all'estinzione. La perdita di competenze scientifico-disciplinari può avvenire in tempi molto rapidi, mentre risulta molto difficile ricostruire quanto si è lasciato inaridire o espatriare: ciò anche vista la bassissima attrattività del nostro sistema per gli studiosi stranieri. Inoltre, come già si è accennato, un edificio costruito – a detta degli architetti – per la promozione della qualità e del merito, rischia di tradursi in un meccanismo di selezione inversa: salari mediocri, instabilità delle posizioni e incertezza del quadro normativo disincentivano l'ingresso dei

19 Fonte: elaborazione ADI su dati MIUR (<http://www.dottorato.it/documenti/speciali/TV%20INDAGINE%20ADI%202014.pdf>)

20 L. 240 del 2010, art. 22 c. 3. Il limite di quattro anni, originariamente previsto dalla Riforma, è stato recentemente allungato a sei anni, con il cosiddetto «Milleproroghe», ossia il dl. 102 del 2014 (art. 6 c. 2 bis). Resta fermo l'ulteriore limite cumulativo di assegni di ricerca e posizioni di ricercatore a tempo determinato, pari a dodici anni (l. 240 del 2010, art. 22 c. 9).

soggetti più competitivi – indotti a trovare altrove soddisfazioni alle loro ambizioni – e lasciano campo libero all’ingresso di soggetti meno qualificati.

Non basta: vi è infatti un ulteriore problema relativo alle procedure di selezione dei ricercatori a tempo indeterminato, siano essi di tipo A oppure di tipo B. Infatti costoro potranno accedere ai rispettivi posti attraverso prove di valutazione comparativa svolte in sede locale. Stando alla l.240 del 2010, i regolamenti di ateneo che disciplinano questi reclutamenti debbono basarsi sui principi della Carta Europea dei ricercatori. In particolare, per quanto riguarda il Codice di condotta per l’assunzione dei ricercatori, la Carta richiede quanto segue: *i comitati di selezione dovrebbero comprendere membri con esperienze e competenze diverse, riflettere un adeguato equilibrio tra uomini e donne e, laddove necessario e possibile, comprendere membri provenienti da vari settori (pubblico e privato) e discipline, nonché da altri paesi e con l’esperienza necessaria per valutare i candidati. Nella misura del possibile, si dovrebbero utilizzare procedure di selezione diverse, come la valutazione di esperti esterni e le interviste face-to-face. I membri dei comitati di selezione dovrebbero essere adeguatamente formati.*²¹ Ciò detto, i regolamenti locali non paiono essere sempre conformi ai principi della Carta e prevedono per bandi di questo tipo un’ampia varietà di procedure per la nomina delle commissioni, di norma comprendenti un membro interno e altri commissari esterni da selezionare tramite sorteggio o semplicemente designati dal dipartimento. Su questo punto vi sono discrepanze anche assai significative da ateneo ad ateneo, il che suscita l’impressione che le procedure di selezione dei commissari per il reclutamento dei ricercatori a tempo determinato di entrambe le tipologie in molti casi non siano del tutto trasparenti.

21 http://ec.europa.eu/euraxess/pdf/brochure_rights/eur_21620_en-it.pdf

3. L'ABILITAZIONE SCIENTIFICA NAZIONALE.

Per l'accesso a posti di professore, associato e ordinario, la l. 240 del 2010 ha istituito l'Abilitazione Scientifica Nazionale,²² le cui procedure sono state successivamente definite con i provvedimenti attuativi della legge e con delibera dell'Agenzia Nazionale di Valutazione.²³ Un'abilitazione per soli titoli, rilasciata da commissioni nazionali, con durata limitata nel tempo con il fine di attestare *la qualificazione scientifica che costituisce requisito necessario per l'accesso alla prima e alla seconda fascia dei professori*.²⁴ Gli abilitati sono quindi reclutati dagli atenei sulla base di procedure regolate su base locale e per le quali vale quanto appena detto circa i ricercatori a tempo determinato.

Lo svolgimento delle prime due tornate dell'ASN ne ha dimostrato abbondantemente i difetti di architettura, difetti che peraltro potevano essere ampiamente previsti, senza bisogno che si inneschiasse il vasto contenzioso davanti al giudice amministrativo che si è puntualmente verificato.²⁵ Si è tentato di limitare la discrezionalità dei commissari introducendo soglie quantitative non statiche – le cosiddette mediane - e si sono adottate le medesime soglie per

22 art. 16.

23 Si vedano in particolare il d.P.R. 14 settembre 2011 n. 22, il d.m. 76 del 2012 e la delibera Anvur del 21 giugno 2012 n. 50.

24 L. 240 del 2010, art. 16 c.1.

25 A. BELLAVISTA, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la Legge "Gelmini"*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, specialmente p. 3 e ss.; G. DE NICOLAO, *Le mediane suicide delle abilitazioni scientifiche nazionali*, in *Federalismi* 2012, 16 (29 agosto 2012); A. BANFI, G. DE NICOLAO, *La valutazione fra scienza e feticismo dei numeri* in *Il Mulino*, 2013, I, 88-95. Vedi anche infra, n. 30.

selezionare gli aspiranti commissari.²⁶ Tuttavia, il ricorso alle mediane, calcolate sulla base di dati anche citazionali per le cosiddette «scienze dure» (indice h ²⁷ e numero totale di citazioni) e fondate esclusivamente sul computo della produttività scientifica e delle pubblicazioni collocate in contenitori di fascia A²⁸ per le scienze umane e sociali, ha prodotto effetti a dir poco paradossali.

Dato un indicatore numerico misurabile per ciascun membro di una popolazione di soggetti, la mediana è il valore numerico che divide la popolazione in due parti uguali, l'una collocata al di sotto della mediana, l'altra collocata al di sopra.²⁹ Il numero delle mediane da superare (una o due) e la natura dei dati sui quali le mediane erano calcolate, cambiavano a seconda delle aree e dei settori concorsuali, distinguendo, secondo una terminologia ormai purtroppo consolidata, discipline «bibliometriche» da discipline «non bibliometriche». In realtà, avendo carattere quantitativo il criterio della mediana è sempre «bibliometrico»: ciò che varia è la natura degli indicatori quantitativi sulla base dei quali è definita la soglia. La mediana è in effetti un indicatore statistico caratterizzato da un valore essenzialmente comparativo che non ha alcuna diretta connessione con la qualificazione scientifica dei soggetti. Vediamo qualche esempio: se si immaginasse un settore concorsuale estremamente produttivo, in cui il 90% o

26 Il superamento delle mediane era strettamente necessario per essere sorteggiati commissari, mentre alle commissioni si è lasciata la libertà di non applicare in modo tassativo il criterio quantitativo giudicare i candidati.

27 L'indice di Hirsch si definisce come segue: uno scienziato possiede un indice h se h dei suoi N lavori hanno almeno h citazioni ciascuno e i rimanenti lavori hanno ognuno al più h citazioni.

28 Sugli aspetti critici di classifiche o ratings di riviste: A. BANFI, *Il resistibile fascino delle classifiche di riviste*, in *Rassegna Italiana di Valutazione*, 2011, XV, 51, 9-21.

29 Con mediana si intende, come disposto anche dall'art. 1 del d.m. 76 del 2012, «il valore di un indicatore o altra modalità prescelta per ordinare una lista di soggetti, che divide la lista medesima in due parti uguali».

più dei componenti hanno una produzione scientifica eccellente sia per quantità che per impatto, il 50% dei componenti il settore sarebbe comunque sotto la mediana e potrebbe per questa ragione non essere abilitato o selezionato come commissario, anche se fosse pienamente in possesso della qualificazione scientifica il cui accertamento rimane il fine ultimo della procedura di abilitazione scientifica. Così, un settore molto produttivo (con elevata produzione di articoli o monografie) o i cui componenti sono molto citati anche perché al culmine della carriera, avrà mediane particolarmente elevate, con il risultato di renderne particolarmente difficile il superamento da parte dei candidati. Al contrario un settore poco produttivo o i cui componenti sono poco citati si trova ad avere mediane basse, con il risultato di renderne facile il superamento. Ancora, in diversi casi è accaduto che le mediane da superare per l'abilitazione alla seconda fascia fossero più alte, e dunque più severe, di quelle per l'abilitazione di prima fascia, un paradosso che evidenzia l'arbitrarietà dell'uso di un requisito comparativo in una procedura che dovrebbe accertare un livello assoluto di qualificazione scientifica. Non basta, poiché si possono generare altri effetti paradossali: un candidato per la prima fascia che fino ad una certa data, anteriore alla rilevazione delle mediane, superi la mediana calcolata in base ai professori ordinari in servizio, potrebbe non superarla dopo la presa di servizio di un nuovo professore ordinario il cui indicatore sta sopra la mediana. Infatti l'ingresso in ruolo del nuovo ordinario sposta verso l'alto la mediana degli ordinari, con la potenziale riduzione del numero di candidati abilitabili. In modo analogo, la mediana sale in seguito alla cessazione dal servizio o al trasferimento ad altro settore concorsuale di un professore ordinario che sia sotto la mediana. Questi esempi evidenziano che il diritto ad essere valutato di un candidato in possesso di piena qualificazione scientifica può essere almeno in parte pregiudicato da eventi accidentali e del tutto estrinseci ai suoi titoli scientifici. Non si tratta di eventualità remote, perché l'ANVUR ha calcolato mediane anche per settori scientifico disciplinari composti da soli quattro professori ordinari, come Storia del vicino oriente antico (L-OR/01).

A questi non piccoli errori di disegno delle procedure, si aggiunge la questione della cosiddetta età accademica; infatti, per l'accesso alle procedure di abilitazione, il superamento delle mediane richiesto ai candidati fa riferimento a indicatori normalizzati per età

accademica. A tale scopo, l'art. 1, comma 1 del Decreto Ministeriale 76 del 2012 fornisce la seguente definizione di età accademica: *il periodo di tempo successivo alla data della prima pubblicazione scientifica pertinente al settore concorsuale, tenuto conto dei periodi di congedo per maternità, di altri periodi di congedo o aspettativa, previsti dalle leggi vigenti e diversi da quelli per motivi di studio, nonché di interruzioni dell'attività scientifica per fondati motivi da valutare in relazione al curriculum del candidato*. Anche la normalizzazione per l'età accademica produce risultati paradossali perché potenzialmente penalizza chi ha cominciato prima a pubblicare articoli scientifici, e si trova dunque ad avere una maggiore età accademica rispetto agli altri candidati: pensiamo alla precoce pubblicazione di un articolo tratto dalla tesi di laurea, che si ritorce contro l'autore allungandogli, appunto, l'età accademica e sottraendolo ai benefici della normalizzazione dei quali altri candidati potrebbero godere.

Ma a prescindere da tutte queste osservazioni, va soprattutto ribadito che non è ragionevole adottare un criterio, quale quello del superamento delle mediane, che presume che il 50% della popolazione dei docenti in ruolo non possenga un requisito che è invece ritenuto indispensabile per chi chiede l'abilitazione al loro ruolo.

Inoltre, va osservato come la definizione di settori concorsuali compositi, ossia comprendenti più settori scientifico-disciplinari, abbia spesso comportato gravi rischi per i settori «eterogenei»: un caso per tutti, storia delle matematiche, disciplina storica, affine alle materie umanistiche e parte delle cosiddette matematiche complementari, confluita tuttavia in uno stesso settore concorsuale con settori «bibliometrici» come logica matematica, con ovvie conseguenze sulla selezione dei commissari e dei candidati.

Tutto ciò premesso, va anche osservato che la procedura soffriva di ulteriori punti di debolezza, tali da metterne a rischio la tenuta di fronte al giudice amministrativo. Infatti, era originariamente previsto che le commissioni vedessero la presenza di un commissario straniero, proveniente da uno dei paesi OCSE; al di là della bizzarra scelta di limitare il bacino al quale attingere alle nazioni aderenti all'OCSE, si sono posti – come era facilmente

prevedibile –gravi problemi circa la corrispondenza delle competenze disciplinari dei commissari stranieri con le declaratorie dei nostri settori. Sicché, essendo le commissioni ASN un collegio perfetto, si è aperta la strada a un massiccio contenzioso là ove fosse possibile sostenere che il commissario straniero non era competente a giudicare per quel settore concorsuale.³⁰

Problemi per certi versi analoghi si sono posti anche per quel che riguarda i dati sulla base dei quali sono state calcolate le mediane: la mancanza di un'anagrafe nazionale della ricerca e il ricorso (per il computo delle mediane delle «scienze dure») ai database bibliometrici commerciali di Thomson Reuters ed Elsevier ha fatto sì che sia le mediane sia i valori individuali degli indicatori siano stati calcolati sulla base di dati «sporchi»: tali sono, infatti, i dati forniti dagli stessi docenti e inseriti sulla propria pagina CINECA, così come pure i dati dei database commerciali, non privi di mende e per di più soggetti a ritardi variabili che vanno da qualche mese fino a più di un anno nel computo delle citazioni. Sarebbe stato del tutto impensabile affidare alle singole commissioni un lavoro di validazione dei dati bibliometrici per ogni singolo candidato, anche se tale possibilità è stata loro offerta; il risultato è che le prime due tornate dell'ASN si sono svolte in molti casi sulla base di dati dubbi.

³⁰ Si veda ad es. il caso eclatante di diritto privato (12/A1), per il quale è stato disposto con decreto direttoriale (4535 del 16 dicembre 2014) l'annullamento dell'intera tornata 2013 e la revisione in autotutela delle posizioni dei ricorrenti della precedente tornata che avessero eccepito la irregolare composizione della commissione (d.d. 4518 del 12 dicembre 2014). L'annullamento seguiva le sentenze emesse dal TAR Lazio-Sezione III, nn. 10865, 10884, 11105, 11122, 11130, 11137, 11228, 11229, 11230, 11232, 11233, 11235, 11237, 11240, 11242, 11246, 11422, 11424, 11426, 11432, 11494, 11701, 11702, 11796, 11797, 11798, 11799, 11800, 11801, 11802, 11803, 12119, 12382, 12517 e 12518 del 2014. Da ultimo, si veda anche la recente sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, n. 10224 del 2014 che sembra aver posto una definitiva pietra tombale anche sulla tornata 2012 dell'Abilitazione di Diritto Privato.

Come già accennato in precedenza, i recenti interventi correttivi, introdotti con il d.l. 90 del 2014, convertito con la l. 114 del 2014, hanno portato alla cancellazione del requisito del commissario straniero e aperto la strada alla revisione dei provvedimenti attuativi della l. 240 del 2010 in materia di abilitazioni.³¹ C'è da augurarsi, dunque, che si provveda anche a rivedere *in toto* la questione delle soglie quantitative, costruendo – nel corso della revisione dei provvedimenti attuativi – procedure coerenti e robuste.

Il legislatore, invece, non ha voluto intervenire su di un altro punto critico dell'ASN. La procedura è infatti a numero aperto, il che ha un suo fondamento logico, trattandosi di abilitazione e non di valutazioni comparative. Tuttavia, visto il numero estremamente ampio di abilitati, certamente superiore di vari fattori alle capacità di assorbimento del sistema, e considerato quanto accaduto in passato, anche in ambiti diversi da quello universitario, osservo con un certo timore il formarsi di una platea già vasta e verosimilmente crescente nel tempo, di soggetti dotati di abilitazione, che spesso continueranno a gravitare intorno al sistema universitario in virtù di incarichi di breve durata o in varie posizioni a tempo determinato senza riuscire a stabilizzarsi. Non è azzardato supporre che quando il numero di tali soggetti avrà superato una certa soglia, tanto da costituire un bacino di voti elettoralmente significativo, si porrà la questione di una qualche stabilizzazione o sanatoria. Tuttavia, per le ragioni dette in precedenza, si tratterebbe di un evento dannoso e ancora una volta pregiudizievole per tutto il sistema universitario. Per queste ragioni, come si dirà fra breve, meglio sarebbe stato introdurre una qualche forma di abilitazione a numero chiuso.

³¹ Si veda l'art. 14 del dl. 90 del 2014.

4. ALTRI ASPETTI CRITICI

In questa breve rassegna, che non pretende in alcun modo di essere completa, vorrei segnalare al lettore alcuni altri aspetti critici che affliggono oggi il nostro sistema di reclutamento. In primo luogo, e si tratta ovviamente di questione generale che colpisce non solo il sistema universitario, la massiccia riduzione dei finanziamenti: il fondo di finanziamento ordinario è calato, in termini reali del 20% circa fra 2009 e 2013.³² Ciò ha avuto ovvie ripercussioni sul personale accademico: infatti il numero dei professori universitari è calato del 22% fra 2006 e inizio 2013, e tutto ciò non ostante il Paese si collochi agli ultimi posti in Europa per il rapporto fra docenti e studenti e per il numero di laureati.³³ A ciò si aggiungono le politiche di limitazione del *turnover*, destinato, come già detto, a ritornare al 100% solo a partire dal 2018. Tali politiche sono state particolarmente punitive per il comparto dell'università, a causa dell'adozione dei punti organico come unità di conto. Infatti i punti organico stabiliscono una serie di equivalenze che prescindono dal costo effettivo dell'unità di personale: un professore ordinario «pesa» un punto organico che egli sia all'inizio o al termine della carriera. Il che significa che i punti organico se pure possono fornire un quadro delle funzioni dei soggetti strutturati, non corrispondono in alcun modo ai costi effettivi. Ciò ha fatto sì che le limitazioni del *turnover* si siano concretizzate sulla base delle persone e non dei costi: se si verificassero i risparmi effettivi in termini di costi, si potrebbe agevolmente vedere come il vincolo del *turnover* sia stato in effetti maggiore di quello nominalmente dichiarato.

Le politiche di riduzione del personale e taglio dei fondi, adottate dai governi nell'ultimo decennio sono per certi versi inspiegabili; esse segnano la rinuncia al sistema di formazione

³² CUN, Dichiarazione per l'università e la ricerca, le emergenze del sistema, gennaio 2013 (<https://www.cun.it/provvedimenti/sessione/119/dichiarazione/dichiarazione-del-30-01-2013>).

³³ *Ibid.*

superiore e della ricerca quale volano dello sviluppo – anche economico – del Paese, e fanno dell'Italia una nazione che, in un contesto di crisi economica e finanziaria assai grave, si muove in controtendenza rispetto ai principali *partners* europei.³⁴

Va anche osservato come tutto ciò non solo agisca come disincentivo per coloro che intendano dedicare la propria esistenza all'insegnamento e alla ricerca, come già si è detto più sopra, ma finisca per fossilizzare ulteriormente il sistema, impedendone quella dinamicità che pure da decenni si auspica. E' il caso della mobilità dei docenti, che un tempo caratterizzava almeno i primi anni di carriera dei professori universitari, spesso chiamati a insegnare e a far ricerca presso sedi diverse da quella di origine. Non vi è certo bisogno di discutere qui degli indubbi benefici che la mobilità dei docenti universitari comporta: consente il confronto di esperienze diverse, arricchisce le persone, evita l'isolamento delle sedi periferiche e ostacola l'*inbreeding* accademico. Eppure, reclutare soggetti esterni costa molto più che promuovere soggetti interni, e ciò vale sia in termini strettamente economici che di punti organico: il risultato è che la mobilità accademica rimane estremamente scarsa, tendendo a limitarsi alle soglie minime imposte per legge,³⁵ e questo deve essere considerato un ulteriore – non piccolo – difetto del nostro sistema di reclutamento.

Da ultimo, vorrei anche ricordare come l'adozione di criteri quantitativi per il reclutamento, dapprima con il d.m. 89 del 2009 relativo al reclutamento dei ricercatori a tempo indeterminato,³⁶ poi con i «criteri e parametri» per lo svolgimento dell'ASN, si è aperta la

34 Cfr. European Commission, *Funding of Education in Europe. The Impact of the Economic Crisis*, Euridyce Report 2013 (http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/thematic_reports/147EN.pdf)

35 Cfr. l'art. 18 c. 4 della l. 240 del 2010 che vincola il 20% dei posti al reclutamento di soggetti esterni.

36 Si tratta di un decreto ormai superato che tuttavia ha lasciato tracce profonde nel comportamento delle commissioni concorsuali. Con questo decreto, per la prima volta in Italia si prevedeva il ricorso a indicatori quantitativi (citazionali) per la valutazione individuale.

strada a una valutazione individuale quantitativa, ai fini del reclutamento: il che è non solo in contrasto con le migliori prassi internazionali,³⁷ ma avviene in un paese ancora non dotato di sufficienti anticorpi nei confronti dei comportamenti opportunistici, abusivi o perfino fraudolenti che possano essere messi in pratica da accademici.³⁸ Ma essendomi diffusamente occupato di ciò altrove,³⁹ non mi dilungo sul punto in questa sede. Piuttosto, desidero presentare al paziente lettore qualche breve proposta su cui riflettere, in vista di un possibile miglioramento del reclutamento accademico in Italia.

5. CHE FARE?

Con il d.l. 90 del 2014 sono stati introdotti alcuni correttivi minimi al sistema dell'abilitazione nazionale, in particolare eliminando il commissario OCSE, riducendo il periodo di interdizione dalle procedure per i candidati respinti e prevedendo la sostituzione graduale delle commissioni di concorso. La cosiddetta «abilitazione a sportello» così introdotta sarà definita nei dettagli attraverso la revisione dei provvedimenti attuativi della l. 240 del 2010, in particolare il d.m. 76 del 2012 noto come «criteri e parametri».

Soprattutto, sarà importante che si rifletta attentamente sull'uso di parametri quantitativi volti a limitare (o orientare) la discrezionalità delle commissioni: tali parametri dovranno essere

37 Si veda ad esempio la *S. Francisco Declaration on Research Assessment*, DORA (<http://www.ascb.org/dora-old/files/SFDeclarationFINAL.pdf>)

38 Cfr. ad es. *Call the Cops*, editoriale non firmato apparso su *Nature* 2013, 504, 7478: *Italy has no scientific-misconduct procedures in place*.

39 Cfr. A. BANFI, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, II, 361-384.

robusti sotto il profilo della qualità dei dati ai quali essi faranno riferimento. Inoltre sarà bene evitare le illogicità delle mediane e fissare soglie di produttività scientifica statiche (con periodica revisione), chiare e verificabili, ponendo anche attenzione al fine di evitare che le stesse soglie favoriscano pericolosi fenomeni di opportunismo o, peggio, *academic misconduct*. In questo quadro, si potrebbe agevolmente eliminare la normalizzazione per età accademica e sostituirla con una verifica dell'attività scientifica per un determinato numero di anni a partire da quello nel quale è stata presentata domanda. Tutto ciò può essere agevolmente compiuto nell'attuale quadro normativo.

A dire il vero, sarebbe però stato opportuno incidere più a fondo sull'impianto dell'ASN, disegnato dalla l. 240 del 2010; in particolare parrebbe necessario un intervento ulteriore sulla formazione delle commissioni, attualmente designate per sorteggio. Meglio sarebbe stato prevedere una combinazione di elezioni e sorteggio, con il fine di evitare il totale esautoramento delle comunità scientifiche dalla formazione delle commissioni, pur limitando la possibilità di accordi di consorterie o gruppi di potere; parimenti sarebbe bene eliminare la possibilità del ricorso a pareri *pro veritate*, resi da esperti esterni alla commissione.⁴⁰ Essi costituiscono un'anomalia, consentendo peraltro il «ripescaggio» di commissari non sorteggiati.

Più in generale, è motivo di preoccupazione, come si è accennato più sopra, il fatto che l'Abilitazione continui a svolgersi a numero aperto, con il rischio di produrre una crescente platea di abilitati che il sistema non pare in alcun modo in grado di assorbire; che si sia consci di ciò è dimostrato dalla scelta di prolungare la durata dell'abilitazione da quattro a sei anni.⁴¹ Non è questa, però, la soluzione. Occorrerebbe avere il coraggio di prevedere un'abilitazione a numero chiuso, basata su di una programmazione che tenga conto delle cessazioni dal

⁴⁰ Si veda la l. 240 del 2010, art. 16 c. 3 lett. i. Cfr. A. BELLAVISTA, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la Legge „Gelmini“*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, p. 8 ss.

⁴¹ Ciò è avvenuto con il d.l. 90 del 2014, art. 14 c. 3 bis.

servizio nei diversi settori e del numero dei soggetti già in possesso del titolo, lasciando disponibile agli atenei un «serbatoio» sufficientemente capiente al quale attingere, ma stabile nel corso del tempo, eventualmente adeguato sulla base di monitoraggi periodici svolti dal ministero e di scelte politiche relative al numero dei docenti universitari in servizio, numero che – va ribadito ancora una volta – è largamente insufficiente se letto nel quadro europeo. Inoltre, vi è la necessità – come ha rilevato anche il CUN – di procedere a una semplificazione del sistema, distinguendo reclutamento e progressione di carriera.⁴² Se si eccettua la norma transitoria dell'art. 24 della l. 240 del 2010, che consente la chiamata in ruolo attraverso una «procedura valutativa» (e non comparativa) degli abilitati già in servizio, i nuovi reclutamenti e le progressioni di carriera rientrano entrambi nei procedimenti di chiamata dell'art. 16 ai quali sono ammessi tutti gli abilitati del settore concorsuale nonché i professori già in servizio in posizioni equivalenti sia in Italia che all'estero. Queste procedure costituiscono dunque l'unica sede di valutazione comparativa dei candidati. Appare tuttavia ragionevole poter disporre di procedure che permettano la progressione di carriera di docenti e ricercatori già in servizio, purché meritevoli, senza dover ricorrere ad una procedura che – formalmente – si configura come un reclutamento aperto a tutti i possibili interessati e prevedere in sede locale procedure distinte per le progressioni degli abilitati già in servizio e per il reclutamento dall'esterno, ricordando che in base all'art. 18 della l. 240 del 2010 una percentuale delle risorse è comunque destinata a quest'ultimo scopo. Per il reclutamento vero e proprio sarebbe opportuno che le procedure fossero uniformi su scala nazionale e assicurassero una effettiva competizione fra i candidati. Infine, sarebbe opportuna una efficace razionalizzazione delle ormai numerose figure a tempo determinato, riducendone eventualmente il numero, anche al fine di rendere meno lungo il percorso di accesso ai ruoli stabili.

⁴² CUN, *Ripensare l'accesso della docenza universitaria. Reclutamento e progressione di carriera*, ottobre 2014 (https://www.cun.it/uploads/5599/Ripensare_assetto_docenza_2.pdf?v=)

**PROCEDURAL POWERS IN COMPETITION ENFORCEMENT: A LOOK AT
INSPECTIONS**

Maria DE BENEDETTO

INDEX

- 1. A FEW THEORETICAL PROBLEMS?**
- 2. COMPETITION INSPECTIONS: CONVERGENCE OF PRINCIPLES
BUT DIFFERENT RULES**
- 3. THE POINT OF VIEW OF BUSINESSES**
- 4. THE POINT OF VIEW OF COMPETITION AUTHORITIES**
- 5. SOME CONCLUSIONS**

1. A FEW THEORETICAL PROBLEMS?

Administration needs information. As is well known, administrative powers presuppose an activity of collecting information, in order to adopt well reasoned administrative decisions, capable of attaining administrative objectives and of responding

adequately to the public interest¹. At the same time, administrative knowledge is a cost which should be paid in order to legitimate administrative decisions².

Competition law allows no exception to these general assumptions³.

On the other hand, administrative activity to reduce this information gap could take on different forms. The first and most simple form consists in simply collecting information, for example, about a single firm⁴. The second consists in the possibility to make inquiries⁵ and the third to make *vérifications*, *i.e.* a general power to investigate the environment of one person or of one firm, even through the use of inspections⁶.

However, the most prominent aspect of the third form (if we adopt an administrative law point of view) is that administrative knowledge can also be achieved by coercitive means. In other words, there are a number of administrative provisions which provide – in several sectors – tools to reduce the information gap between institutions and their stakeholders

¹ See, in general, on this topic, G. J. STIGLER, *The Economics of Information*, in *Journal of Political Economy*, 1961, 69, 3, 213.

² See, N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1983, originally published in 1969.

³ See, in general, on this point, D. BESANKO - D.F. SPULBER, *Antitrust Enforcement under Asymmetric Information*, in *The Economic Journal*, 99 (June 1989), 408.

⁴ See J.-B. AUBY, *Le pouvoirs d'inspections de l'Union européenne*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2006, 132: "Le premier concerne simplement la possibilité de recueillir des informations sur la société". On this point, in matter of European competition law, see art. 18, Regulation n. 1/2003 on the implementation of the rules of competition, "Request for information".

⁵ On this point, see art. 17, Regulation n. 1/2003, "Investigations into sectors of the economy or types of agreements".

⁶ See J.-B. AUBY, *Le pouvoirs d'inspections de l'Union européenne*, cit., 132-133. On this point, see art 20-21, Regulation n. 1/2003, "Inspections".

(enterprises, private individuals, other public bodies). In some cases, it allows institutions to make obligatory the giving of information and to sanction non-cooperative behaviour.

The “most intrusive power”⁷ – or the “*façon plus marquée des attribution d’autorité*”⁸ – is the administrative power to dispose inspections which, as an authoritative act, could affect fundamental rights⁹ and requires specific guarantees to ensure that there will be no arbitrary exercise of the power.

Inspections (especially un-announced) represent, also in competition proceedings, the typical activity of an institution which is performing a prosecutorial role as a “fact-finding” administration: the earliest and most famous example in this regard is the U.S. Federal Trade Commission, strongly provided with investigative powers¹⁰.

If inspections can affect fundamental rights, the problem of “preserving a reasonable balance between agency powers and target rights”¹¹ arises. Furthermore, the problem of the target rights has also generated the most important litigation in the matter of inspections,

⁷ M. FURSE, *Competition Law of the EC and UK*, sixth edition, Oxford University Press, 2008, 94

⁸ J.-B. AUBY, *Le pouvoirs d’inspections de l’Union européenne*, cit., 133.

⁹ See M. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, II, 1993, 491

¹⁰ In particular, with reference to Federal Trade Commission, see C. MCFARLAND, *Judicial Control of the Federal Trade Commission and the Interstate Commerce Commission 1920-1930*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1933, 98. See also, S.G. BREYER - R.B. STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little Brown and Company, 1992, 19 and finally, S. T. KANWIT, *Federal Trade Commission*, Colorado Springs, Colo., Shepard’s, 1992.

¹¹ J. W. BAGBY, *Administrative investigations: preserving a reasonable balance between agency powers and target rights*, in *American Business Law Review*, 1985, 319.

focusing the conflict on the legitimate exercise of the inspection power and (especially) on proportionality in inspections¹².

The paper aims to highlight convergences of principles and divergences of rules between different competition systems, starting from important contributions of the European Competition Network and the International Competition Network, which have investigated many legal systems¹³.

The question will be analysed, firstly, from the point of view of undertakings, with particular regard to behaviour during the inspections, costs of inspections (even reputational), duty to cooperate and right to defence. Secondly, the different point of view of Competition authorities will be taken into account in order to describe the importance of planning inspections, of administrative capacity and of cooperation in performing inspections.

Finally, the paper will conclude with some considerations about the need for competition enforcement and for an “intelligent market police”¹⁴, trying to explain which conditions could increase the efficacy and deterrent effects of inspections in order to perform the crucial competition authority “prophylactic function”¹⁵.

¹² The problem has been analysed in M. BERNATT, *Power of inspection of the Polish competition authority. Question of proportionality*, MPRA Paper no. 38517, 2011.

¹³ ECN have analysed 28 European jurisdictions and ICN 31, with some overlapping.

¹⁴ W. ROEPKE, *The social crisis of our time*, The University of Chicago Press, 1942.

¹⁵ E. PENDLETON HERRING, *Federal Commissioners. A study in their careers and qualifications*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1936, 116.

2. COMPETITION INSPECTIONS: CONVERGENCE OF PRINCIPLES BUT DIFFERENT RULES

Procedures and organization can affect competition enforcement: in fact, inspections are strictly designed and guided by a procedural framework (which consists in both principles and rules) and are carried out by a complex fabric of competition authorities in charge of inspection powers, which operate at different levels of government. Nowadays, not only are inspections traditionally performed by national competition authorities, but also by supranational inspections (directly performed by EU level); delegated inspections (performed by national authorities on request of the Commission); co-operation in implementing inspections between, on one side, EU and member states and, on the other side, between different State competition authorities.

Different competition systems are looking for a convergence which could ensure a common minimum legal framework, capable of guaranteeing a good institutional performance and a competition enforcement but also to preserve target rights.

However, “*il n’existe pas de régime général de procédures d’inspections*”¹⁶ – also in competition proceedings - even if there seems to be a common set of principles expressing a largely shared idea about the way in which fundamental rights (such as the right to a fair trial, to liberty, to respect for private and family life etc.) must be protected¹⁷. Furthermore, European discipline on competition inspections provides an important factor of convergence.

On the other side, every competition system has its own peculiarity. A wide analysis of the different legal frameworks of competition inspections was carried out by the European

¹⁶ J.-B. AUBY, *Le pouvoirs d’inspections de l’Union européenne*, cit., 136.

¹⁷ On this point, see European Court of Justice, 26 June 1980, *National Panasonic (UK) Limited v Commission of the European Communities* C-136/79.

Competition Network in 2012¹⁸ and by the International Competition Network in 2013¹⁹, as previously mentioned.

The two Reports present – more or less – the same structure which simplifies the comparative analysis. A chapter (in both reports) is dedicated to inspections in business premises; another chapter analyses inspections in non-business premises (including the homes of directors, managers and other members of staff), generally characterized by a higher degree of procedural guarantees.

There is large agreement about the fact that “in all jurisdictions, competition authorities have the power to inspect business premises”²⁰.

The most important type of inspection is considered, by both Reports, to be un-announced inspections “unless otherwise specified”²¹, as the “surprise-effect” makes this kind of inspection the most important tool to reduce the information gap between competition authorities and undertakings²². An un-announced inspection differs from an announced one in the lack of an obligation to give prior notice²³.

Substantive and procedural requirements are needed everywhere for conducting competition inspections.

¹⁸ ECN Working Group Cooperation Issue and Due process, *Investigative Powers Report*, 31 October 2012.

¹⁹ ICN Agency Effectiveness Project on Investigative Process, *Investigative Tools Report*, 15 April 2013.

²⁰ ECN, *Investigative Powers Report*, cit., 6.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ ICN, *Investigative Tools Report*, cit., 9 and 20.

From a substantive point of view, the presence of “reasonable grounds for suspecting an infringement”²⁴ is generally required.

From a procedural point of view, an inspection decision or a court warrant is alternatively necessary to conduct inspections²⁵. A specific discipline is established by EU Competition law in which inspections are possible on the basis of a mandate (directly adopted by the Commission, which need spontaneous cooperation of undertakings) or on the basis of a formal decision (which implies a binding nature).

In different competition systems the content of an inspection can vary²⁶. In the same way, there are differences in the extent of inspection powers: sometime it includes the power to make copies of documents, less frequently it allows the power to seize original documents²⁷.

When “the inspection continues for more than one day”, there is also the possibility to seal premises²⁸. This power, which is not recognized everywhere, has had an interesting application in the E.ON. case, when European Commission inflicted a high sanction just for infringing a seal²⁹.

Another point of the analysis regards police assistance to Competition authorities during inspections. We can find three different cases. First, many competition authorities

²⁴ ECN, *Investigative Powers Report*, cit., 8 and ICN, *Investigative Tools Report*, cit., 8.

²⁵ ECN, *Investigative Powers Report*, cit., 8 and ICN, *Investigative Tools Report*, cit., 9.

²⁶ ECN, *Investigative Powers Report*, cit., 12.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., 15 .

²⁹ European Commission, COMP/B-1/39.326, E.ON Energie AG, 30 January 2008.

have “the possibility to ask for police assistance during inspections”³⁰. Secondly, there are cases in which police assistance is compulsory. Thirdly, sometimes fiscal police officers “regularly assist the competition authority’s official in conducting inspections”³¹, as in Italy.

A specific position must be recognized for EU competition inspections³²: in this regard, in fact, the Commission has broad powers even in fact-finding (art. 17-22) and in conducting inspections both at premises of undertakings and at private premises³³. But art. 20(6) requires that Member states – when an undertaking opposes the inspection – “shall afford them the necessary assistance, requesting where appropriate the assistance of the police or of an equivalent enforcement authority, so as to enable them to conduct their inspection”³⁴.

Another point of the comparative analysis, regards judicial review in matter of inspections: “in many jurisdictions parties can appeal the competition authority’s decision/court warrant authorising the inspection separately”, but elsewhere “the legality of the inspection may be assessed in an appeal brought against the final prohibition decision”³⁵.

³⁰ ECN, *Investigative Powers Report*, cit., 16.

³¹ ECN, *Investigative Powers Report*, cit., 17.

³² Under Regulation n. 1/2003 on the implementation of the rules of competition laid down in articles 81 and 82 of the Treaty.

³³ When “serious” breaches of art. 81 and 82 are being investigated.

³⁴ The Commission officials may not use force in carrying out their investigations (ECJ, *Hoechst AG v Commission*, joined cases 46/87 and 227/88, 21 September 1989, para. 31) although they may be able to fall back on the assistance of National authorities where this is necessary to compel an undertaking to comply with an investigation. See, in general, European Commission, Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102, TFEU, 2011/C 308/06.

³⁵ ECN, *Investigative Powers Report* cit., p. 19 and ICN, *Investigative Tools Report*, cit., 15-16.

In fact, in some cases competition authorities' final decisions are "considered the only act capable of affecting the parties' rights and legitimate interests"³⁶.

Finally, there is the important question of "enforcement measures and sanctions for non-compliance", one of the most relevant points of convergence because non-compliance during investigations "is sanctioned in almost all jurisdictions"³⁷ and because there is an obligation for undertakings to cooperate in competition proceedings and especially during inspections³⁸.

Non-compliance in itself is sanctioned: it means that competition authorities can increase the effectiveness of their powers through specific tools which could represent, for undertakings, an incentive to cooperate: not only sanctions for competition infringements but also sanctions to strengthen competition institutions when prosecuting competition infringements³⁹.

3. THE POINT OF VIEW OF BUSINESSES

An inspection could be considered a problematic or conflictual moment in the relationship between authorities and undertakings, even in competition procedures.

³⁶ Ibid.

³⁷ ECN, *Investigative Powers Report* cit., p. 21 and ICN, *Investigative Tools Report*, cit., 16.

³⁸ See Fabbrica Pisana 80/334 (1980) OJ L75/30, in which the undertaking had made all its files available but had not assisted the Commission's officials in finding the relevant documents.

³⁹ See, on this point, M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, Giappichelli, 2008, 203.

Undertakings have in some cases adopted *Guidelines and internal rules* for giving instructions to be followed during a competition inspection⁴⁰. Furthermore, lawyers and business advisors provide support to undertakings in preparing a possible competition inspection, suggesting to the same undertakings how (or whether) to cooperate in order to be (at least) formally compliant and to avoid the risk of incurring fines. Furthermore, this is even more true when there are criminal sanctions for non-compliance with the power of investigations⁴¹.

On the other hand, we have to take into account that *inspections* not only represent a problematic phase in the relationship between competition authorities and undertakings but also they could represent a *relevant cost*⁴². Firstly, there could be a cost for non-compliance during the inspection, with a predictable amount (the weight of fines). Secondly, there could be a less predictable cost connected with possible reputational damage following inspection and possible sanctions⁴³.

There is, in other words, a high risk for undertakings in obstructing competition authority inspections. Many cases could be mentioned in this regard: the already mentioned E.On. case, in which the European Commission imposed a 38 million Euro fine on E.On.

⁴⁰ See the Shell Code of Conduct, section “Antitrust and Competition Law“, 2006, 14 and the Antitrust Code of Conduct of the Italian Snam, 2013, with specific reference to inspections, 28.

⁴¹ On this point, see R. WHISH, *Competition Law*, sixth Edition, Oxford University Press, 2009, 392.

⁴² See F. BLANC, *Inspection Reforms: Why, How and with what Results*, Oecd, 2012, in particular regarding the cost of inspections (“how do inspections weigh on business activity”), 9.

⁴³ On this point see G. LANGUS - M. MOTTA, *On the Effect of EU Cartel Investigations and Fines On the Infringing Firms’ Market Value*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006 where they “look for the exact dates on which some critical events of an Commission antitrust investigation take place, and – by using standard event study techniques – [they] estimate the impact that this new information (the event) has on the market prices for shares of the firms involved”.

Energie AG in 2008 for having broken a seal affixed by the Commission during its inspection⁴⁴; the Polish Competition Authority (UOKiK) have fined the telecommunication services provider Polkomtel 32 million Euro for having obstructed a dawn raid carried out by the authority in December 2009 on suspicion of anticompetitive conduct⁴⁵; the Spanish competition authority (CNC) imposed a fine of 161,600 Euro against the company Grafoplas del Noroeste S.A., for obstructing antitrust inspections and for the disappearance of documents during the inspection in October 2010⁴⁶.

Adopting this point of view, it is clear that if undertakings have a *duty to cooperate* they must at the same time be safeguarded against the possible arbitrary exercise of inspections.

A first guarantee is represented by the provision of *limits to the same power of inspection* (and, more in general, to the power of investigation): legal professional privilege

⁴⁴ European Commission, COMP/B-1/39.326, E.ON Energie AG, 30 January 2008.; General Court, 15 December 2010, *E.ON v Commission*, in T-141/08, ECR 2010, II-5761; European Court of Justice, 22 November 2012, *E.ON v Commission*, in C-89/11 P.

⁴⁵ UOKiK, Polkomtel (DOK-1/2011), 24 February 2011. See on this point M. KOZAK, *Simple procedural infraction or a serious obstruction of antitrust proceedings – are fines in the region of 30-million EURO justified? Case comment to the decisions of the President of the Office for Competition and Consumer Protection of 4 November 2011*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2011, 4(5), 283; see also K. STOLARSKI, *Fines for Failure to Cooperate within Antitrust Proceedings – the Ultimate Weapon for Antitrust Authorities?*, *ibid*, 67.

⁴⁶ Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), Resolución (Expediente SNC/0010/11 Grafoplas del Noroeste), 1 de marzo de 2011: “la actuación de GRAFOPLÁS DEL NOROESTE S.A. en el curso de la inspección desarrollada por funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia en su domicilio social el 27 de octubre de 2010 es constitutiva de una obstrucción de la labor de inspección de la CNC tipificada en el apartado 2.e) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”. CNC has imposed “una sanción de 161.600 EUROS, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.a) del artículo 63 de LDC”.

(which protects communications between legal advisors and their clients) and privilege against self-incrimination, are examples of this kind of guarantee⁴⁷.

A second guarantee is represented by *judicial review* on proportionality, both in choosing the least intrusive means to achieve information and in determining the sanction. In fact, European law is informed by a proportionality principle which allows – in our field of interest – limitation of economic freedom and to right to privacy “only if procedural safeguards are put in place and only if the goal of the inspection cannot be achieved with the use of less intrusive methods”⁴⁸. In other words, there are many cases in which competition inspections were impugned for not being strictly proportionate to their legitimate aims⁴⁹. Furthermore, there is a question of proportionality (and of related reason giving) in determining the amount of the fine and competition authorities should develop adequate criteria to this purpose.

A third guarantee is represented by the *right to defence* during the investigation, with – for example - the access to files⁵⁰. Furthermore, the right to defence involves the right to legal assistance during the investigation and in particular during dawn raids, as reaffirmed recently by the French Supreme Court in the “Car rental case”⁵¹.

⁴⁷ On this point see R. WHISH, *Competition Law*, cit, 389-391.

⁴⁸ M. BERNATT, *Powers of inspections of the Polish competition authority. Question of proportionality*, cit., 51.

⁴⁹ See, on this point, a number of cases of ECtHR, mentioned in M. BARNATT, *Powers of inspections of the Polish competition authority. Question of proportionality*, cit., 50.

⁵⁰ See S. WHITE, *Right of the Defence in Administrative Investigations: Access to the File in EC Investigations*, in *Review of European Administrative Law*, 2, 2009, 55.

⁵¹ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 27 novembre 2013, n°12-86.424.

4. THE POINT OF VIEW OF COMPETITION AUTHORITIES

If we take a look at competition inspections from the point of view of Competition authorities, further questions should be raised.

The first regards the important topic of *planning inspections*. More generally, planning control is becoming crucial in the enforcement of public law: controls must be selective and well-directed, also because controls have high cost⁵². Limited administrative resources could be strengthened also thanks to risk analysis by which it is possible to carry out controls capable of usefully combating against infringements⁵³.

This is absolutely clear, even in Italy, in the field of fiscal controls. This is becoming progressively clear also in competition investigations. A very interesting case, in this regard, is that of the Federal Trade Commission, which is in charge – from its beginning - of a wide power of case selection, “case by case”⁵⁴. In the FTC Operating Manual, “careful planning” has been considered “a prerequisite to an orderly and expeditious investigation”⁵⁵. Moreover, in planning any investigation “it is essential that the staff consider at the outset the various enforcement mechanisms that are available”⁵⁶.

The second question concerns the *administrative capacity in performing inspections*. In fact, limited resources could suggest addressing the organization of a competition authority, to reform it and make it more efficient in order to increase

⁵² F. BLANC, *Inspections Reforms: Why, How and with what Results*, cit., 16: “what do inspections cost (to the state)”.

⁵³ Ibid., 31 (risk based planning).

⁵⁴ L. J. JAFFE, *Investive and Investigation in Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1939, 1128.

⁵⁵ Federal Trade Commission, Operating Manual, ch. 3, Investigational Procedures, 2.

⁵⁶ Ibid., 3.

investigations in quantity and quality and, as a consequence, the same inspections. This is the case for the recently reformed UK Competition and Market Authority (CMA)⁵⁷: UK Treasury has estimated that the new competition authority – thanks to its increased resources and more efficient organization - will undertake additional investigations every year⁵⁸. On the other side, it is true that “greater results can be achieved when the inspection reform is part of a country-wide mid-to-long term ‘competitiveness drive’ that includes a systemic regulatory reform (not only inspection-related measures)”⁵⁹.

The third question has been developed mainly by the OECD, and regards *international cooperation in competition inspections*⁶⁰. We have already mentioned the articulated systems in which competition authorities operate (and co-operate) nowadays. Starting from 1995, the OECD has given recommendations on administrative co-operation in competition matters. More recently, the OECD Global Forum on Competition debated “Improving International Co-operation in Cartel Investigations”. The summary of discussion highlighted that there are “systemic obstacles to effective co-operation” mainly due to “differences between administrative and criminal enforcement systems”⁶¹ but also that “the majority of international co-operation takes place following confidentiality”⁶².

⁵⁷ Enterprises and Regulatory Reform Act 2013, art. 25.

⁵⁸ See Department for Business, Innovation and Skills, *A Competition regime for Growth: a Consultation on Options for Reform*, Impact Assessment, March 2011.

⁵⁹ Investment Climate Advisory Services of the World Bank group, *Inspections Reforms: Do Models Exist?*, December 2010, 29-30.

⁶⁰ See F. BLANC, *Inspections Reforms: Why, How and with what Results*, cit., 26 (Coordination issues).

⁶¹ OECD Global Forum on Competition debated in February 2012, *Improving International Co-operation in Cartel Investigations*, February 2010, 310.

⁶² Ibid.

5. SOME CONCLUSIONS

Competition enforcement is possible only thanks to organizational and procedural tools which allow competition law to become competition standard practice.

Inspection (as a procedural tool carried out by competition authorities) is a formidable means to understand if any competition infringements have taken place. So, inspections are crucial in order to put in place the “intelligent market police”⁶³ which has been considered absolutely necessary for the functioning of the market, and to rebalance the unavoidable information gap between undertakings and competition authorities.

Moreover, inspections (and subsequent sanctions) simultaneously have a deterrent effect from engaging in anticompetitive behaviour⁶⁴ and a positive effect on the degree of market competition⁶⁵. Competition investigations (and specifically inspections as part of investigations) are crucial to performing the competition authority “prophylactic function”⁶⁶, indispensable for improving competition in the market.

There is, however, a great debate on inspection reforms as a general topic, because inspections are considered more and more decisive for regulatory enforcement (also in the

⁶³ W. ROEPKE, *The social crisis of our time*, cit.

⁶⁴ See G. LANGUS - M. MOTTA, *On the Effect of EU Cartel Investigations and Fines On the Infringing Firms' Market Value*, cit., 1.

⁶⁵ On this point see A. ÇELEN - B. GÜNALP, *Do investigations of competition authorities really increase the degree of competition? An answer from Turkish cement market*, in *Prague Economic Papers*, 2, 2010.

⁶⁶ E. PENDLETON HERRING, *Federal Commissioners. A study in their careers and qualifications*, cit., 116.

field of competition)⁶⁷.

In this regard, we should mention the debate about criminalization of EU competition law⁶⁸, which is absolutely consistent with the wider tendency towards “the new punitive regulation”⁶⁹. This debate might even sound strange in some legal systems (such as the Italian one or in other legal systems characterised by a dirigist tradition, such as in France) where the State itself and other Regional and local institutions have largely contributed to restricting or distorting competition by adopting anticompetitive regulation⁷⁰. A criminal enforcement for competition infringements (and for the violation of the duty to cooperate in inspections) could be embarrassing in these cases: in fact, criminal enforcement “may not lead to compliance”⁷¹. Moreover, criminal sanctions in some regulated sectors in Italy (e.g. financial regulation) have been simply ineffective because of recurrent amnesties and pardons which undermine the deterrent effect of the sanctions⁷².

⁶⁷ See, on this point, HM Treasury, Hampton Report, *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement*, March 2005, 1, “there should be no inspections without a reason, and data requirements for less risky businesses should be lower than for riskier businesses; resources released from unnecessary inspections should be redirected towards advice to improve compliance”. See also F. Blanc, *Inspection Reforms: Why, How and with what Results* cit.

⁶⁸ See W. P. J. WILS, *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?*, in K. J. CSERES - M.P. SCHINKEL - F.O.W. VOGELAAR, (eds.) *Criminalization of Competition Law Enforcement: Economic and Legal implications for the EU member States*, Edward Elgar Publishing, 2006, 60.

⁶⁹ R. BALDWIN, *The New Punitive Regulation*, in *The Modern Law Review*, vol. 67, May 2004, 351.

⁷⁰ See OECD, *Review on Regulatory Reform, Italy, Better Regulation to Strengthen Market Dynamics*, 2009, 179.

⁷¹ See R. BALDWIN, *The New Punitive Regulation*, cit., 351.

⁷² On the general limits of criminal sanctions for economic offences, in see H. L. PACKER, *The limits of criminal sanctions*, Stanford, Stanford University Press, 1968, 356.

Which conditions could increase the deterrent effect of inspections and their positive effects on competition? Is a sort of convergence (or even uniformity) necessary for the legal regimes of competition inspections between the different competition systems? Is it necessary to strengthen authoritative profiles of legal provisions which regulate competition inspections?

First of all, a convergence in rules may not be indispensable. However, a *convergence in the principles* which inform investigations (and inspections) in competition proceedings is important; this could ensure an analogous degree of protection for affected fundamental rights as well as an acceptable degree of market competitiveness.

Furthermore, it is important to evaluate *convergence in the effects* of procedural rules which regulate inspections in every (national or European) competition systems. There is no complete uniformity between competition systems all over the world, as the already mentioned ECN and ICN Reports have demonstrated. In some cases it could be better to reduce un-announced inspections⁷³ while in other cases it could be better to increase them temporarily: it would depend (in part) on the degree of competition in the national market and (in part) on specific characteristics of the legal system. In this regard, the same European power of inspection (also in competition proceedings), which seems to be characterized by a lower degree of *puissance public* (because it is not assisted by autonomous coercion like corresponding State powers), has been considered as being informed by “*un pouvoir très réel de commandement*”⁷⁴.

Secondly, instead of increasing authoritative profiles of inspections it could be useful to *strengthen administrative capacity* to intervene in the market (as in the recent UK

⁷³ See, on this point, M. BERNATT, *Power of inspection of the Polish competition authority. Question of proportionality*, cit., 64.

⁷⁴ J.-B. AUBY, *Le pouvoirs d’inspections de l’Union européenne*, cit., 140.

reform of Competition authorities) and to *strengthen administrative co-operation* (also at supranational and international levels)⁷⁵: in fact, according to an economic approach, if we increase the risk of incurring a sanction (without changing the weight of the fine) compliant behaviour could improve⁷⁶.

Thirdly, instead of increasing authoritative profiles of inspections (connected with the duty “to cooperate fully and actively with the inspection”⁷⁷) it could be more effective to look at the way in which *compliance* is achieved⁷⁸. There are several instruments which competition authorities can use for this purpose: competition assessment, for example, but also a behavioural approach in regulating and in conducting inspections. This approach, in particular, suggests that individuals and firms react positively and comply not only by responding to disincentives (such as fines) but also to positive incentives⁷⁹. Correctness on the part of undertakings, for example, should be rewarded by competition authorities with a public recognition which could impact positively on reputation (and indirectly on the market value of the firm).

⁷⁵ See, on this point, ECN, Recommendation on Investigative Powers, Enforcement Measures and Sanctions in the Context of Inspections and Requests for Information, Recommendation on Assistance in Inspections Conducted under article 22(1) of Regulation (EC) No. 1/2003, Recommendation on the Power to Collect Digital Evidence, Including by Forensic Means (December 2013).

⁷⁶ See, on this point, G. BECKER, *Crime and punishment: An economic approach*, in *Journal of Political Economy*, 76, 1968, 169 and A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, 1994, Oxford.

⁷⁷ European Commission, *Explanatory note to an authorization to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003*, point 11.

⁷⁸ See F. BLANC, *Inspections Reforms: Why, How and with what Results*, cit., 75 (Promoting compliance).

⁷⁹ The paradox of control has been described by K. HAWKINS, *Law as Last Resort. Prosecution Decision-Making in a Regulatory Agency*, Oxford University Press, 2002, 299: “under certain condition the suspension of formal legal action may serve to produce compliant behaviour more effectively than actual enforcement”.

Sanctions, in this light, remain absolutely important, as a bastion for public power, but really they should be considered as an *extrema ratio*⁸⁰ because “the good inspector [...] has the knack of gaining compliance without stimulating legal contestation”⁸¹, in other words he should be capable of mixing “carrots and sticks”⁸².

⁸⁰ About the need to optimize antitrust sanctions, see J. M. CONNOR - R. H. LANDE, *Cartels as Rational Business Strategy: Crime pays*, in *Cardozo Law Review*, vol. 34, December 2012, in particular 430 where optimal deterrence is described.

⁸¹ E. BARDACH - R. A. KAGAN, *Going by the Book. The Problem of Regulatory Unreasonableness*, originally published in 1982, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2010, 128. See also F. BLANC, *Inspection Reforms: Why, How and with what Results*, cit., 4 (Inspection and enforcement procedures).

⁸² On this point see D. J. WALSH, *Carrots and Sticks—Leniency and Fines in EC Cartel Cases*, in *European Competition Law Review*, Vol. 30, Issue 1/2009, 30. See also G. DARI-MATTIACCI - G. DE GEEST, *Carrots, Sticks and the Multiplication Effect*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, 2009.

**ASPECTS OF JUDICIAL ACTIVISM
IN GREEK POLITICAL AND ADMINISTRATIVE CULTURE**

**Vasileios G. TZEMOS - Maria-Eliana PRAVITA - Anthony
MAKRYDEMETRES**

INDEX

- 1. THE CONSTITUTIONAL CONFINES OF THE JUDICIARY**
- 2. THE POTENTIAL OF JUDICIAL ACTIVISM**
- 3. CONTAINING DISCRETIONARY ADMINISTRATION**
- 4. TWO PARTICULAR DEFINITIONS OF JUDICIAL ACTIVISM**
- 5. ACTING UNDER THE SUSPICION OF JUDICIAL ACTIVISM**
- 6. LEGAL SOURCES, LEGAL RULES AND MODES OF
INTERPRETATION**
- 7. JUDICIAL ACTIVISM IN GREEK JURISPRUDENCE**
- 8. THE TEMPTATION OF ACTIVISM**

REFERENCES

ABSTRACT

The Greek political system is organised according to the principle of separation of powers (legislative, executive, judicial). The differentiation of jurisdiction in a unified political system is of a relative and not of an absolute nature, so that certain procedures of interdependence and crossing of authorities may be taken account of. Judicial activism rises in cases where a judicial organ seems to be setting itself a legal rule, as well as in cases where a judicial decision may seem to proceed to a displacement of an administrative one. Within

the Greek judicial practice can be discerned a degree of ‘decentralisation’ and diffusion of the spots of likely judicial activism.

1. THE CONSTITUTIONAL CONFINES OF THE JUDICIARY

The Greek political system is organised according to the principle of separation of powers, which is considered as a precondition and guarantee for the normal functioning of democracy and the protection of human rights. A fundamental dimension of this principle is the division of jurisdiction and responsibility among the basic organs and institutions of the political system.

Thus, article 26 of the Greek Constitution provides that the legislative function is exercised by the Parliament and the President of the Republic, the executive function is assigned to the President of the Republic and the Government, and the delivery of justice belongs to the Courts, whose decisions are enforced in the name of the Greek people.

The division of authority among the basic organs of the political system forms a principle of political organisation that is of general value almost in all contemporary political systems which purport to function in a democratic manner. Separation of powers and the provision of respective checks and balances in the exercise of authority forms a precondition to liberty and democracy according to this most fundamental principle based on experience. The main value of separation of power is that each distinct institutional bloc may provide

checks and balances to the potential of concentration of more power by the other (thus, “*le pouvoir arrête le pouvoir*”, as Montesquieu (1994 A: 297) put it)¹.

The separation of functions or jurisdiction among the three main sets of authorities of modern polity (legislative, executive, judicial) forms the *Grundnorm* on the basis of which the functioning of democratic political systems is organised. In particular, it is a method of averting concentration of power in any one of the major power blocs of the state. In historical terms the executive authority, which is the oldest and the most powerful of the rest, is thereby circumscribed (because of the independence of the other two) in its potential to usurp of either legislative or judicial authority. Respectively, the legislative power may not legitimately either execute the laws or arbitrate nor the judicial power legislate or implement policy decisions.

The normal functioning of democratic politics depends therefore upon the respect of this kind of separation of authorities and the division of responsibilities. Needless to say that the differentiation of jurisdiction in a unified political system is of a relative and not of an absolute nature, so that certain procedures of interdependence and crossing of authorities may be taken account of. The most significant of them is that in parliamentary systems, for instance, the Government is based on the support of the legislative branch, and the appointment of the heads of the judiciary is the outcome of choices made by it (the Cabinet).

Independence would not, however, be seen to undermine the fundamental division of authorities and responsibilities among distinct institutions. The coordination and the necessary integration of the political system as a whole depend on the respect of the relative authority and the complementarity of functions of each branch of the state (legislative,

¹ As James Madison put it in his intervention in the *Federalist Papers* (N° 47): “*The accumulation of all powers, legislative, executive and judiciary, in the same hands, whether of one, few, or many, and whether hereditary, self-appointed or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny*” (1961: 301).

executive, judicial). The more delicate the balance among the various organs of the state, the greater the legitimacy of the political system as a whole. That is the essence and hidden value of democratic governance.

2. THE POTENTIAL OF JUDICIAL ACTIVISM

Part E of the Greek Constitution enhances principles and rules that refer to the judicial power which is responsible for the delivery of justice on concrete cases. In order to fulfill its mission, the judicial authority is vested with personal and functional independence of the judges, who enjoy the constitutional guarantee of tenure in the performance of their duties. The judiciary has according to the Constitution the authority to examine not only the legality in the performance of the executive organs of the state, but also the constitutionality of the laws themselves (Ktistaki & Papadimitriou, 1998: 927-928). Namely, the judiciary is enabled with authority to decide in particular cases, whether concrete legal enactments contravene the Constitution and are ordained not to apply any law that is contrary to the Constitution. As a matter of fact, according to the Greek constitutional tradition, all judicial formations (even courts of first instance) are vested with the authority to review the constitutionality of all Greek law.

The tradition of judicial review of all pieces of legislation has been perceived as a bastion of constitutionalism and respect for the rule of law as well as an institutional guarantee of democracy. If combined, however, with a spirit of legalism or formalism, in the sense of mistrust to executive governance, may not eschew the criticism of undue judicial activism.

The phenomenon of judicial activism, in the negative sense, refers to instances of excessive intervention on the part of judicial organs in matters of setting or implementing legislation. In particular, judicial activism rises in cases where a judicial organ seems to be setting itself a legal rule, as well as in cases where a judicial decision may seem to proceed to a displacement of an administrative one.

As far as the review of constitutionality of ordinary legislation, judicial activism is exhibited whenever a court of justice seems to overstretch its legitimate review of the formal status of positive legislation getting into matters of policy options and decisions. Political expediency or issues of ideology and policy aims cannot be assessed nor reviewed by legal means in an objective manner.

A characteristic example of an instance of overstretching of judicial reasoning into areas of political choice may be discerned in a recent ruling of the Council of State concerning legislation providing for the citizenship rights of residents of non-European origin and their participation in local elections (Law 3838/2010). Since the relevant constitutional clause assigns a wide discretion to Parliament to specify the conditions for acquiring Greek citizenship, a court of justice cannot assume the role of specifying these conditions by interpreting the Constitution in a ‘creative’ or farfetched manner. By doing so the judge would exhibit an instance of rather excessive or undue judicial activism. His constitutional authority is not to set but to apply the law already set by Parliament.

A more complicated argument would hold, however, that the court of justice in contemporary society is not simply the mouth pronouncing the law; it does also have the authority to interpret the spirit of constitutional principles or general ideas especially in ‘hard’ cases of value conflict or disagreement (Latournerie, 2011: 135 ff., especially 137). But when matters are pretty clear and straight forward, there is no need for interpretation: *interpretatio cessat in claris*. Otherwise by acts of interpretation courts of justice might be seen as getting involved even in a latent manner in areas of legislation, which lies outside their legitimate field of jurisdiction according to the Constitution.

3. CONTAINING DISCRETIONARY ADMINISTRATION

The exercise of administrative discretion which is intrinsic to executive action has to take place within the confines of law, *secundum legem* and not beyond it (*ultra vires*). To the extent, however, that administrative organs and authorities are assigned by respective pieces of legislation with the discretionary authority to determine in particular cases how to

act and serve in their best reasoned judgment the public interest, it is hard to set in a fixed manner the exact limits of control of legality on the part of the courts of justice.

There is no doubt that in a law abiding polity whenever administrative organs exercise their discretion by reaching respective decisions have to uphold the fundamental principle and values of the rule of law and uphold the Constitution.

The review of legality of administrative discretion by the courts of (administrative) justice in concrete cases brought before them raises for them too a wide area of discretionary judgment concerning the evaluation of the lawfulness (fidelity to law) of administrative action. Their control consists of the assessment and the evaluation of whether the Administration has exceeded the outer limits of its discretionary authority and jurisdiction, so that a reversal or correction of its performance ought to take place. Judicial activism in that case may be seen to be rising whenever the courts substitute the content of the administrative decision rather than correct its unlawfulness.

To the extent, however, that administrative action is beset by value loaded or indeterminate notions, the performance of respective organs takes place within an open textured area of law verging on policy choices that cannot be easily assessed by concrete legal standards on the part of the courts of justice. If the latter are tempted into those policy areas of vague notions and political considerations can be seen as exhibiting instances of undue judicial activism. That occurs whenever administrative action purports to serve the public interest, social peace, common interest, public order, economic development, protection of the environment, due time and so on. These notions invite for value judgments and assessment for the respective social phenomena and situations, which are subject to political disagreement and even social conflict.

On these occasions it is very hard on the part of the courts of justice to maintain straight line between activism and restrain. As John Locke had already envisaged (1990: 212), “*the executive authority is assigned with discretion to do many things on choice without clear guidance by law*”. That may perhaps be due to the recognition of the impotence of deciding in advance in detail matters of social and economic life in a most dynamic era. On

these occasions the law is limited into setting a rather loose framework in the context of which administrative action may subsequently take place.

Even a concrete order in an institutional setting might allow a room of discretion on the part of each recipient².

An indicative instance of judicial activism exhibited by courts in setting the limits of administrative discretion refers to the clarification of the legitimate responsibilities of local authorities in serving the local interest by their action. Nor the Constitution neither the respective legislation specify in more concrete sense the notion of ‘local interest’. The Council of State, traditionally, upholds a policy of judicial interpretation of the above notion in a rather narrow manner, leading thus to solutions or choices in favor of state responsibility. Namely, the responsibility of local authorities to serve the local interest tends to be interpreted on the part of the courts in a narrower rather than broader sense recognising for them a circumscribed area of responsibility in serving the local interest. That may be considered as an instance of judicial activism. As a result, the discretionary authority of central organs of the state seems to be augmented.

A further instance of judicial activism seems to be taking place whenever the courts of justice are tempted to substitute the administrative decision in case that the Administration delays or refuses to correct its performance in accordance to the ruling of successive judgments of the courts of justice condemning its previous conduct.

The opinion has been advanced that, if the Administration keeps on delaying in enforcing the respective judicial decision, the courts of justice could even proceed in a positive action by supplying an administrative decision themselves (Symeonides, 2003: 270,

² According to the relative example referred to by Kelsen (1990: 128), “*if official A orders official B to arrest subject C, B must use his own discretion to decide when, where, and how he will carry out the warrant to arrest C; and these decisions depend upon external circumstances that A has not foreseen and for the most part cannot foresee*”.

Rantos & Papaspyrou, 2006: 29-30). That may be seen as an example of legitimate judicial activism. The point is whether this kind of conduct on the part of the court of justice contravenes the constitutional confines of its legitimate role and jurisdiction. Substituting or even replacing administrative performance would seem to amount to a gross violation of the principle of separation of powers. The first to blame for that, however, is the Administration itself, to the extent that it fails to correct its performance in accordance to the ruling of a court of justice. For the latter, nonetheless, to proceed to substituting the administrative decision itself would seem to be a little bit off the limits (Makrydemetres & Pravita, 2010).

4. TWO PARTICULAR DEFINITIONS OF JUDICIAL ACTIVISM

The notion judicial activism (Scharpf, 1965, Schuppert, 1980, Tzemos, 2004: 65 ff., Lindquist & Cross, 2009) could further be specified into two more concrete ways (Tzemos, 2010a: 737 ff.). Thus, judicial activism takes place when a judge, in order to decide upon a case brought before him/her, does not apply standing regulations (that is, he/she does not subsume the real facts of the case at hand into a pre-standing written or unwritten legal rule), but proceeds into setting a new rule. In that case a judicial formation, within the framework of exercising its jurisdictional function, produces a new legal rule for the needs of a specific case – “*it legislates on a specific case*”.

However, according to a second approach, each form of specific formulation of a new legal rule by a court does not automatically translate into judicial activism. The stand of the court producing a new legal rule would be described as ‘activist’ only when the new specific ruling appears arbitrary or influenced by the court’s (i.e. the judges’) political assumptions or choices. Hence, judicial activism cannot take place unless the judicial decision suffers from evaluative considerations or arbitrariness on the part of the judge. When the formulation of the new legal rule takes place in a specific case so that the court provides a solution to a problem brought before it, or when it takes place in the spirit of the respective legal order and not arbitrarily, that cannot be considered as judicial activism.

The first sense of judicial activism is theoretically more lucid, armed with arguments stemming from the principles of democracy, the rule of law and the distinction of powers. It is also clearly inspired by the positivist school of jurisprudence (Kelsen, 1949, Dias, 2005). The second one is more realistic and functional, appreciating significant transformations within the positivist legal paradigm that characterise modern general theory of law (Dworkin, 1977, Alexy, 1994, Rawls, 1999, as well as Sourlas, 1995, Stamatis, 2002). In short, one may define judicial activism according to an organic-formal criterion or according to a functional criterion.

5. ACTING UNDER THE SUSPICION OF JUDICIAL ACTIVISM

Judging may be analysed into three distinct categories (Tzemos, 2010a: 737 ff.): a) adjudicating upon a specific case brought before a court by applying a generally standing legal rule. Doing so, the judge exercises his/her jurisdiction by subsuming the facts of the specific case to the premise of an already standing legal rule. In applying standing and clear cut law, there is no room, there can be no place for judicial activism. The court's ruling may be correct or incorrect in the sense that it may be based upon a correct or erroneous interpretation of the law or submission of the true facts to a rule of law.

b) Within a second category of cases, the judge, despite the fact that there is a standing legal rule in force, in order to solve the case brought before him/her, does not apply the aforementioned legal rule, as the judge ought to, but proceeds into modifying it, thus creating a new legal rule, or failing to take it into consideration, oversees it, and does not apply it. In this type of cases there appears to take place non-permissible judicial activism regardless the particular criterion along which it can be defined.

c) Within a third category of cases, the judge is called to solve issues brought before the court, without there being a clear cut legal rule offering a specific solution to the case. In this instance, the court proceeds into formulating a new legal rule, on the basis of which the specific case is dealt with. The law-making or 'law-production' of the judge for the needs of the specific case may either be derived from the spirit, or the 'system' of existing legal order,

or be pronounced in a creative manner by himself, on the basis of the appreciative system of the court. Law-setting emerges in both cases. When the judge's jurisdictional boundaries are extended to 'specified legislation' to avoid denial of justice³, law-production that derives from the spirit and the economy of law can be seen as a legitimate ('benevolent') form of judicial activism according to the organic criterion or as non-employment of judicial activism according to the functional criterion. On the contrary, the specified formulation of a new legal rule in an arbitrary manner by the judge constitutes whatever the case may be illegitimate ('malevolent') judicial activism.

6. LEGAL SOURCES, LEGAL RULES AND MODES OF INTERPRETATION

The specific form that the sources of law may develop within a legal order, the nature and function of the legal rules within it and the manner of functioning and the hierarchy of the methods of interpretation perform a significant part in determining the jurisdictional boundaries of the judicial power within the specific legal order.

The sources of law⁴ differ in accordance with the particular nature of each legal order, and cannot be examined in a general and abstract way, as if legal orders constituted an homogeneous whole. Depending on the "*existential constitutional characteristics*" (Tzemos, 2010a: 737 ff.) of each legal order, its sources of law are formed and placed in hierarchical

³ Explicitly so, within the Swiss legal order, see article 1 of the Swiss Civil Code, where, as long as there appears a vacuum of law, the judge is granted with the power to legislate in a specific case. Regarding the European legal order this theory is convincingly and strongly maintainable, but not definite.

⁴ Regarding the sources of Greek law, see Aravantinos, 1983: 79 ff., Spyridakis, 1985: 13 ff., Panagopoulos, 1999: 18 ff., Georgiades, 2002: 18 ff., Stamatis, 2002: 107 ff., Spyropoulos, 2006: 4 ff., Spiliotopoulos, 2011: 35 ff., Gaudemet, 2009: 249 ff.

context. As sources of law are considered the different kinds and categories of written or unwritten general and abstract rules of law of each legal order.

Within continental legal systems⁵ the sources of law are as a rule written and only exceptionally unwritten. The latter may occur under the condition that particularly strict presuppositions concur (mainly the fulfillment of the conditions for custom-establishment). The jurisprudence of the courts, according to the established view (Spyropoulos, 2006: 116 ff.) does not constitute a source of law. On the contrary, within the Anglo-Saxon legal tradition (Fromont, 2009: 92 ff., Graf v. Bernstorff, 2006, Feldman, 2004), the judgments of the courts form a main source of law in accordance with the principle of the precedent. The law of the European Union falls under neither of these two basic traditions of legal systems, but stands in an innovative position regarding the nature of the sources of law, as it is creatively and partially influenced by both. The sources of the law of the European Union lay closer to the sources of the continental law, where, according to the leading opinion, the judgments of the court are not a source of law. The European legal order is constituted by legal rules of the primary ('constitutional'), the secondary (derivative) European law and the international conventions, which the European Union concludes, but also by unwritten general principles of European law. The general principles of European law are usually the product of solid jurisprudence of the Court of the European Union (Tridimas, 2006).

The nature and structure of the rules of law⁶ also tend to be transformed (Tzemos, 2010b: 54 ff.). Within the positivist continental legal orders the legal rule assumes the structure of a rational judgment and more specifically of a hypothesis comprised of premises (major and minor ones). It is composed by two sentences, one hypothetical (real one) and one as a main sentence (legal consequence). The legal rule defines the legal consequence that

⁵ The Greek law belongs to this system (Fromont, 2009: 17 ff.).

⁶ For the Greek legal order see Michelakis, 1968: 21 ff., Aravantinos, 1983: 123 ff., Spyridakis, 1985: 29 ff., Stamatidis, 2002: 12 ff.

takes place, when certain real events occur. Practically, it has the structure of a conclusion (legal consequence), to which the applicant of the law (judge or administrative official) reaches or does not reach a decision by submitting the real facts of each case at hand to the legal rule (major premise of it). Based on this classic motif, the legal rule is fully binding, structurally predetermined, of a generally being in force content. Through the procedure of submission of the real facts of a specific case to a legal rule, the latter is either applied or not applied. It cannot be applied a little or a lot. Neither can it be modified, as a rule, by the judge. It can only be differently interpreted.

Nevertheless, within the contemporary legal world, there globally appears a tendency that transpires all kinds of systems: the legal rule is rapidly evolving into a more pliable structure. It is transformed into a principle-value that tends to realisation, without being generally and abstractly fully binding. This principle is applied by the judge, not through the procedure of submitting real facts to a clear cut legal rule, but through its interpretation and application in accordance with standing principles, such as those of justice, equity, proportionality and so on (Gerapetritis, 1997, Orfanoudakis, 2003, Tzemos, 2004, 2009: 402 ff., 2010: 54 ff.), as well as the principle of subsidiarity especially within the context of European law. Focal point of this view of the sources of law is the part of the measuring tools that are prone to more flexible and unpredictable dynamics than the classic, static yet relatively safe traditional method of submission of the facts of minor premise to the abstract rule of the major one. The judge, within the framework of the new era of the legal interpretation, gets transformed from applicant of the law into a mediator in the creation of law.

Furthermore, depending on the methods of interpretation of the law (Spyropoulos, 1999, Stamatis, 2002: 254 ff.) within a legal order, the width of the jurisdictional field of discretionary action of the judge is also affected. The main methods of legal interpretation are the grammatical, the systematic and the teleological one, the historical and the comparative ones being of a subsidiary nature. Within the positivist context of a traditional legal structure, the grammatical interpretation plays the dominant part, whereas the systematic and teleological ones complete the interpretational gaps that the former leaves open. On the contrary, within the framework of the non-strictly positivist legal orders, such

as that of European law with its intense/genial teleology (Tzemos, 2009: 402 ff.), but also within the radically and extendingly rising empire of the legal rules/principles/values nexus (Tzemos, 2010b: 54 ff.), the teleological interpretation obviously acquires a more principal part.

7. JUDICIAL ACTIVISM IN GREEK JURISPRUDENCE

The clarification of the legitimate jurisdictional boundaries of a court presupposes the distinction of powers, the distribution of competences among the main organs that constitute the legal order, to which the court falls under.

Greek legal order, as it has already been mentioned (ante, I), adapts the principle of the distinction of powers (Montesquieu, 1977, Schefold, 2000: 148 ff., Kingston, 2009)⁷. The strict traditional tripartite distinction of the powers is not, however, apposite to describe precisely the boundaries between ‘benevolent’ and ‘malevolent’ judicial activism within the Greek state.

The democratic principle (Zacher, 1969, Böckenförde, 1991)⁸ sets additional boundaries to the role of the judiciary. The judges, in most modern states, are not democratically elected by the people. They lack democratic legitimation of the sort that the legislative organs of the state enjoy legislative competence. In contemporary democracies directly elected by the people politicians assume the uppermost competence and

⁷ In Greek legal order see Chryssanthakis, 1992, Fortsakis, 2000: 745 ff., Mavrias, 2005: 349 ff., Pantelis, 2007: 134 ff., Venizelos, 2008: 381 ff.

⁸ In Greek legal order see Kassimatis, 1975: 5 ff., 1980: 15 ff., Tsatsos, 1982: 227 ff., Pararas, 1985: 4 ff., 2002: 581 ff., 2004: 79 ff., Chrysogonos, 2003: 221 ff., Contiades, 2003: 621 ff., Dimitropoulos, 2004: 432 ff., Mavrias, 2005: 349 ff., Chryssanthakis, 2007: 53 ff., Pantelis, 2007: 72 ff., Venizelos, 2008: 344 ff.

responsibility of issuing the written rules of law. The democratically elected legislator holds the real competence of competence within a democratic legal order. In that sense pretensions of ‘law-creation’ on the part of the courts, contradicts the democratic principle.

The principle of the rule of law also plays a significant part in the determination of the jurisdictional boundaries of the judiciary in Greek legal order. The maintenance of the law of the land requires that the judiciary upholds and looks after the positive law in the country as determined by respective acts of Parliament. The rule of law does also suggest an avoidance of expansion of the jurisdictional boundaries of the courts towards the dangerous gates of judicial activism. Otherwise the balancing of the legal order as a whole may be put at risk.

8. THE TEMPTATION OF ACTIVISM

The judicial control of constitutionality of the laws forms a basic structural source of ‘judicial activism’ (Würtenberger, 1998: 57 ff.). In the Greek judicial system (Spyropoulos and Fortsakis, 2009: 206 ff., Tzemos, 2010a), every court is competent to judge on the conformity of a legal provision with the Constitution. The tradition of so-called ‘diffused’ control of constitutionality is opposed to the ‘concentrated’ control that obtains in most European countries with a Supreme Constitutional Court, such as Germany, Spain or even France (Constitutional Council). The lack of such a court in Greece enables all courts of justice to decide upon the constitutionality of a legal provision.

The Supreme Special Court is not a ‘regular’ or standing court, since it sits only when a case falling within its jurisdiction arises. Its role is then mainly: a) to resolve disputes between the Supreme (Civil and Administrative) Courts or between the courts and the Administration, b) to take an irrevocable decision, when contradictory decisions of the Supreme Courts, concerning the true meaning or the constitutionality of a legal provision, are issued, c) to judge the pleas against the validity of the result of the parliamentary elections. Consequently, it is the only court that can declare an unconstitutional legal provision ‘powerless’ (not ‘null and void’) and expel it from the Greek legal system. All

the other courts can only declare it as ‘inapplicable’ for the particular case. The decisions of the Supreme Special Court are binding for all other courts, including the Supreme Courts (Court of Appeal, Conseil d’État, Cour des Comptes).

Consequently, within the Greek judicial practice can be discerned a degree of ‘decentralisation’ and diffusion of the spots of likely judicial activism. That may entail, however, certain legal insecurity, since there is not always a supreme and final constitutional judge. On the other hand, ‘malevolent judicial activism’ of the Supreme Courts may prove to be rarer and less imposing against the democratically legitimised political decisions.

REFERENCES

Alexy R. (1994), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Aravantinos I.P. (1983), *Introduction to the Science of Law*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Böckenförde E.W. (1991), *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Chryssanthakis Ch. (1992), *The constitutional consolidation of the distinction of powers*, Administration and Polity. Studies 2, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Chryssanthakis Ch. (2007), *Counsels on Constitutional Law*, Athens: Nomiki Bibliothiki (Jurists’ Library) Publications [in Greek].

Chrysogonos C. (2003), *Constitutional Law*, Athens-Thessaloniki: Sakkoulas Publications [in Greek].

Contiades X.I. (2003), “The democratic principle as an organisational foundation of the legal order of the Union”, *To Syntagma (The Constitution)*, 29(4), 621-647 [in Greek].

Dias G.N. (2005), *Rechtspositivismus und Rechtstheorien*, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag.

Dimitropoulos An. (2004), *General Constitutional Theory*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Dworkin R. (1977), *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Feldman D. (2004), *English Public Law*, Oxford: Oxford University Press.

Fortsakis Th. (2000), “The administrative judge and the distinction of powers” in: *Kratos - Nomos - Diikisi (State - Law - Administration)*, Collated by Epam. P. Spiliotopoulos, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers, 745-760 [in Greek].

Fromont S.M. (2009), *Grands systèmes de droit étranger*, Paris: Dalloz.

Gaudemet Yv. (2009), “Thoughts on the evolution of the sources of Administrative Law, especially of the French Administrative Law”, *To Syntagma (The Constitution)*, 35(2), 249-265 [in Greek].

Georgiades Ap. S. (2002), *General Principles of Civil Law*, 3rd edition, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Gerapetritis G. (1997), *Proportionality in Administrative Law: Judicial review in France, Greece, England and in the European Community*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers.

Graf v. Bernstorff Chr. (2006), *Einführung in das Englische Recht*, München: Beck Verlag.

Hamilton Al., J. Madison & J. Jay (1788), *The Federalist Papers*, New York: NAL Penguin (1961).

Kassimatis G. (1975), “On the fundamental principles of the Constitution”, *To Syntagma (The Constitution)*, 1(1), 5-26 [in Greek].

Kassimatis G. (1980), *Constitutional Law II, The functions of the state*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Kelsen H. (1949), *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Kelsen H. (1990), “On the Theory of Interpretation”, *Legal Studies*, 10(2), 127-135.

Kingston R. (2009), *Montesquieu and his legacy*, Albany, NY: State University of New York Press.

Kombos C. (2010), *The ECJ and Judicial Activism. Myth or Reality?*, Athens-Thessaloniki: Sakkoulas Publications.

Ktistaki St. & V. Papadimitriou (1998), “Le rôle des juges dans la formation du droit public: Activisme ou autolimitation?”, *Revue européenne de droit public*, 10(3), 925-954.

Latournerie D. (2011), *The Council of State. “In the name of the French people...”*, Centre of European Constitutional Law, Constitutional Law in Europe. Studies 17, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Lindquist St. & Fr. Cross (2009), *Measuring Judicial Activism*, Oxford: Oxford University Press.

Locke J. (1990), *Second Treatise of Government*, Philosophical and Political Library 33, Athens: Gnosi (Knowledge) Editions [in Greek].

Makrydemetres Anth. & M.-El. Pravita (2010), “Does Greek Public Administration Comply with Judicial Decisions?”, *Efarmoges Dimosiou Dikaiou (Applications of Public Law)*, ΚΓ'(I), 1-20 [in Greek].

Mavrias C. (2005), *Constitutional Law*, 4th edition, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Michelakis Emm. M. (1968), *Introduction to law and to the science of the law*, Athens [in Greek].

Montesquieu (1977), *The spirit of laws*, Berkeley, CA: University of California Press.

Montesquieu (1994), *The spirit of laws*, vol. A, B, Philosophical and Political Library 47-48, Athens: Gnosi (Knowledge) Editions [in Greek].

Orfanoudakis S. (2003), *The principle of proportionality*, Critical Studies of Constitutional Law and Politology 11, Athens-Thessaloniki: Sakkoulas Publications [in Greek].

Panagopoulos C.D. (1999), *Introduction to Law and to Civil Law*, Athens: Dikaio kai Oikonomia (Law and Economy) - P.N. Sakkoulas Publications [in Greek].

Pantelis Ant. M. (2007), *Constitutional Law*, 2nd edition, Athens: Livani Publishing Organisation [in Greek].

Pararas P.I. (1985), *Constitution 1975, Corpus*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Pararas P.I. (2002), “The constant Democracy”, *Hellenic Review of Human Rights*, IV(14), 581-591 [in Greek].

Pararas P.I. (2004), “The participatory Democracy”, *Hellenic Review of Human Rights*, VI(21), 79-99 [in Greek].

Rantos Ath. & N. Papaspyrou (2006), *Administrative compliance to judicial rulings*, Association of Judicial Studies, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Rawls J. (1999), *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Scharpf F.W. (1965), *Grenzen der richterlichen Verantwortung. Die politikal question Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court*, Karlsruhe: FC Müller Verlag.

Schefold D. (2000), „Gewaltenteilung und Alternative Modelle demokratischer Legitimation“ in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), *Demokratie und Grundgesetz*, Baden Baden: Nomos Verlag, 148-155.

Schuppert G.F. (1980), *Funktionell rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Königstein/Ts: Athenäum.

Sourlas P. (1995), *Justi atque injusti scientia. An introduction to the Science of Law*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Spiliotopoulos Ep. P. (2011), *Administrative Law*, vol. 1, 14th edition, Athens: Nomiki Bibliothiki (Jurists' Library) Publications [in Greek].

Spyridakis I. (1985), *General Principles of Civil Law*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Spyropoulos Ph. C. (1999), *The interpretation of the Constitution*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Spyropoulos Ph. C. (2006), *Introduction to Constitutional Law*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Spyropoulos Ph. C. and Th. P. Fortsakis (2009), *Constitutional Law in Greece*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers.

Stamatis C. (2002), *The foundation of legal estimations. Introduction to the methodology of law*, Athens-Thessaloniki: Sakkoulas Publications [in Greek].

Symeonides I.L. (2003), “Dealing with administrative non-compliance to judicial decisions. Recent jurisprudence and perspectives post the Code of Administrative Process and the revised Constitution”, *Epitheorisis Dimosiou Dikaiou kai Dioikitikou Dikaiou* (Review of Public Law and Administrative Law), 47(2), 254-272 [in Greek].

Symeonides I. (2010), “Upgrading the role of administrative judge in the post-modern era, limitations of administrative responsiveness and the need for a different discourse”, *Efimerida Dioikitikou Dikaiou* (Journal of Administrative Law), 3, 386-399 [in Greek].

Tridimas T. (2006), *The general Principles of EC Law*, Oxford: Oxford University Press.

Tsatsos D. Th. (1982), *Constitutional Law*, vol. Ia, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Tzemos V. (2004), *Das Untermaßverbot*, Europäische Hochschulschriften II: Rechtswissenschaft 4006, Frankfurt am Main: Peter Lang.

Tzemos V. (2009), “The principle of proportionality in European Law” in: Kallimopoulos G.D. and N.K. Klamaris (eds), *2nd Convention of European Jurists*, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers, 402-404 [in Greek].

Tzemos V. (2010a), “Judicial activism and the European Court of Justice”, *Theoria kai Praxi Dioikitikou Dikaiou* (Theory and Praxis of Administrative Law), 3(7), 737-747 [in Greek].

Tzemos V. (2010b), “Modern Legal Battles and their Referee: The principle of proportionality”, article published in the book of the 3rd International Conference on E-Democracy, that took place in Athens 23-25 September 2009, 54 ff.

Tzemos V. (2010c), *Access to justice, The Greek Report for the FRA*.

Venizelos Evagg. V. (2008), *Instructions of Constitutional Law*, revised edition, Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers [in Greek].

Würtenberger Th. (1998), „Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts“ in: Guggenberger B. und Th. Würtenberger (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden Baden: Nomos Verlag, 57-80.

Zacher H.F. (1969), *Freiheitliche Demokratie*, München: Günter Olzog Verlag.

THE STATE SYSTEM AND THE SPORTS SYSTEM IN ITALY: LEGAL PLURALISM AND INTERNATIONAL LAW¹.

Giuseppe MANFREDI

INDEX:

- 1. INDIVIDUALS, GROUPS AND THE STATE.**
- 2. THE INTEGRATION OF SOCIAL GROUP SYSTEMS.**
- 3. THE PARTICULAR EVOLUTION OF SPORTS GROUP SYSTEMS.**
- 4. ARGUMENTS FOR SEPARATENESS: THE ALLEGED IRREDUCIBILITY OF SPORT TO STATE LAW CATEGORIES.**
- 5. CONTINUED: THE PRESCRIPTIVE ROLE OF LEGAL PLURALISM.**
- 6. THE PARTIAL TRANSPOSITION INTO STATE LAW OF THE THEORY OF THE SEPARATENESS OF THE SPORTS SYSTEM: LEGAL POLICIES AND LAW NO. 280/2003.**
- 7. CONSTITUTIONAL COURT SENTENCE NO. 49/2011.**
- 8. CONTINUED.**
- 9. THE "INTERNATIONAL" SCALE OF SPORT.**

¹ The title recalls and develops the contents of the talk at the meeting “*I rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*” (Relations between the State system and the sports system), Florence, 2.12.2011.

1. INDIVIDUALS, GROUPS AND THE STATE.

In general, when dealing with matters relating to sports law reference is made primarily to the specific characteristics of the sport and the relevant law.

There is no denying that these specific characteristics exist; at the same time, however, it is equally undeniable that they are quite frequently exaggerated.

Shortly, we will see that this tendency to exaggerate is very probably not completely by chance. Regardless of this, however, it is fairly obvious that any form of emphasis is not a good way of dealing with a problem, since it implies distorting the terms of the problem itself.

Clearly, moreover, this applies even more when dealing with what for sports law is, so to speak, the problem of problems, i.e. the question of the relationship between the sports system and the State system.

It seems to me, therefore, that the best way to avoid the danger of exaggeration and distorting is to place the matter in a wider context than that of sports law.

Since that which we define as the sports system refers to a collection of regulations issued by the social group that deals with sports activities, the context must be that of the relations between social groups and the State² or, rather, between individuals, groups, and the State, given that in the West, ever since the French revolution, relations between the State and "partial associations"

² _ This approach has also been employed for sports groups in particular by G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Naples, 1979, passim.

of any type are generally conditioned by the position of the individual who is simultaneously part of both the former and the latter³

The Italian Constitution is no exception here.

It is true, in fact, that Art. 2 of the Constitution (with significant discontinuity compared to the constitutions of the liberal era) sanctions the pluralistic principle and, therefore, guarantees and protects social formations. It is equally true, however, that this provision does not safeguard social formations in virtue of some intrinsic value they may possess, but rather because they are functional to the protection of inviolable individual rights.

In short, therefore, the pluralistic principle is instrumental to the implementation of the personalist principle⁴.

2. THE INTEGRATION OF SOCIAL GROUP SYSTEMS

These two principles, and the relationship between them that is sanctioned by the Constitution, have a series of corollaries.

First of all, if the protection of groups is functional to the protection of the rights of the individual, it is fairly obvious that belonging to a group does not imply the limitation of these rights.

This in turn, however, does not lack problematic implications.

³ _ There is obviously a great deal of related literature, but an essential historical classification can be found in N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, pp. 431 and ff.

⁴ _ To this regard, the constitution seems to agree: see, amongst others, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padua, 1988, pp 566, E. TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Milan, 1989, pp 225 and ff, E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padua, 1989, pp 190 and ff, and, as a summary, V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padua, 1990, p. 115.

If, in fact, the State has to intervene in the groups in order to protect the rights of their members, there is the risk of overpowering the social formations and, therefore, of them no longer being functional to the protection of the inviolable individual rights⁵

Over the past decades, quite a satisfying balance seems to have been established between the needs regarding protecting the individual and groups in the context of unincorporated associations.

As we know, the unincorporated association is a figure that has marginal importance in the Civil Code, but that in the Republican experience has taken on great concrete relevance, since the most important social formations in the social and political life of the country, the political parties and trade unions, have adopted this form.

The balance that was created derives from a combination of two factors.

The first is the considerable freedom of the associations to establish the regulations that govern their existence, and the relations between the members; in other words, to creating, so to speak, their own system.

This freedom is acknowledged in paragraph 1 of Art. 36 of the Civil Code (“The internal system and the administration of associations not recognized as legal persons are regulated by members’ agreements”), and can certainly be considered as guaranteed by the same pluralistic principle⁶ (provided, of course, that the inviolable rights of association members are not violated).

⁵ _ To use an expression which Lombardi Vallauri is fond of, we could say that here we have a problem with a problematic solution. This point is explained with particular clarity by V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, I, 1997, p. 103: “It is clear that State intervention regarding protection of the individual may require or entail limiting the freedom of the social organisation or interference in its internal life; on the other hand, the absence of intervention may allow for a violation of the individual rights guaranteed by the constitution.”

⁶ _ On this matter, constitutional law does not provide completely univocal indications, but from the sentences which, in the eighties and the nineties, declared the unconstitutionality of laws that established the nationalisation of welfare and

The second factor is a guideline of the Court of Cassation dating back to the '60s, based on which the association systems have been translated into comprehensible terms from the point of view of State law, i.e. as an expression of the contractual relations between members; since these can be exercised before State judges, they can guarantee citizens protection also as part of the association⁷

In short, unincorporated associations enjoy complete autonomy, but they do not have any self-governance in legal terms.

Therefore, as Pizzorusso pointed out, “every individual, in his role also as subject of the internal system of the social formation, (may) exercise his rights before a judge, including those which derive from the system of the social formation itself”, in consideration of “the relationship of integration which exists between the State legal system and the independent systems of the social formations operating *secundum* or *praeter legem* within the Italian State...”⁸.

In addition, it seems to me that here the term “integration” used by Pizzorusso is more appropriate than that of “absorption” which is generally used to indicate the process through which for centuries the State has incorporated, and transformed into actual branches of State law, what were

charity institutions and Israeli Communities. For example, in sentence no. 396/1988, where it declares that “the principle of pluralism, which in its entirety inspires the Italian Constitution and which, in the field of welfare, is guaranteed, as far as private initiatives are concerned, by the last paragraph of art. 38”, it implies the constitutional illegitimacy of the nationalisation of the I.P.A.B. (Public Welfare and Charity Institutions). And in sentence no. 259/1990 the illegitimacy of Royal Decree 1731/1930 is declared “because it entails the subjection of social formations, which are based on religion, to the penetrating interference of State bodies”. For an evaluation of these lines of discussion see L. FERRARA, Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.P.A.B.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?, in Riv. trim. dir. pubbl., 1990, 446 and ff.

⁷ _ This matter has been examined in depth by the best civil doctrine: see, for all, F. GALGANO, Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, in Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Bologna-Rome, 1976, passim, and cf. at least also M. BASILE, L'intervento dei giudici nelle associazioni, Milan, 1975.

⁸ _ A. PIZZORUSSO, Persone fisiche, in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Bologna-Rome, 1988, p. 213.

originally completely independent normative phenomena (e.g. the military system, maritime law and commercial law⁹).

Unlike the various cases of absorption, associations systems continue to be the expression of the independence of the social groups of reference, but they are connected to the State system thanks to the work of State jurisdiction.

Furthermore, if we consider that the unincorporated association is the general and residual form which social formations are given, we may also speak of a general model of social formation regime.

3. THE PARTICULAR EVOLUTION OF SPORTS GROUP SYSTEMS.

If at this point we return to considering the structure of social groups, we realise that they have evolved in a somewhat different way.

These groups have given themselves a system whose aim is to avoid integration with the State system, and to protect it they created a complex system of self-governance: the sports law.¹⁰

This occurred also (and, possibly, above all) thanks to a project initiated by Giulio Onesti, President of C.O.N.I (Italian National Olympic Committee) for several decades, who at the end of WW2 also involved the *Rivista di diritto sportivo* to this end. This project consisted in asserting

⁹ _ See, amongst others, N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, 1960, pp 194 and ff, and F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico - Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milan, 1985, passim. As regards the absorption of the military system see the well-known essay by V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milan, 1962, while regarding the absorption of the norms elaborated by the mercantile classes see F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 74.

¹⁰ _ Regarding this, the general system of F. P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milan, 1975, is still relevant, but more recently a wider account can be found in L. FERRARA, *Giustizia sportiva*, entry in *Enc. dir. Annali*, Milan, 2010, III, pp.491 and ff.

the so-called *primacy of sports law* over State law; the principle, that is, by which sports activities must be governed only, or, in any case, primarily, by the norms issued by sports bodies, without interferences from State sources¹¹

Moreover, it should come as no surprise that this occurred after in the 1930s sports organisations were nationalised (sports federations were mostly considered public bodies until a few years ago and as yet C.O.N.I.'s nature as a public body has remained uncontested)¹²

From the times of Italian Prime Minister Giolitti, the political class has been aware of the advantages - in electoral and social control terms - that are inherent to a privileged relationship with the management of sports groups and, thus, has constantly acted in favour of the aspirations expressed by the management of the sports world¹³

On the other hand, a similarly favourable attitude towards the management of professional groups has allowed not only great autonomy, but also a series of institutions which imply several forms of substantial self-governance to be established¹⁴

As we know, over the past decades all professional orders and boards have been able to equip themselves with a *corpus* of ethical norms even without express authorisation from the State legislator¹⁵

¹¹ _ This is expressed in an essay by G. ONESTI in Riv. dir. sportivo, 1962, pages 124 ff; see also I. MARANI TORO, Giulio Onesti ed il diritto sportivo, ivi, 1981, pp. 417 ff.

¹² _ The doctrinal and legal debate on the matter is outlined by G. MORBIDELLI, Gli enti dell'ordinamento sportivo, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (edited by), Ente pubblico ed enti pubblici, Turin, 1994, pp. 171 and ff.

¹³ _ This approach has been a true constant of Italian political and institutional life, as the detailed investigation by F. BONINI, Le istituzioni sportive italiane: storia e politica, Turin, 2006, passim demonstrates.

¹⁴ _ See, in relation to this, G. ROSSI, Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere, cit., passim.

¹⁵ _ And it is in the wake of this normative autonomy that in recent years orders have begun to issue, without any legislative authorisation, norms which have little to do with professional ethics, and, more recently, even norms regulating the professional specialisations of their members. This is the case with the regulation on the professional specialisations issued by the Consiglio nazionale forense (the Italian Forensic Council), which the Court of Lazio in sentences nos. 5151 and 5152 of 2011 declared null due to violation of the principle of legality. As regards normative powers exercised by

The disputes on the applications of these norms for the professions instituted before the Constitution came into force were assigned to the national councils of the respective professions, each considered special jurisdictions. On the other hand, for the professions instituted after the Constitution came into force – since *ex art.102 Const.* it was not possible to provide for new special jurisdictions - conditioned jurisdictions were often provided for, where access to the State legal system was subordinated to prior undertaking of administrative remedies before national councils (and at times the judging boards present at the disciplinary disputes were integrated by members nominated by the order which the professional plaintiff belonged to)¹⁶

4. ARGUMENTS FOR SEPARATENESS: THE CLAIMED IRREDUCIBILITY OF SPORT TO STATE LAW CATEGORIES.

A number of arguments have been elaborated to support the reasons for the necessary separateness of the sports system from the State system.

At the basis of these arguments is the conviction that a sort of radical difference lies between sports activities and other human activities. This difference in turn makes sport irreducible to State law categories.

This order of ideas is ultimately the source of the exaggerations and distortions we spoke of earlier.

professional orders, I allowed myself to refer to my own *L'attività normativa degli ordini professionali incontra il principio di legalità*, in *Foro amm.*— T.A.R., 2011, pp. 3177 and ff.

¹⁶ _ These institutes, and the various aspects based on which they show little consistence with the constitutional principles, were recently studied by M. RENNA, *Professioni e procedimenti disciplinari*, in www.giustamm.it, no. 9/2011.

Often this claimed difference is explained in terms of the spiritual value of the phenomenon¹⁷

For those who are not accustomed to the lexis and conceptology used - above all in the past - by the management of the sports organisations, it could seem an Alexandrianism since it leads to a sort of coincidental and slightly surprising opposition between physicality and spirituality.

In reality this logic is a consequence of the de Coubertin conception of sport, which had declared one of the various 1800 conceptions of the phenomenon, the Anglo-Saxon view, as recreational and educational, with ethical and universalistic purposes which reflect an *ethos* commonplace in the Western managerial classes between the end of the 1800s and the first decade of the 1900s¹⁸

From a historical point of view this is nothing new: we must remember that in Roman law, services corresponding to literary or artistic activities were not considered as being pecuniarily estimable¹⁹

But also on this basis such an irreducible difference, with all that it entails, appears to have little foundation.

It seems sufficient to consider that numerous human activities exist whose spiritual value is without a doubt equal or even greater than that of sports activities: but that nonetheless are obviously regulated by State law.

¹⁷ _ See, for example, the cited essays by G. ONESTI and I. MARANI TORO, and especially B. ZAULI, *Essenza del diritto sportivo*, in Riv. dir. sportivo, 1962, pp. 229 and ff.; cf. P. M. PIACENTINI, *Sport*, entry in G. GUARINO (edited by), *Dizionario amministrativo*, Milan, 1983, pp. 1425 and ff.

¹⁸ _ See, on this subject, F. BONINI, *Le istituzioni sportive italiane: storia e politica*, cit., pp. 1 and ff., which recalls, moreover, that in the 1800s a number of very different conceptions also existed, such as the Swedish theory (inspired by "preoccupations of a eugenic and racist character") and the German concept ("related to what we could call a national-military preparation", since its aim was to train civilians for military life, which in the 1800's was very widespread throughout continental Europe). On the different values that historically sports activities have taken on see also V. SANNONER, *La Costituzione italiana e lo sport*, in D. MASTRANGELO (edited by), *Aspetti giuspubblicistici dello sport*, Bari, 1994, pp. 13 and f.

¹⁹ _ We are reminded of this, for example, by M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milan, I, 1951, p. 38.

In other words, it remains to be seen why the ownership of an El Greco painting or the authors' rights on a Ungaretti poem, or, in general, the subjective positions correlated to the activities of artists, philosophers, academics, scientists, may be disciplined by State norms, and, as the case may be, exercised before State judges, while the subjective positions of a footballer, tennis player or golf player cannot.

And if we consider the matter carefully, the alleged difference, *etc.*, is no longer valid even from the point of view of the sports institutions themselves: at least since the nineties, when the International Olympic Committee officially allowed the participation of professional athletes – i.e. those who practice sport as a profession, rather than merely for recreation - in the Olympics which, as we know, were open to only amateur sportspersons respecting de Coubertin ideals.

Therefore the managements of international sports organisations now also admit openly that sports activities can be carried out both for ideal reasons and for exclusively economic reasons, even at Olympic level.

5. CONTINUED: LEGAL PLURALISM AS PRESCRIPTIVE.

But the main arguments that have always been used to support the primacy of sports law consist in using Santi Romano's theory of plurality of legal systems to prescriptive ends.

These arguments are presented in different ways, but substantially they are based on this reasoning: a) Romano demonstrated that every social group can give itself its own system; b) the system of sports groups is also a legal system; c) for this reason the State cannot interfere (or rather, according to the most used variant: can interfere only to a limited extent) in the sports system.

Now, even if at times some doubts appear, at almost a century from its elaboration the Romano theory is well known, and can without a doubt be considered as self-evident²⁰: it appears unthinkable to me that today we can begin seriously go back to supporting the coincidence between State and law.

Point b) also seems somewhat evident, thanks to the systems in terms of legal pluralism of the norms issued by sports groups proposed since the 1920s by Cesarini Sforza, and in the forties by Giannini, in the *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*²¹.

It is the passage from the premises of points a) and b) to the conclusion in c) that is decidedly debatable, representing, in fact, a real leap in logical terms.

This is due to quite an obvious reason: Romano's theses regard the general theory of law, and, thus, if taken per se, cannot in any way confirm claims of autonomy or independence for any social group.

Furthermore, its use for prescriptive purposes appears quite a curious fate for a theory that, as Orlando already pointed out, represents the result of an investigation "performed strictly from a legal point of view... in order to completely avoid any influence of a philosophical-legal type"²².

Of course, Romano's theses have allowed us for the first time to realise that all social groups are also producers of legal norms equal to the State, which, ultimately, is no other than the institution

²⁰ _ As regards its influences and those of other Romano doctrines, the studies published in P. BISCARETTI DI RUFFIA (edited by), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milan, 1977, are still valid. Recent considerations regarding the influence of the theory of the plurality of systems on Italian public law can be read in A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 761 and ff.

²¹ _ W. CESARINI SFORZA had previously proposed this system in *Il diritto dei privati*, which was first published in *Riv. it. sc. giur.*, 1929, pp. 43 and ff. (although I have used the third edition of this text, published in Milan, 1963) and then rediscussed the matter in a note published in *Foro. it.*, 1933, I^a, pp. 1381 and ff., *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*. The essay by M. S. Giannini was published in *Riv. dir. sportivo*, 1949, pp. 10 and ff.

²² _ See E. ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra Diritto e Stato (Ordinamento giuridico – regola di diritto – istituzione)*, p.17 of the extract from *Rivista di diritto pubblico e la Giustizia amministrativa*, 1926.

of a group that has historically had particular success: and, thus, that between each phenomenon there is no incommensurability even from a legal point of view.

This can without a doubt lead to the recognition of autonomy (or, perhaps, independence) of the groups, *etc.* (in concrete terms, legal pluralism without a doubt forms part of the cultural baggage of the members, and, thus, has represented one of the sources of inspiration of the pluralistic principle *ex art. 2 Const.*).

But from here we cannot pass *tout court* to stating that social groups *must* be able to produce regulations that prevail over State norms, or that the groups *must* have a certain amount of normative jurisdiction in certain sectors: for example, it is as if from the consideration that subjective law is the figure of general theory, we were to infer that Joe Bloggs *must* be the holder of a certain subjective right.

It is not by chance that Giannini in *Prime osservazioni* – which still today provides sports systems, in terms of legal pluralism, that are both more refined and more coherent with Romano's theses – without a doubt does not suggest such an inference²³

It appears therefore quite evident that here we are dealing with a use of legal pluralism that could be defined ideological: and furthermore the institutional occurrences of the 1900s demonstrate that the ideological uses of this theory may even lead to consequences which are the complete opposite to those claims from the supporters of the primacy of the sports law.

²³ _ We should really have a separate discussion for Cesarini Sforza, since he used the law created by social groups as an example of the notion of law of the individuals proposed in the abovementioned book. However, as we have seen in § 2 of the text, Cesarini Sforza's theses do not seem to confirm the subsequent evolution of the relations between the State system and that of the social groups, despite the fact that the text of art. 36 of the Civil Code was very probably formulated from the point of view of legal pluralism, as is pointed out by G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, p. 7, and A. FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padua, 1991, pp.79 and ff.

A common line of thought, for example, considers Romano's theories to a certain extent functional to an integration of non-State institutions and systems into the State, through the "restoring of the systems to the unity of the State"²⁴

In order to be fully comprehensive, we should say that, having made these considerations, it is obvious that in order to justify such interference even the efforts which at times are made to demonstrate that the sports system would be an original system rather than a derived system appear scarcely useful²⁵

Also from Romano's point of view it is evident that the fact that a system originally (excuse the repetition) has an original character certainly cannot prevent it from afterwards being absorbed by part of (or integrated into) another system.

If it were not so, today we would not have the military system code *ex* legislative decree no. 66/2010, the maritime law or even the fifth book of the civil code: all of which are State law systems that reconnect to phenomena of absorption.

And if it were not so, no form of protection within the association would be possible, since in the past even the systems of unincorporated associations were formed without conditioning from State law, which since the early 1900's considered associations legally irrelevant²⁶

But perhaps the danger that such reasoning can be taken out of context may be appreciated adequately when we remember that, since Romano had (rightly) pointed out that "a revolutionary society or a criminal association" may be an original legal system²⁷, at times we find ourselves

²⁴ _ M. CORSALE, Pluralismo giuridico, entry in Enc. dir., Milan, 1983, XXXIII, p.1016; on this subject also cf., amongst others, G. D. FALCON, Gli <scritti minori> di Santi Romano, in Riv. trim. dir. pubbl., 1976, pp. 672 and ff., V. ANGIOLINI, Costituente e costituito nell'Italia repubblicana, Padua, 1995, p.8, P. RESCIGNO, Manuale del diritto privato italiano, Naples, 1996, pp. 22 and f.

²⁵ As we know, the term 'derived system' generally means that it is subordinate to another system, since its existence is conditioned by this latter, while the original system is *superiorem non recognoscit*.

²⁶ We are reminded of this, for example, by M. BASILE, L'intervento dei giudici nelle associazioni, cit., p.138.

²⁷ S. ROMANO, L'ordinamento giuridico, II^a ed., Florence, 1945, p.160.

considering whether the mafia should be considered a system or not, and what the concrete consequences of this qualification would be²⁸.

Discussions of this type end up being decidedly futile, since it is obvious that criminal groups were mentioned by Romano - as by others before him – merely as *exempli gratia*, with no claim of ennobling such phenomena, or legitimising them at a State law level: and, thus, it is obvious that on this level by qualification of said groups as institutions with their own original system we cannot elicit even the minimum consequence²⁹

6. THE PARTIAL IMPLEMENTATION OF THE THEORY ON THE SEPARATENESS OF SPORTS LAW INTO STATE LAW: LEGAL POLICIES AND LAW NO. 280/2003.

Over the last decades the theories on the separateness of the sports system have managed to condition the very evolution of the State system.

The matter is quite complex³⁰, but in order to explain briefly we can say that this occurred mainly because when State law had to deal with the matter of qualifying the so-called technical-sports

²⁸ _ As regards the possibility of configuring the mafia as a legal system see, for example, G. FIANDACA, La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma, in Foro it., 1995, V[^], pp.21 and ff. This essay reaches the conclusion that the matter lacks concrete consequences of any importance. Furthermore, we must remember that even though in these debates mainly Romano's theses are quoted, the explicit reference to the mafia as source of a form of law is found in B. CROCE, in Filosofia della pratica. Economica ed etica, Bari, 1932, IV[^] ed., pp. 313 and ff., along with other examples "chosen from amongst the strangest and best in order to cause scandal".

²⁹ As revealed firstly by S. ROMANO, op. loc. cit. Of course the use of Romano's theories for examining the illicit associations without meaning to draw consequences in terms of State law is not futile - as Giorgio Cugurra pointed out to me some time ago, A. PIGLIARU, for example, did so in an extremely interesting way in La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico, Milan, 1959.

³⁰ I have tried to describe this in Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva, Turin, 2007, pp. 119 and ff.

norms, that is, the norms which govern sports competitions, it was impossible to find adequate instruments in State law categories.

Authors such as Furno and Canelutti in the mid 1900's attempted to reconstruct the competitions with the instruments of contract law, but they gave up when they realised that the agreement to observe certain game rules does not represent property³¹.

And this is why the United Sections of the Cassation in sentence no. 4399 of 1989 had stated that “as regards the application of technical rules that determine the result of an amateur competition”, citizens cannot take a legal position before the State legal system, since the State system has an indifferent behaviour towards this matter, and that moreover is governed by the norms issued by the sports groups: these norms, despite being relevant in the context of the system that expressed them, are not subject to the legal system in the context of the general system”.

In reality, the matter is anything but irresolvable even from a State law point of view, since even the norms which govern the competitions can be part of the context of a detailed association agreement, which, as a whole, undoubtedly implies worthy interests regarding protection (today the matter can be dealt with using conceptual instruments which originate from the restoring of the law of unincorporated associations to the State law frameworks, i.e. instruments that were not available when Canelutti and Furno dealt with the matter).

It is clear, moreover, that the question of whether or not the agreements regarding competitions have any value as property is irrelevant if we view the relative activity from the point of view of public interest. As we know, in fact, even after the privatisation of the sports federations introduced by Legislative Decree no. 242 of 1999, the problem of qualifying the activities of

³¹ C. FURNO, Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1952, pp. 619 ff.; F. CARNELUTTI, Figura giuridica dell'arbitro sportivo, in Riv. dir. proc., 1953, pp. 20 and ff.

these bodies in public or private terms reappeared, since art. 15 of Decree no. 242 refers to the "public value" of specific types of activities of the federations³²

Even less justified appears the guideline of the Court of Lazio, which in the eighties stated that the disciplinary sanctions issued by sports organisations are relevant for State law, and thus can be brought before a judge only when they involve a "stable alteration" of the *status* of those being sanctioned.

At best, in fact, there are no such problems in interpreting sanctions of any type according to the frameworks of State law³³

Thanks to these legal guidelines, therefore, the sports system has come to have a dual composition, being considered partly integrated in the State system and partly separate from it.

This partial separateness has been confirmed and strengthened *ex lege* over the last decade when, demonstrating benevolence towards sports group managements, the government issued decree-law no. 220 of 2003, converted into law no. 280 of 2003 by an equally benevolent parliament.

³² _ This provision can thus be interpreted in the sense that with it the legislator conferred public powers to private subjects (on the matter see in general, recently, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padua, 2000, and A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Turin, 2005), or a functionalization by principles, similar for example to that which we encounter in privatised public work - according to G. NAPOLITANO, *Sport*, entry in S. CASSESE (edited by), *Dizionario di diritto pubblico*, Milan, 2006, VI, p. 5683 and L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale si imparruccano di fronte alla Camera di conciliazione e arbitrato dello sport*, in *Foro amm.-CDS*, 2005, pp. 1233 and ff. The matter is further complicated by the fact that the text in force of art.15 of Legislative Decree no. 242 transfers the identification of these activities to the CONI statute: but as regards the matter I allow myself to refer to my own *Associazioni di tifosi sportivi e interessi legittimi*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2011, pp. 17 ff.

³³ On one hand, the consideration that criteria such as that of the "stable alteration" are characterised by an irremediable vagueness and it is not by chance that their application to the legal praxis has led to different results.

After the summer of 2003 when, before State judges, a number of football teams contested the results of the recently ended championships, in order to guarantee the separateness of the sports system a formidable series of instruments were prepared with legislative decree no. 220: clauses reserved for sports law regarding technical and disciplinary disputes, the so-called sports preliminary law (a form of conditioned jurisdiction, by which in order to bring disputes not exclusive to sports law before the State judge they must first pass through all the various levels of sports law) and the exclusive jurisdiction of the Court of Lazio regarding all disputes allocated to the administrative court.

If we were not familiar with the peculiar institutional dynamics of Italy it would certainly arouse a degree of perplexity that the judge-rapporteur of the law converting the decree defined a situation which could be resolved before State judges as a "true impending disaster in the world of football".

In reality, it is fairly obvious that this legislative intervention is yet another confirmation of the traditional favour of the political class for the managements of sports organisations³⁴

Often the administrative courts of different regions have been suspected of favouring local teams: in order to solve this type of problem it would have been sufficient for the Court of Lazio to take exclusive jurisdiction over sports disputes.

³⁴On the other hand, it could be considered in line with the *esprit du temps*, since over the past years the institutional attitude towards legal problems has often led to measures which deflate the dispute and end up becoming real obstacles as regards exercising defense rights: the most typical example may be the so-called obligatory mediation or conciliation, recently introduced for most civil disputes, which seems somewhat unconstitutional, since in the past the Constitutional Court has admitted the lawfulness of forms of conditioned jurisdiction only and exclusively in particular sectors, and in particular circumstances (for example, in the job sector, the particular intensity of relations between the worker and the employer ensured there were no constitutional censures in the obligatory attempt at conciliation: this institute has recently been rescinded); but probably the periodic halving of the time to start legal proceedings before the administrative court as regards public contracts, and again in this sector, the fixing of a compulsory payment at a much higher rate than that provided for in any other case implicitly follow a deflationary intent. And so, in substance, in order to guarantee the right to start legal proceedings it ends up impeding starting legal proceedings.

While the legal guidelines established in the eighties were limited to reasoning in terms of relevance of certain situations which were subjective for the State system (since the partial separateness of the norms issued by the sports bodies that it derived from behaved like a type of unintentional consequence), law no. 280 of 2003 continues this logic, but at the same time expressly declares the intent to protect the autonomy of the sports system.

For the first time for the State legislator this autonomy is a positive value, stating in art. 1 that “the Italian Republic recognises and favours the autonomy of the national sports system, as a part of the international sports system headed by the International Olympic Committee ...”.

7. CONSTITUTIONAL COURT SENTENCE NO. 49/2011.

As we know, law no. 280 was received with perplexity both by much of the doctrine³⁵ and by the legal system, since it implies a considerable retreat as regards legal protection in terms of the acts

³⁵ _ Over the past years regarding relations between the State system and the sports system numerous studies have been published with a view to legislative decree no. 220/2003, amongst which see at least L.FERRARA, L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp.1 ff., and *Giustizia sportiva*, cit., G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto, in *Dir. pubbl.* 2007, pp.33 and ff.; F. GOISIS, La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato, Milan, 2007, R. MORZENTI PELLEGRINI, L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale, Milan, 2007, N. PAOLANTONIO, Ordinamento statale e ordinamento sportivo: spunti problematici, in *FA-TAR*, 2007, pp. 1152 ff., M. DELSIGNORE, Sanzioni sportive: considerazioni sulla giurisdizione da parte di un giudice privo della competenza funzionale, in *Dir. proc. amm.* 2008, pp.33 and ff., A. MASSERA, Sport e ordinamenti giuridici: tensioni e tendenze nel diritto vivente in una prospettiva multilaterale, in *Dir. pubbl.*, 2008, pp.33 and ff., T. E. FROSINI, L'ordinamento sportivo nell'ordinamento costituzionale, in *Aa.Vv.*, Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico, Naples, 2009, pp.235 and ff., the contributions of A. ROMANO TASSONE, L. FERRARA, C. FRANCHINI, M.R. SPASIANO, M.A. SANDULLI in *Aa.Vv.*, Ordinamento sportivo e calcio professionistico: tra diritto ed economia, Milan, 2009, and also my *Pluralità degli ordinamenti*, cit.

of sports bodies compared to the previous frameworks which, as we have seen, were not particularly respectful of rights.

This led to divergences in legal guidelines, particularly because the Court of Lazio proposed several times a restrictive interpretation of letter b) of paragraph 1 of art. 2 of the law (which assigns to the sports judge the task of defining matters relating to "behaviour which is relevant in disciplinary terms and the issuing and application of the relative sports disciplinary sanction"), while the State Council was firm in interpreting this clause literally³⁶

This contrast led to reproposing the matter of the constitutionality of this provision with order 241 of 2010 of the Court of Lazio³⁷

With sentence no. 49 of 2011 the Court professed to resolve the matter with a interpretive sentence of dismissal.

The Council, in fact, admitted openly that disciplinary sports sanctions affect constitutionally protected rights, in observing that “the possibility, or impossibility, to be affiliated with, or members of, a sports federation, and the possibility, or impossibility, to be allowed to carry out amateur sports activities, taking part in competitions and championships organised by the sports federations under CONI ... *is not a situation that may be regarded as irrelevant to the general legal system, and, as such, unqualified for its protection. This possibility, in fact, allows the exercising of the fundamental rights of freedom* (including those applied both to the individual *per se* and to the association), as well as *equally important rights regarding ownership relationships* – which takes into account the economic relevance assumed by sport, often

³⁶ On the matter see L. MARZANO, La giurisdizione sulle sanzioni disciplinari sportive: il contrasto fra TAR e Consiglio di Stato approda alla Corte costituzionale, in *Giur. merito*, 2010, pp. 2567 ff.

³⁷ _On the matter see L. MARZANO, La giurisdizione, cit.

practiced professionally and organised on a business basis - *all subject to consideration also at a constitutional level*".

Despite this, the Court was able to avoid declaring unconstitutional the reserve clause adhering to the interpretation of art. 2 that was proposed in decision 5782/2008 of the Council of State: where it was stated that, when an act of sports bodies influences the legal positions which are relevant for the State legal system, an appeal to annul said act is not admissible before the State judge, but only the indemnification protection "not operating any reserve in favour of sports law, before which the indemnification claim cannot even be availed of".

According to the Court this setup would identify "a diversified mode of legal protection" which represents a "not unreasonable balance": presumably (although never said explicitly) among the needs of individual protection and those of group cohesion.

8. CONTINUED.

It is undeniable that merely compensatory protection is better than the total absence of protection which is deduced from the literal interpretation of the clause as according to letter b) paragraph 2 of art. 2 of the law of 2003.

Nevertheless, the solution provided by the Constitutional Court is unsatisfactory for a number of reasons – and on this matter it appears that the first commentators on the sentence generally agree³⁸

³⁸ _ Among the first on this sentence: A. DE SILVESTRI, La Corte costituzionale azzoppa il diritto d'azione dei tesserati e delle affiliate, in www.giustiziasportiva.it, G. FACCI, Il risarcimento del danno come punto di bilanciamento tra il controverso principio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e l'art.24 Cost., in *Resp. Civ. prev.*, 2011, pp. 417 ff., F. PAVONI, La Corte costituzionale esclude il giudizio di annullamento sulle sanzioni disciplinari sportive, *ivi*, pp. 2003

In short, this is mainly because the (far from convincing) motivation behind the sentence does not consider the actual reasons for which the “balance” between the individual’s need for protection and (again, presumably) the group’s need for protection in the context of sports groups may give rise to a radically different setup compared to those which occur in other social groups.

In other words, it is not explained why in sports groups one only has the right to half the protection within the association, when this does not occur in groups which, in the social and economic life of the country, take on incommensurably greater importance, such as trade unions, political parties and even professional groups, especially since the recent guidelines of the Court of Cassation diminished the *deficit* in legal protection compared to the disciplinary sanctions issued by orders or by boards³⁹

The regimes of all these groups, in fact, constitute as many *tertia comparationis*, which show that the peculiar configuration given by the Court to protection within the association in the sports sector ultimately clashes with the principle of equality.

And, thus, since the second-rate treatment of the legal claims of sportspersons compared to those of other subjects of the system is unjustified, it is also in contrast with the personalist principle *ex art.2* of the Constitution and with the right of action *ex art.24* Const., and, obviously, if we adopt the public system of the sports bodies' activities, also with *art.113* Const.

ff., E. LUBRANO, La Corte costituzionale n.49/2011: nascita della giurisdizione meramente risarcitoria o fine della giurisdizione amministrativa in materia disciplinare sportiva?, in *Dir. econ. sport*, 2011, pp. 63 and ff., A. BASILICO, L'autonomia dell'ordinamento sportivo e il diritto di agire in giudizio: una tutela dimezzata?, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, pp. 733 ff., A. DI TODARO, La tutela effettiva degli interessi tra giurisdizione sportiva e statale: la strana «fuga» della Corte dal piano sostanziale a quello per equivalente, in *Giur. Cost.*, 2011, pp. 697 ff., I. PIAZZA, Ordinamento sportivo e tutela degli associati: limiti e prospettive del nuovo equilibrio individuato dalla Corte costituzionale, in *Giur. it.*, 2012, pp.33 and ff., as well as the essay by F. BLANDO, S. FANTINI, T.E. FROSINI, A. SCALA, M.R. SPASIANO, A. PALMIERI, A. BASILICO published in the first publication of the new series of rivista di diritto sportivo, which can be read on www.coni.it and, also, my own *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa*, in *Giur. Cost.*, 2011, pp. 688 ff.

³⁹ Over the last decade the Court of Cassation abandoned the traditional line of thought on the unquestionability of the ethical norms and, thus, began considering them as a parameter of judging legitimacy: see, on the matter recently S. STACCA, Le garanzie nei confronti del potere disciplinare degli ordini professionali, in *Foro amm.-CDS*, 2011, pp. 3070 and ff.

It is enough to consider that on the basis of the Court's reasoning the legislator could without a doubt consent to the professional orders to disbar members, and thus, to impede them from performing their profession, conceding the profession only protection by way of equivalent measures.

We could say that from this point of view sentence no. 49 ultimately represents the extreme success of the cultural operation geared to affirming the *primacy of sports law*, which, as we have seen, began immediately after the Second World War.

The Council, in fact, was unable to see beyond the conceptual distortions and the actual optical illusions that are the product of this operation and, therefore, to realise that from a legal standpoint there are no real grounds for justifying a configuration of protection within the association in sports groups that is so considerably different from those of other social groups.

9. THE "INTERNATIONAL" SCALE OF SPORT.

In the reasons for the sentence law no. 280 states that the national sports system forms a part of what is defined as "the international sports system headed by the International Olympic Committee": the matter of constitutionality of art.2 of the law is examined and dealt with "regardless of the international dimension of the phenomenon".

Also in consideration of the fact that this "scale" in the past was also used prescriptively by upholders of privileges for the sports world, it seems appropriate to investigate the point.

It does not seem to be coincidental that in sentence no. 49 this aspect of sport is merely superficially referred to and not used to justify the conclusions of the Council.

The concrete importance of the "scale" in question is well known, as are (thanks also to the in-depth and stimulating study that Lorenzo Casini recently dedicated to the matter⁴⁰) the complexity of the international sports system and its dense and intrinsic network of relations and contacts with the various countries and with international bodies, one example of which is the World Anti-Doping Agency (WADA), which is the result of co-operation between the International Olympic Committee and the governments of different countries, and whose work is guaranteed by the convention promoted by UNESCO in 2005⁴¹

This is obviously an extremely interesting matter (also and above all as regards the evolution of methods of exercising public powers in a supranational context), but the complexity of this system and these relations must not form a distraction, or a screen, for the observer.

It seems to me, in fact, that for our purposes Giannini's lesson is still valid. Giannini first pointed out the connection between the Italian sports system and the international system over sixty years ago, in the previously quoted *Prime osservazioni*.

Being the expert on law that he was, however, Giannini, in making this connection, did not intend to infer that the sports system was in legal need of any specific treatment, but limited himself to explaining that the mainly absentionistic attitude adopted by the national governments towards matters regulated by international sports organisations is a mere fact⁴².

⁴⁰ L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milan, 2010.

⁴¹ See L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, cit., 81 and ff.

⁴² _ M. S. GIANNINI discussed this recently in *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, cit., p. 674. It should be remembered, however, that at times the claims of separateness of the sports system are justified through arguments of mere fact, such as the expediency of avoiding State interferences in the life of sports bodies in order to avoid the repudiation of Italian bodies and athletes by the International Olympic Committee and international sports federations: this repudiation for example was usually dreaded by the international football federation at State legal interventions in the sports sector. We should remember L. MENGONI's lesson, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 1 and ff., according to which arguments directed at the consequences cannot be decisive in guiding the interpretation of a normative text: in conclusion, because with arguments of this sort we run the risk that the evaluations end up replacing those of the legislator - in the administrative doctrine see on the matter A. TRAVI, *Il metodo amministrativo e gli "altri saperi"*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 865 and ff. Notwithstanding the above, we can make some (obviously, *ad abundantiam*) considerations: first of all remembering that these threats of repudiation

The reason for this position – which, incidentally (and perhaps oddly) seems at times to have been misunderstood by upholders of the *primacy of sports law* - is simple.

The so-called international sports system does not, in fact, depend on an actual international legal organisation⁴³ since the International Olympic Committee is merely a private association under Swiss law⁴⁴- and it is not by chance that the title of Casini's abovementioned work refers to the *global law of sport*.

This fact, *in nuce*, has not been challenged even by the increasingly tight relationships of the sports bodies with national governments and supranational organisations: substantially, notwithstanding the relevant exceptions (such as the abovementioned activity of the WADA), the general rule is still that issued by Giannini.

Having said this, we should also mention that, according to the Italian Constitution, only the international system, the EU system and the canonical system are regarded as separate systems (being those which are permitted a (partial) waiving of sovereignty) and even these three,

at times appear instrumental, since in general they are made when State interventions, even if only invasive to a limited extent, are undesired by the international (and national) sports bodies, while on the other hand these bodies have no reaction towards much more invasive interventions, which are desired by the management of the sports groups: such as law no. 280 of 2003. Secondly, also where it is considered that sports groups do not have the right to a treatment which, compared to that of other social formations, is susceptible to be converted into a hated privilege for sports individuals, determined types of State interventions would however be illegitimate, contrary to the pluralistic principle ex art.2 Const. and to that of reasonableness ex art.3 Const.: for example, legislative disciplines that impose technical game rules different to those sanctioned by the international sports bodies would be without a doubt illegitimate. This applies also, therefore, to the arguments of this type, based on the possible consequences and/or evaluations of opportunity, as we say they are trying too hard. Without then considering that the threats of repudiation from the international sports bodies are far too dramatised, a series of very incisive State or supranational body interventions have not created any reaction: typically, the known sentence of the European Court of Justice so-called Bosman of 15.12.1995 (on the matter see, for all, M. CLARICH, La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?, in Riv. dir. sportivo, 1996, pp. 393 and ff.) that on the basis of certain opinions would have led to the repudiation of all the teams and athletes of the European countries.

⁴³ M. S. GIANNINI, Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi, cit., p. 672.

⁴⁴ _ On the matter of the configuration of the IOC, moreover, the international doctrine is still in agreement: see, for all, R. SAPIENZA, Il Comitato internazionale Olimpico, in E. GREPPI, M. VELLANO (edited by), Diritto internazionale dello sport, Turin, 2005, pp. 11 and ff.

moreover, are not permitted any waiving of sovereignty that would damage the inviolable principles of the Italian system; this undoubtedly includes the rights protected by art. 2 Const.⁴⁵.

And since the international, or global, sports system is obviously not related to any of these systems its existence (from the point of view of our State system) clearly cannot justify any waiving of sovereignty that may result in a failure to protect the rights of the individual, without considering that, as we have said, such failure would probably not occur even in relation to the international system itself, etc.

Referring again to one of the examples of associative phenomenon used by Cesarini Sforza in *Il diritto dei privati*, we could say that in the context of current State law sports bodies generally find themselves in a situation that is ultimately no different from that of an unincorporated association such as the *Rotary Club*, since this association also has a connection with the international organisation *Rotary International* (although, obviously, the social (and, I would venture to say, economic) importance of these two phenomena differs enormously)⁴⁶

⁴⁵ _ In this matter, for all, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, spec. pp. 106 and ff., and, more recently, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Rome, 2009, pp. 53 and ff.

⁴⁶ The statute of the Rotary Club was used by W. CESARINI SFORZA as an example in *Il diritto dei privati*, cit., p. 52, nt. 1. Moreover numerous other infrastatute systems have transnational connections of various types (typically, different for trade unions and political parties – a present-day example is the transnational connections between the socialist parties and working class parties): these connections have not been adopted as supporting arguments for the legitimacy of immunity or privileged situation of these bodies.

ACADEMIC RECRUITMENT IN ITALY: AN OVERVIEW FOR FOREIGNERS

INDEX

- 1. AN UNSTABLE REGULATION**
- 2. UNSTABLE PEOPLE**
- 3. THE NATIONAL SCIENTIFIC QUALIFICATION**
- 4. OTHER CRITICAL ISSUES**

In the following pages, I will try to explain to non-Italian readers how academic recruitment works in Italy, and to illustrate its key aspects. It is not an easy task, as we are facing an extremely complex system, suffering from chronic lack of stability. For this reason, I will not go too deeply into details,¹ hoping to give nonetheless a sufficiently accurate picture of its architecture.

1. AN UNSTABLE REGULATION

A well-working higher education system requires fundamentally stable recruiting procedures. This stability is required with respect to the number of people recruited in a given timeframe and the rules defining the recruitment procedures. Unfortunately, academic recruitment in Italy is highly unstable on both these fronts..

¹ For a more in-depth discussion of Italian academic recruitment see A. BANFI, Aspetti problematici del reclutamento accademico in Italia, in *Ius Publicum Network Review* 2015, 1.

Starting from the last point, it must be said that the troubled history of recruitment procedures in Italy dates back more than a century;² only in the last decade we can count one major - but never applied - reform (the «Riforma Moratti» of 2006)³, an attempted but never implemented reorganization of recruitment procedures for researchers (2006)⁴, and then the ambitious «Riforma Gelmini» (l. 240/2010): the latter had an enormous impact on the academic system in Italy and has completely redesigned the recruitment procedures. But this reform has already been modified twice, in particular with regard to academic recruitment (in 2014 and 2015)⁵.

Now, beyond any appreciation of merits and demerits of the measures mentioned above, it is clear that the tendency of governments and of the legislature to intervene with such frequency on recruitment processes results in a harm to the entire system: uncertainty is greatly increased, making it harder for those who intend to pursue an academic career to organize and make their own choices in the most rational and appropriate way.

This uncertainty, arising from the chronic instability of the regulatory framework, is mixed with other unfavorable factors: for example, the continued uncertainty arising from the replacement - in the early stages of the academic career - of permanent positions with non permanent ones, the continuing reduction of university resources and the restrictions imposed to academic personnel turnover. The effect of all this is to discourage aspiring young

²See M. MORETTI, I. PORCIANI, *Il reclutamento accademico in Italia. Uno sguardo retrospettivo*, in *Annali di Storia delle Università Italiane*, 1997, I (http://www.cisui.unibo.it/annali/01/annali_01.htm); M. ROSTAN, M. VAIRA, *Una professione che sta cambiando*, in M. Rostan (cur.), *La professione accademica in Italia. Aspetti problemi e confronti nel contesto europeo*, Milano 2011, 11-50; C. FRANCHINI, *Il reclutamento dei professori universitari*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino 2009, 79-88.

³ Dlgs. 164/2006.

⁴ L. 298/ 2006, art. 1 c. 647

⁵ D.l. 90/2014 (art. 14); l. 190/2014, art. 1 c. 347.

researchers, leading them to relocate or to abandon their projects; ultimately, we might even be confronted with phenomena of inverted selection: only the less qualified ones could be willing to deal with a path so rough, uncertain and not especially rewarding.

Moreover, the history of Italian university is characterized by a succession of "opening" and "closing" of recruitment channels, sometimes ending in a *ope legis* saturation of roles.⁶

Also in this case, history seems to repeat itself, as the dl 90/2014 suspended the third round of national qualification procedures,⁷ that has not been started pending changes to the implementing provisions of the section of the l. 240/2010 concerning academic recruitment; to date the expected schedule for the new round (late February 2015)⁸ has already been widely exceeded and the texts of the new decrees are not public, and as a result they have not even started the approval process.

The considerable volatility of the Italian policymakers in the field of academic recruitment – almost every kind of procedure has been tried in the past decades, national competitions, local competitions, national qualifications - can be explained in several ways: on the one hand there is often the need to correct badly designed procedures that rapidly produce side-effects. On the other hand, when it comes to academic recruitment and therefore individual evaluation, often ideology comes into play, with a clash of ideas linked to different and often mutually incompatible views concerning the role of the university system and its social and economic function.

It is therefore necessary that those who have a government responsibility become conscious of the importance of the university system for the social and economic development of the

⁶This happened in 1980 after the d.P.R. n.382/1980.

⁷ See below, § 3.

⁸D.l. 90/2014, art. 14 c. 3.

country;⁹ it requires not only adequate funding, but also stable rules, the effects of which should be carefully monitored to allow focused, limited maintenance when necessary.¹⁰ It should be decided then, once and for all, what we want from academic recruitment and how it should be designed. Errors should be corrected and the new rules should be tested for a period of time sufficiently long to ensure an accurate monitoring of results. It is absolutely necessary to intervene not with new "epochal reforms" but with correctives aimed at solving the known criticalities.

All this requires, first of all, a political investment on the Ministry of Education, University and Research: it cannot continue to be the weak center as seen in recent years, unable to effectively govern the whole system.

Having said that, in the following pages I will try to identify and briefly expose the key points that threaten the current recruitment system, starting from the beginning of the academic career.

2. UNSTABLE PEOPLE.

As mentioned earlier, it is not only the instability of recruitment procedures that can act as a powerful disincentive against the best aspiring researchers and professors. The reform of 2010, in fact, abolished the old academic position of «researcher» - for a long time the first step in permanent academic positions – and replaced it with non-permanent positions.

In the logic of the reformer, replacing permanent positions with fixed-term, non-permanent ones was aimed at increasing competition and productivity of individuals. On the other hand, a merit-based selection (the so-called national qualification – see below), should have

⁹See. I. VISCO, *Investire in conoscenza. Per la crescita economica*, Bologna 2009, 53 ss.; W.W. MCMAHON, *Higher Learning, Greater Good. The Private and Social Benefits of Higher Education*, Baltimore 2009, 69 ss.

¹⁰See M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna 2011, 197 ss.

ensured for the most deserving young researchers, in a few years, the possibility of transitioning to the permanent role of associate professor.¹¹

In fact, things have gone very differently: the rapid path that should have led young researchers to the professorship proved illusory. Especially because of financial constraints, the first steps of academic career soon become a sequence of non-permanent, eventually short-term positions: with the constant risk of missing renewals with even long periods without pay. It is not implausible to calculate a period up to approximately fifteen years between graduation and the achievement of a permanent position.

In the current situation, in fact, a PhD is a prerequisite for access to an academic career. After that you can have access to postdoctoral research grants (maximum duration: 6 years) or research positions so-called type A (maximum: five years).¹² Finally you will be able to apply for a type B researcher position (duration: three years). The latter positions may be converted into associate professorship, if the researcher has received the national scientific qualification.

Moreover, the economic and financial situation of the country is heavily affecting the universities and their ability to hire: it is therefore reasonable to assume that in many cases the way to permanent academic positions will be a long, bumpy journey.

It must also be considered that type B researchers are quite expensive and that their recruitment is biased by the constraints which, for reasons of public finance, were placed on academic staff turnover.¹³ This does not apply, however, for postdoctoral research grants.

11L. 240/2010, art. 24 c. 5.

12L. 240/2010, art. 24 c. 3.

13L. 147/2013, art. 1 c. 462.

This is the reason why at this time in Italy there are only 331 B-type and 2675-A-type researchers.¹⁴ The research grants, however, are more than 15,000.¹⁵

It is not enough: there is indeed a further problem concerning selection procedures for researchers. In fact, they will be recruited on the basis of local competitive selection procedures. According to the l.240 of 2010, the universities should adopt regulations governing these procedures in accordance with the principles listed in the European Charter for Researchers. In particular, with regard to the Code of Conduct for the Recruitment of Researchers, the Charter requires the following: *Selection committees should bring together diverse expertise and competences and should have an adequate gender balance and, where appropriate and feasible, include members from different sectors (public and private) and disciplines, including from other countries and with relevant experience to assess the candidate. Whenever possible, a wide range of selection practices should be used, such as external expert assessment and face-to-face interviews. Members of selection panels should be adequately trained.*¹⁶

That said, the local regulations do not seem to be always consistent with the principles of the Charter; there is indeed a wide variety of procedures for the appointment of selection committees, usually comprising an internal member and other external commissioners to be selected by lottery or just designated by the department. On this point there are also very significant differences between universities, which gives the impression that the procedures for selection of commissioners for the recruitment of researchers in many cases will not be entirely transparent.

¹⁴Source: Ministry of Education, University and Research, 24.3.2015.

¹⁵Source: <http://www.dottorato.it/documenti/speciali/IV%20INDAGINE%20ADI%202014.pdf>

¹⁶http://ec.europa.eu/euraxess/pdf/brochure_rights/eur_21620_en-it.pdf

As shown, a number of factors are likely to discourage younger people to pursue an academic career. This is due to the multiplication of temporary positions, the limitations to the turnover of academic staff and the chronic underfunding of the system. The effects of this can be extremely serious in the long run; a first threat is a break of the chain of education and research in entire scientific areas. The loss of scientific and disciplinary skills can take place very quickly, while it is very difficult to reconstruct what has been abandoned. Second threat: a system built by its architects aiming at the promotion of quality and excellence could end in a mechanism of reverse selection: low wages, instability and uncertainty of jobs and of the regulatory framework will discourage the most competitive individuals – they will satisfy elsewhere to their ambitions - and leave the field open to the less qualified.

One last observation: OCSE statistics, in 2013 report *Education at a Glance*, shows that Italy has one of the worst students to teaching staff ratios among the 26 considered countries.¹⁷ In these conditions, it is unlikely to expect any improvement soon.

3. THE NATIONAL SCIENTIFIC QUALIFICATION

As a prerequisite to be full or associate professor, the l. 240 of 2010 established the National Scientific Qualification (ASN):¹⁸ the qualification, of limited duration, is released by national commissions. According to the law, the qualification has the aim of certify the scientific qualification which is a necessary requirement to access to full and associate professor positions.¹⁹ Qualified candidates can then be recruited by the universities on the basis of local procedures: what we just said about researchers applies also for these.

¹⁷ [http://www.oecd.org/edu/eag2013%20\(eng\)--FINAL%2020%20June%202013.pdf](http://www.oecd.org/edu/eag2013%20(eng)--FINAL%2020%20June%202013.pdf)

¹⁸art. 16. See also d.P.R. 22/2011; d.m. 76/2012; ANVUR resolution 50/2012.

¹⁹L. 240/2010, art. 16 c.1.

The first two rounds of the ASN have shown the flaws of its design; such flaws were widely expected and they provoked an extensive litigation before the administrative courts.²⁰ In an attempt to limit the discretion of Commissioners it was decided to adopt quantitative, mobile thresholds - the so-called median – to discriminate eligible and non-eligible candidates. The same thresholds have been used for the selection of the commissioners.²¹ The medians were calculated on the basis of citation data for the so-called "hard sciences" (h index and total number of citations) and based only on a rough calculation of productivity and journal rankings for the social and human sciences.²² At the end, such statistic thresholds have produced paradoxical effects.

Given a measurable numerical indicator for each member of a population of subjects, the median is the numerical value that divides the population into two equal parts, one situated below the median, the other located above. The median is in fact a statistical indicator characterized by an essentially comparative value which has no direct connection with the real scientific qualification of individuals.

Here are some examples: imagine an extremely productive scientific field, in which 90% or more of its members have a scientific production of excellent quantity and impact. 50% of the components of this field would still be below the median and for that reason could not be qualified or selected as a Commissioner, even if they were fully in possession of the scientific requisites whose assessment is the ultimate goal of the ASN. In addition, a very productive

20A. BELLAVISTA, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la Legge „Gelmini“*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, p. 3 e ss.; G. DE NICOLAO, *Le mediane suicide delle abilitazioni scientifiche nazionali*, in *Federalismi* 2012, 16; A. BANFI, G. DE NICOLAO, *La valutazione fra scienza e feticismo dei numeri* in *Il Mulino*, 2013, I, 88-95.

21Exceeding the medians was necessary to be commissioner, while the commissions were free not to strictly apply the quantitative criterion to the candidates.

22About Italian journal rankings or ratings see A. BANFI, *Il resistibile fascino delle classifiche di riviste*, in *Rassegna Italiana di Valutazione*, 2011, XV, 51, 9-21.

scientific field or whose components are highly cited, will have extremely high medians; as a result it will be especially difficult to exceed the thresholds. On the contrary a not very productive field or a field whose members are rarely cited will have medians that are low and easy to exceed. Moreover, in several cases it has happened that the medians established for candidates to the associate professorship were higher and therefore stricter than the medians required for full professorship: a paradox that highlights the arbitrariness of the use of a comparative indicator in a procedure that should ensure an absolute level of scientific qualification. Moreover, there are further paradoxical effects. For example, a candidate to full professorship exceeding the median in a given time, could not exceed it after the recruitment of a new full professor whose indicator is above the median. In fact the hiring of a new professor can move the median upwards (or downwards). In a similar way, the median rises after the retirement of a professor who is below the median. These examples show that candidates can be affected by accidents that are totally extrinsic to scientific qualification itself. It must be considered that the National Evaluation Agency (ANVUR) calculated medians for scientific areas with a population of only four full professors, as “History of the Ancient Near East”.²³

But apart from all that, it should be stressed that it is not reasonable to adopt a policy that presumes that 50% of the population of professors in service does not possess a requirement which is, on the other hand, seen as mandatory for those seeking to be recruited.

That said, it should also be noted that the procedure suffered from further weaknesses, that can reach the point of jeopardizing it in case of litigation. In fact, the law required the presence of a foreign commissioner, coming from one of the OECD countries; apart from the odd restriction to OECD countries only, huge problems occurred in mapping the disciplinary skills of foreign commissioners to the Italian disciplinary fields.

²³ More paradoxes are generated by the normalization by academic age. On this point see A. BANFI, Aspetti problematici del reclutamento accademico in Italia, in *Ius Publicum Network Review* 2015.

Somewhat similar problems also occurred regarding the data on which the medians were calculated: for the calculation of the medians of the "hard sciences," the commercial bibliometric databases of Thomson Reuters and Elsevier were used. As a result, the values of individual indicators were calculated on the basis of dirty data. In fact, data from commercial databases is not error-free and is subject to delays ranging from a few months to more than a year in counting citations; as a result the first two rounds of the ASN were conducted in many cases on the basis of questionable data, and by questionable commissioners.

Recent corrective measures, introduced with dl. 90/2014, led to the cancellation of the requirement for a foreign commissioner and opened the way to the review of the procedures²⁴. It is desirable, therefore, that steps are taken also to revisit the issue of quantitative thresholds, with the purpose of building consistent and robust procedures.

The legislator, however, did not want to work on an even more critical point of the ASN. The procedure is an open one, which has its own rationale, as it was built as a "qualification" assessment procedure. However, the number of qualified candidates is extremely large, and certainly superior to the absorption capacity of the system. It is very likely that when the number of such people will have reached a certain threshold, so as to constitute a pool of electorally significant votes, the question of some *ope legis* stabilization will arise. However, for the above-mentioned reasons, it would be a damaging event and once again detrimental to the entire university system. For these reasons it would be better to introduce some kind of limited enrollment procedure.

²⁴See art. 14 dl. 90/2014.

4. OTHER CRITICAL ISSUES

In this brief review, which does not pretend in any way to be complete, I would like to inform the reader of some other critical aspect of our recruitment system. First, and this is obviously a general issue that affects not only the university system, the massive reduction in funding: the main instrument through which the state finances the university system has dropped in real terms by about 20% between 2009 and 2013.²⁵ This clearly has an impact on the academic staff, i.e. the number of university professors has decreased by 22% between 2006 and early 2013, and all this in spite of the fact that the country lies in the last places in Europe in terms of teacher-student ratio and by number of graduates.²⁶

In addition to this, the limitation of the turnover of academic personnel, actually scheduled to return to 100% (but not more) in 2018, is also heavily affecting the system. These policies have been especially punitive for the universities, since a series of equations transcending the real cost of staff per unit have been adopted: a full professor, "weighs" the same whether he is at the beginning or at the end of his career, and therefore regardless of his real salary. This means that the limitations of the turnover are staff-based and not cost-based: a cost-based calculation could easily show how the bond was in fact stricter than could seem at a first glance.

The policies aimed at a reduction of academic staff and the funding cuts adopted by governments in the last decade are somewhat puzzling; they mark a renunciation to higher education and research as drivers of social and economic development of the country. In this

²⁵ See CUN, Dichiarazione per l'università e la ricerca, le emergenze del sistema, gennaio 2013 (<https://www.cun.it/provvedimenti/sessione/119/dichiarazione/dichiarazione-del-30-01-2013>).

²⁶*Ibid.*

respect Italy is a nation that, in a context of a very serious financial and economic crisis, has moved in the opposite direction to its major European partners.²⁷

It should also be observed that this does not only act as a disincentive for those who wish to commit their life to teaching and research, as has been said before, but ends up fossilizing the system further, and preventing any internal dynamism.

This is the case of teachers' mobility, that used to be a characteristic of the early stages of academic career. There is certainly no need to discuss here the obvious advantages that the mobility of university professors and researchers implies: it allows the comparison of different experiences, enriches people, avoids the isolation of peripheral locations and hinders academic inbreeding. Yet, the recruitment of external professors costs much more than promoting internal staff; as a result academic mobility in Italy remains scarce, limited to the minimum levels required by law (20% of the resources allocated for new hires).²⁸ This is an additional - hardly negligible - flaw in our recruiting system.

Finally, I should also mention that the adoption of quantitative criteria for recruitment, has opened the way for individual quantitative assessment: which is not only contrary to international best practices,²⁹ but occurs in a country still not equipped with enough antibodies against opportunistic, abusive or even fraudulent behavior enacted by academics.³⁰

²⁷Cfr. European Commission, *Funding of Education in Europe. The Impact of the Economic Crisis*, Euridyce Report 2013 (http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/thematic_reports/147EN.pdf)

²⁸L. 240/2010, art. 18 c. 4.

²⁹See for example the *S. Francisco Declaration on Research Assessment*, DORA (<http://www.ascb.org/dora-old/files/SFDeclarationFINAL.pdf>)

³⁰See for example *Call the Cops*, *Nature* 2013, 504, 7478: *Italy has no scientific-misconduct procedures in place*. See also A. BANFI, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, II, 361-384

**THE DEVELOPMENT ON THE LOCAL DEMOCRATIZATION IN
BELGIUM**

Fabio RATTO TRABUCCO

ARTICLE RETRACTED AND REMOVED

**GOVERNO DEL TERRITORIO, PAESAGGIO E AMBIENTE.
PROFILI GENERALI**

REPORT ANNUALE – 2014 - ITALIA

(maggio 2015)

Girolamo SCIULLO

Il presente scritto non ha la pretesa di approfondire gli argomenti che considera, ma si prefigge il più limitato (seppure per taluni aspetti non agevole) obiettivo di offrire uno quadro introduttivo, il più possibile chiaro, dei temi del governo del territorio, del paesaggio e dell'ambiente nell'ordinamento italiano, al fine di fornire al lettore straniero utili elementi di comparazione.

Nell'ordinamento italiano governo del territorio, paesaggio e ambiente si presentano come entità fornite di distinta considerazione. La ragione è da rintracciarsi nei diversi tempi e modalità di emersione del loro rilievo giuridico. Rispetto al governo del territorio (e principalmente l'urbanistica) l'ambiente ha conosciuto il momento di emersione solo intorno agli anni '70 dello scorso secolo (Rossi, 3 ff.), mentre la disciplina del paesaggio fin dalle origini (l. 16 luglio 1905, n. 411, sulla conservazione della pineta di Ravenna) ha assunto una connotazione "culturale-identitaria" (non a caso la l. 22 giugno 1939, n. 1497 –che per oltre sessanta anni ha costituito la normativa fondamentale in tema di paesaggio- utilizzò gli stessi strumenti giuridici –vincolo e l'autorizzazione- impiegati dalla coeva l. 1° giugno 1939, n. 1039, per la tutela delle cose di interesse storico-artistico) (Sciullo, 282 f.).

La distinta considerazione del governo del territorio, del paesaggio e dell'ambiente è presente nel testo della Costituzione, in cui sono menzionati separatamente il paesaggio» e i «beni ambientali» (artt. 9 e 117, co. 3), l'«ambiente» e l'«ecosistema»(art. 117, co 2, lett. s), e il «governo del territorio» (art. 117, co. 3).

Tali entità vengono in rilievo come nozioni, come materie di competenza legislativa statale o regionale, e nelle relazioni reciproche.

Quanto al primo aspetto -e riprendendo formulazioni elaborate dal giudice costituzionale- il governo del territorio “comprende, in linea di principio, tutto ciò che attiene all’uso del territorio e alla localizzazione di impianti e attività” (Corte cost. n. 307/2003), ossia si riferisce agli “usi ammissibili del territorio” (Corte cost. n. 194/2004).

A sua volta, per paesaggio viene intesa “la rappresentazione materiale e visibile della Patria, coi suoi caratteri fisici particolare, con le sue montagne (...), i suoi fiumi, le sue rive, con gli aspetti molteplici e vari del suo suolo” (Corte cost. n. 309/2011), ovvero l’“aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene” (Corte cost. n. 367/2007). Si tratta con tutta evidenza di una nozione ‘identitaria/culturale’ del paesaggio, presente anche nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 2004, n. 42 e succ. mod.), che intende il paesaggio come «territorio espressivo di identità» (art. 131, co. 1).

Connessa a quella di paesaggio è la nozione di beni ambientali (o paesaggistici). In senso lato, sussiste una coincidenza fra le due nozioni (ad es. nell’art. 117, co. 3, Cost. 9). In senso stretto i beni ambientali (o paesaggistici) individuano porzioni del territorio meritevoli di particolare protezione, perché fornite di particolare pregio paesaggistico (id est estetico, identitario ecc.(cfr., ad es., art. 134 d.lgs. 42/2004).

Quanto, infine, alla nozione di ambiente occorre ricordare che nella tradizione giuridica italiana (a partire dalle indicazioni di M.S. Giannini, 1 ss.) l’ambiente è considerato oggetto di norme in tema di urbanistica, di paesaggio nonché di difesa del suolo, dell’aria e dell’acqua. In un’accezione più specifica (e ormai di corrente utilizzo) “per «ambiente e ecosistema» [di cui all’art. 117, co. 2 lett. s), Cost.], come affermato dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, deve intendersi quella parte di ‘biosfera’ che riguarda l’intero territorio nazionale” (Corte cost. nn. 104/2008 e 387/2007). Si tratta di un “bene giuridico unitariamente inteso” (Corte cost. n. 244/2012).

Come materie giuridiche oggetto di competenza legislativa le tre entità sono oggetto di differente disciplina. Occorre premettere che la Costituzione italiana delinea tre tipi di

competenza: esclusiva (spettante allo Stato nelle materie di cui all'art. 117, co. 2), concorrente -corrispondente peraltro alla Rahmengesetzgebung dell'ordinamento tedesco- (spettante alle Regioni nel rispetto dei principi fondamentali fissati dallo Stato, nelle materie elencate nell'art. 117, co. 3) e generale-residuale (prevista a favore delle Regioni nelle materie non riservate alla legislazione dello Stato).

Il governo del territorio è materia di legislazione concorrente (art. 117, co. 3) e comprende fondamentalmente l'urbanistica e l'edilizia (Corte cost. nn. 272 e 102/2013, 309/2011 e 362/2003): senza di esse sarebbe invero "poco più di un guscio vuoto", considerato che "altre materie o funzioni di competenza concorrente, quali porti e aeroporti civili, grandi reti di trasporto e di navigazione, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, sono specificamente individuati nello stesso terzo comma dell'art. 117 Cost. e non rientrano quindi nel 'governo del territorio'" (Corte cost. n. 303/2003). Peraltro, sempre ad avviso del giudice costituzionale, non sono ricompresi nel governo del territorio ambiti materiali quali ad esempio gli "interventi edilizi in zona sismica" o le "distanze tra fabbricati", ritenuti rientranti rispettivamente nella materia «protezione civile» (Corte cost. nn. 300 e 101/2013) e in quella dell'«ordinamento civile» (Corte cost. n. 6/2013).

Quanto al paesaggio, la funzione di «valorizzazione» è materia di competenza concorrente esplicitamente indicata (art. 117, comma 3), mentre quella di tutela è considerata di competenza esclusiva dello Stato, in quanto reputata ricompresa nella «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», materia elencata dall'art. 117, co. 2 (Corte cost. nn. 308/2013, 309/2011 e 367/2007).

Intesa come tutela della biosfera, la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema è come detto materia di competenza esclusiva dello Stato (Corte cost. nn. 300/2013 e 267/2007), ma, ad avviso del giudice costituzionale, le Regioni possono, nell'esercizio di una propria competenza in altra materia (ad esempio il governo del territorio), incrementare i livelli di tutela ambientale, senza però compromettere il punto di equilibrio tra esigenze contrapposte (ad esempio in tema di installazione di impianti di telefonia mobile) individuato dalla disciplina dello Stato (Corte cost. nn. 246, 145 e 58/2013).

Nella materia tutela dell'ambiente e dell'ecosistema rientra ad esempio la disciplina de:

- la gestione dei rifiuti (Corte cost. n. 285/2013);
- i periodi di esercizio venatorio (Corte cost. n. 93/2013) e le specie cacciabili (Corte cost. n. 20/2012);
- l'ambito dei piani e programmi da sottoporre a VAS (Corte cost. n. 178/2013);
- le aree naturali protette (Corte cost. nn. 14/2012, 325 e 263/2011);
- i materiali e i rifiuti radioattivi (Corte cost. n. 54/2012).

Fra le tre entità sono prospettabili molteplici relazioni logico/giuridiche. In primo luogo, quelle più evidenti, costituite dalla comunanza (fondamentalmente) del termine fisico di riferimento (ossia il territorio) e dalla contiguità delle nozioni. Al riguardo si consideri l'accennata polisemia del termine ambiente, presente anche nella individuazione della materia «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema» (art. 117, comma 2, lett. s) operata dal giudice costituzionale.

In secondo luogo, altre ancor più significative sotto il profilo giuridico. Un primo gruppo è costituito da relazioni di 'diversità'.

Differenti sono anzitutto le finalità delle relative discipline: mentre per il paesaggio e l'ambiente si tratta della massimizzazione della tutela e della valorizzazione, per il governo del territorio la finalità è costituita dal coordinamento (o sistematizzazione) di tutti gli interventi con incidenza territoriale (Stella Richter, 2006, 25).

Diversi, poi, sono gli apparati organizzativi di riferimento: nel caso dello Stato, i ministeri delle Infrastrutture e dei trasporti, dei Beni e delle attività culturali e del turismo, nonché dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, rispettivamente per il governo del territorio, il paesaggio e l'ambiente.

Altresì differenti sono le fonti di disciplina normativa: sempre con riguardo allo Stato, per il governo del territorio, in particolare la l. 17 agosto 1942, n. 1150 ('legge

urbanistica») e il d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico sull'edilizia), per il paesaggio, il d.lgs. n. 42/2004 e per l'ambiente, il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Soprattutto va richiamata la diversità degli strumenti giuridici previsti dalle discipline di settore. A titolo di esempio può ricordarsi, quanto agli atti di gestione puntuale, che «l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire» (art. 146, co. 4, d.lgs. n. 42/2004) e che il provvedimento di apposizione del vincolo paesaggistico (art. 140 d.lgs. 42/2004) è distinto da quello concernente il vincolo idrogeologico (art. 1 r.d.l. 30 dicembre 1923, n. 3267), nonché, quanto agli strumenti di pianificazione, che il piano paesaggistico (art. 135 d.lgs. 42/2004) è mezzo autonomo rispetto al piano di bacino distrettuale (art. 65 d.lgs. 152/2006), connotato dalla finalità di tutela del suolo e del corretto uso dell'acqua, e che l'uno e l'altro non si confondono con il piano per il parco (art. 12 l. 6 dicembre 1991, n. 394) (Marzaro, 1572).

Un secondo gruppo è costituito dalle relazioni 'di connessione/integrazione'.

Anzitutto relativamente agli effetti di tutela dispiegati dai differenti strumenti. Così si sottolinea che «mediante la tutela del paesaggio (...) si salvaguarda l'ambiente» (Cons. Stato, Ad. pl., 4 dicembre 2001, n. 9) e che i parchi naturali sono tutelati dal piano del parco, ma anche dal piano paesaggistico e da quello di bacino (Civitarese Matteucci, 236).

Poi con riferimento ai contenuti degli strumenti di tutela. Ad esempio, in alternativa al piano paesaggistico è previsto il «piano territoriale regionale con specifica considerazione dei valori paesistici» (art. 135 d.lgs. 42/2004), ossia un piano territoriale con valenza paesaggistica, mentre per «la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia alimentata da fonti rinnovabili» è stabilita una «autorizzazione unica, rilasciata (...) nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio», a seguito di «un procedimento unico, al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate» (art. 10, co. 3 e 4, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387).

Un terzo gruppo, infine, è rappresentato dalle relazioni 'di conflittualità'. Per un verso è corrente la sottolineatura della natura conflittuale o oppositiva degli interessi alla tutela del 'paesaggio' e dell' 'ambiente' rispetto agli altri interessi curati dal 'governo del

territorio' (quali, ad esempio, quelli relativi all'attività produttiva, ai trasporti) (Rossi, 20); per altro verso, più di recente è emerso un possibile contrasto fra la tutela del paesaggio e quello dell'ambiente (ad esempio in tema di localizzazione di impianti per la produzione di energie rinnovabili) (Rossi, 28).

Tali relazioni si risolvono in un'ormai indiscussa prevalenza accordata alla tutela del paesaggio e dell'ambiente rispetto agli altri interessi inerenti il governo del territorio. Questa prevalenza è espressa in sede dottrinarie dalla teoria dei c.d. 'interessi differenziati' (P. Stella Richter, 29 ss. e 45 ss., V. Cerulli Irelli, 1985, 386 ss.) ed è accolta nella giurisprudenza costituzionale con l'affermazione che "la tutela ambientale e paesaggistica (...) precede e comunque costituisce limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio" (Corte cost. nn. 367/2007 e 309/2011). Essa poi ha riscontro in sede normativa nella sancita sovraordinazione del piano paesaggistico sui piani urbanistici dei comuni (art. 145, co. 3, d.lgs. 42/2004) nonché in quella del piano di bacino sui piani territoriali (art. 65 d.lgs. 152/2006).

Più fluida negli esiti è la relazione fra la tutela del 'paesaggio' e la tutela dell''ambiente'. La tendenza attuale è per il bilanciamento e il contemperamento dei due interessi, al livello procedimentale, sulla base del loro atteggiarsi in concreto (G.D. Comporti, 2008, 274, Amorosino, 2010, 39 ss.).

Bibliografia:

S. Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari, 2010

V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 386 ff.

S. Civitarese Matteucci, *Governo del territorio e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, 2011, 223 ff.

G.D. Comporti, *Energia e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, cit., 276 ff.

M.S. Giannini, «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1 ff.

P. Marzaro, *La pianificazione paesaggistica come 'luogo di convivenze' e la centralità del procedimento nella 'duplicità' del sistema*, in *Scritti in onore di P.Stella Richter*, vol. III, Napoli, 1565 ff.

G. Rossi, *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, cit., 11 ff.

G. Sciallo, *Territorio e paesaggio (a proposito della legge regionale della Toscana 3 gennaio 2005, n. 1)*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, n 3, 282 ff.

P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1974

P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006

**RAUMORDNUNGSPOLITIK, LANDSCHAFT UND UMWELT.
ALLGEMEINE MERKMALE**

(Mai 2015)

Girolamo SCIULLO

Dieser Beitrag soll den Charakter einer Einleitung haben, die es den ausländischen Lesern ermöglichen soll, sich ein umfassendes und klares Bild zu den Themen der Raumordnungspolitik, der Landschaft und der Umwelt in der italienischen Rechtsordnung zu machen.

Es handelt sich hier um verschiedene Themen, die aber den gemeinsamen Gegenstand zum Inhalt haben: den Raum. Der Beitrag erörtert die betreffenden Begriffe und Gebiete und die gegenseitigen Beziehungen.

In der italienischen Rechtsordnung werden die Raumordnungspolitik, die Landschaft und die Umwelt als verschiedene Entitäten behandelt. Ihre rechtliche Bedeutung hat sich nämlich in verschiedenen Zeiten und Weisen gezeigt. In Bezug auf die Raumordnungspolitik (und besonders auf die Bauleitplanung) ergab sich das Problem der Umwelt allein ungefähr in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts (Rossi, 3 ff.). Andererseits hat die Landschaftsordnung von Anfang an (Gesetz 16. Juli 1905, n. 411, über die Bewahrung des Pinienwaldes von Ravenna) einen Kultur- und Identitätsgedanken gewonnen (Sciullo, 282 f.).

Die Unterscheidung zwischen der Raumordnungspolitik, der Landschaft und der Umwelt ist in der italienischen Verfassung [ItVe] enthalten:

- <<[die Republik] schützt die *Landschaft*>> (Art. 9)
- <<*Umwelt-* und *Natursystems*chutz>> (Art. 117 Abs. 2 s)

- <<Raumordnungspolitik>>, <<Verwertung der *Landschaftsgüter*>> (Art. 117 Abs. 3)

Diese Entitäten sind von Bedeutung als Begriffe, als Gebiete staatlicher und regionaler¹ Gesetzgebungskompetenz und als gegenseitige Beziehungen.

Vom ersten Gesichtspunkt aus besteht die Raumordnungspolitik “grundsätzlich aus allem, was die Nutzung des Raumes [Gebietes] und die Lokalisation von Anlagen und Tätigkeiten” betrifft (italienischer Verfassungsgerichtshof [ItVerfGH] 307/2003), das heisst, sie bezieht sich auf “zulässige Nutzung des Raumes” (ItVerfGH 194/2004).

Die Landschaft wird ihrerseits als “die materielle und sichtbare Darstellung der Heimat, mit ihren besonderen natürlichen Merkmalen, mit ihren Bergen, ihren Flüssen, ihren Ufern, mit vielfachen und verschiedenen Erscheinungen ihres Bodens” (ItVerfGH 309/2011) ausgelegt, das heisst als “Merkmale des Raumes, in Bezug auf die Umwelts- und Kulturinhalte” (ItVerfGH 367/2007): also ein Kultur- und Identitätsgedanke der Landschaft. Im Gesetzbuch der Kulturgüter und der Landschaft (GBKL) wird die Landschaft als <<Raum, das Identität ausdrückt>> verstanden (Art. 131 Abs 1).

Der Begriff der Umwelts- (oder Landschafts-)güter ist mit dem Begriff der Landschaft verbunden. Im weitesten Sinne stimmen die zwei Begriffe (z. B. Art. 117 Abs 3 ItVe) überein. Im engeren Sinne sind die Umwelts- (oder Landschafts-) güter Bereiche des Raumes, die mit besonderen landschaftlichem Wert versehen sind (Art. 134 GBKL).

In Bezug auf den Begriff der Umwelt soll hingewiesen werden, dass die Umwelt nach Auffassung der italienischen Rechtslehre (vor allem Giannini, 1 ff.) Gegenstand von Rechtsnormen hinsichtlich der Raumordnung, der Landschaft und des Schutzes des Bodens,

¹ <<Die Regionen sind selbständige Körperschaften [des öffentlichen Rechts, z.B. Trentino-Alto Adige/Südtirol; Veneto]>> (Art. 114 Abs. 2 italienischen Verfassung [ItVe]).

der Luft und des Wassers ist. Nach Auffassung des italienischen Verfassungsgerichtshofes, “unter <<Umwelt und Natursystem>> [Art. 117 Abs 2 s ItVe], wie von der Stockholmer Erklärung behauptet, wird jener Teil der Biosphäre, der den gesamten Nationalraum betrifft, verstanden” (ItVerfGH 104/2008, 378/2007). Es handelt sich um “ein einheitlich verstandenes rechtliches Gut” (ItVerfGH 244/2012).

Als Gebiete staatlicher und regionaler Gesetzgebungskompetenz werden die drei Entitäten unterschiedlich geregelt. Nach der italienischen Verfassung ist die Zuständigkeit der Gesetzgebung: *ausschließliche* (des Staates auf den Gebieten des Artikels 117 Abs 2), *konkurrierende* (= Rahmengesetzgebung, d. h. die Regionen haben das Recht der Gesetzgebung mit der Befolgung der Grundprinzipien, die von der Staatsgesetzgebung bestimmt werden, auf den Gebieten des Artikels 117 Abs 3), und *allgemeine* (der Regionen über die der Staatsgesetzgebung nicht vorbehaltenen Gebiete, Art. 117 Abs 4).

Die Raumordnungspolitik ist Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 117 Abs 3 ItVe). Sie besteht wesentlich aus der überörtlichen Raumordnung und Landesplanung, der Bauleitplanung [Urbanistica] und dem Bauordnungsrecht [Edilizia] (ItVerfGH 272 und 102/2013, 309/2011, 362/2003): ohne diese “wäre sie nur etwas mehr als eine leere Schale” (ItVerfGH 303/2003). Aber die Raumordnungspolitik umfasst zum Beispiel weder die Bautätigkeit in den Erdbebengebieten (sie gehört zum Gebiet <<Schutz der Bürger>> (ItVerfGH 300 und 101/2013) noch die “Abstandshaltung zwischen den Gebäuden (sie gehören zum Gebiet der <<Zivilordnung>> (ItVerfGH 6/2013).

In Bezug auf die Landschaft ist die <<Landschaftspflege>> Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 117 Abs 3 ItVe), aber der Landschaftsschutz gehört der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Staates an, weil er dem <<Umwelt- und Natursystemschutz>> unterliegt, ein Gebiet des Artikels 117 Abs 2 s ItVe (ItVerfGH 308/2013, 309/2011, 367/2007).

Als Biosphäreschutz ausgelegt ist der <<Umwelt- und Natursystemschutz>> Gebiet der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz (ItVerfGH 300/2013 und 267/2007). Die Regionen können die Standards des Umweltschutzes erweitern, wenn sie von ihrer

Gesetzgebungszuständigkeit (z. B. auf dem Gebiet der 'Raumordnung') Gebrauch machen, aber ohne das Gleichgewicht zwischen den gegensätzlichen Interessen, das von den Staatsnormen bestimmt worden ist, zu gefährden [z. B. hinsichtlich der Anlagen von beweglicher Telephonie]" (ItVerfGH 246, 145 und 58/2013).

Zum Gebiet << Umwelt- und Natursystemschutz>> gehört die Gesetzgebung über: die Abfallwirtschaft (ItVerfGH 285/2013), den Jagdkalender und die jagdbaren Tiere (ItVerfGH 93/2013 und 20/2012), die geschützten Naturgebiete (ItVerfGH 14/2012, 325 und 263/2011), das nukleare Material und die radioaktiven Abfälle (ItVerfGH 54/2012).

Zwischen drei Entitäten können sich verschiedene logisch/rechtliche Beziehungen abzeichnen. Erstens haben sie einen gemeinsamen Gegenstand (den Raum) (Civitarese Matteucci, 226) und es gibt eine Nachbarschaft der Begriffe (Polysemie des Wortes 'Umwelt' s. o.).

Zweitens ergeben sich andere rechtlich noch bedeutsamere Beziehungen.

Zunächst handelt es sich um Beziehungen 'der Vielfalt'. Verschieden sind die Zweckbestimmungen. Was die Raumordnungspolitik betrifft: die Abstimmung aller Maßnahmen, die Einfluss auf den Raum haben. Was die Landschaft und die Umwelt betrifft: die Maximierung des betreffenden Schutzes und deren Verwertung.

Außerdem unterscheiden sich die jeweils zuständigen Organisationen. Was den Staat betrifft (Art 2 ff. d.lgs. 300/1999), bezüglich der Raumordnungspolitik im Bereich der Landschaft und der Umwelt das Ministerium für Infrastruktur und für Verkehrswesens, das Ministerium für Kulturgüter, Kulturaktivitäten und Tourismus, wie auch das Ministerium für Umwelt, Raum- und Seeschutz.

Auch die Rechtsquellen sind unterschiedlich: insbesondere bezüglich der Raumordnungspolitik: l. 17.8.1942, n. 1150 ("Gesetz über die Raumordnungs- und Bauleitplanung") und d.p.r. 6.6.2001, n. 380 (über die Bauordnung); der Landschaft: GBKL [d.lgs. 42/2004]; und der Umwelt: d.lgs. 22.4.2006, n. 152.

Es ist aber auch auf den Unterschied der Rechtsmittel hinzuweisen, z. B.: die <<Landschaftsgenehmigung ist ein selbständiger und vorausgesetzter Akt bezüglich der Baugenehmigung>> (Art. 146 Abs 4 GBKL); verschieden sind der Landschaftsschutz (Art. 140 d.lgs. 42/2004) und die hydrogeologischen und wasserschutzrechtlichen Auflagen (art. 1 r.d.l. 30.12.1923, n. 3267); der Landschaftsplan (Art. 135 d.lgs. 42/2004), der Gebietsplan (art. 65 d.lgs. 152/2006) (zum Zweck von Raumsschutz und ordnungsgemäßer Wassernutzung), und der Parkplan (art. 12 l. 6.12.1991, n. 394) (Marzaro, 1572).

Es gibt aber auch Beziehungen der ‘Verbindung/ Integration’, erstens zwischen den Schutzeffekten und zwischen den Rechtsinstrumenten, z. B.: “durch den Landschaftsschutz (...) wird die Umwelt geschützt” (Consiglio Stato, Ad. Pl. [Verwaltungsgerichtshof, Vollversammlung], 4.12.2001, n. 9); die Naturparks werden vom Parkplan aber auch vom Landschaftsplan und vom Gebietsplan geschützt (Civitarese Matteucci, 236).

Zweitens zwischen den Rechtsschutzmitteln. Zum Beispiel gibt es den <<Regionalen Landesplan mit einer Sonderbeachtung der Landschaftsgüter (art. 135 d.lgs. 42/2004) (das heißt einen Landesplan mit Landschaftsschutzbedeutung) und die “einzige Bewilligung” (Art. 10 Abs 3 und 4 d.lgs. 29.12.2003, n. 387: <<die Errichtung und die Anwendung der Anlagen, die erneuerbare Energien herstellen, bedürfen einer Einzigenehmigung. Die Genehmigung muss Rücksicht auf die Normen über dem Umwelt- und Landschaftsschutz nehmen und wird nach einem Einzigverfahren, an dem alle interessierten Behörden teilnehmen, erteilt>>.

Drittens bestehen schließlich ‘Konfliktbeziehungen’ (mögliche Interessenkonflikte der Zweckbestimmung): einerseits hebt man den widersprüchlichen Charakter der Interessen des Landschafts- und Umweltschutzes in Zusammenhang mit anderen Interessen hervor, die die Raumordnungspolitik betreut (z. B. Produktions- und Verkehrsinteressen) (Rossi, 20). Andererseits kann sich ein möglicher Konflikt zwischen Landschaftsschutz und Umwelt herausstellen (z. B. betreffs der Ortsbestimmung der Anlagen, die erneuerbare Energien herstellen) (Rossi, 28).

Diese Interessenkonflikte lassen sich erstens mit dem Vorrang des Landschafts- und Umweltschutzes lösen: “Der Landschafts- und Umweltschutz (...) hat Vorrang und begrenzt die Sorge für andere Interessen, die zur konkurrierenden Gesetzgebung der Regionen über die Raumordnungspolitik gehören” (ItVerfGH 367/2007, 309/2001): das ist die sogenannte Theorie der ‘differenzierten Interessen’ (Stella Richter, 29 ff. und 45 ff., Cerulli Irelli, 386 ff.). Als Anwendungen z. B.: der Vorrang des Landschaftsplans über die kommunale Bauleitplanung (Art. 145 Abs 3 GBKL) und der Vorrang des Gebietsplan über die Landesplanung (Art. 65 d.lgs. 152/2006)

Zu einem rechtlich unsicheren Ergebnis kommt die Beziehung zwischen dem Landschaftsschutz und dem Umweltschutz: es gibt vielfältige Lösungen, aber es zeichnet sich die Tendenz ab beim Verfahren ein Gleichgewicht und einen Einklag beider Interessen zu erzielen, mit Rücksicht ihrer tatsächlichen Bedeutung (Amorosino, 39 ff., Comporti, 297 ff.)

REFERENCES

S. Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari, 2010

V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 386 ff.

S. Civitarese Matteucci, *Governo del territorio e ambiente*, in *Diritto dell’ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, 2011, 223 ff.

G.D. Comporti, *Energia e ambiente*, in *Diritto dell’ambiente*, cit., 276 ff.

M.S. Giannini, <<Ambiente>>: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1 ff.

P. Marzaro, *La pianificazione paesaggistica come 'luogo di convivenze' e la centralità del procedimento nella 'duplicità' del sistema*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, vol. III, Napoli, 1565 ff.

G. Rossi, *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, cit., 11 ff.

G. Sciallo, *Territorio e paesaggio (a proposito della legge regionale della Toscana 3 gennaio 2005, n. 1)*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, n 3, 282 ff.

P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1974

P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

GBKL: Gesetzbuch der Kulturgüter und der Landschaft [Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 42/2004)]

ItVe: italienische Verfassung [Costituzione italiana]

ItVerfGH: italienischer Verfassungsgerichtshof [Corte costituzionale italiana]

**DALLE DENUNCE DI INIZIO ATTIVITÀ ALLE SEGNALAZIONI
CERTIFICATE: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI**

REPORT ANNUALE – 2015 - ITALIA

(Maggio 2015)

LEOPOLDO ZUANELLI BRAMBILLA – NADIA LA FEMINA^(*)

INDICE:

- 1. INQUADRAMENTO DELL'ISTITUTO**
- 2. DISPOSIZIONI IN MATERIA EDILIZIA**
- 3. LE QUESTIONI SULLA NATURA GIURIDICA**
- 4. GLI STRUMENTI DI TUTELA DEL TERZO**
- 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

^(*) Dottorandi di ricerca del Corso di dottorato in Studi giuridici comparati ed europei attivato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento. Il contributo è il frutto della riflessione comune dei due autori, i quali tra l'altro sono particolarmente grati ai proff. Antonio Cassatella e Fulvio Cortese per i preziosi consigli ricevuti. Al contempo, possono attribuirsi specificamente a Leopoldo Zuanelli Brambilla i parr. 1 e 2, mentre a Nadia La Femina i parr. 3 e 4; le considerazioni conclusive al par. 5 sono, invece, riconducibili ad entrambi.

1. INQUADRAMENTO DELL'ISTITUTO

Nonostante la sua formale codificazione risalga al 1990, l'istituto della denuncia di inizio attività, comunque definita o appellata, ha in realtà una serie di antecedenti storici in tutte le aree di conformazione amministrativa delle attività private. Si trattava di oneri di segnalazione e notifica di iniziative assoggettate comunque a controllo amministrativo, nel contesto di sperimentazioni legislative che hanno reso l'art. 19 della Legge n. 241 del 1990, per certi versi, una 'consolidazione' di prassi e discipline già operanti¹.

Un'analisi diacronica, peraltro, rappresenta il principale antidoto per evitare una ricostruzione dogmatica dell'istituto, difficile non solo sul piano teorico, ma smentita *per tabulas* da oltre un ventennio di interventi del legislatore, che non consentono ancora di definire la vicenda come stabilizzata all'interno di un pur auspicabile 'sistema' di diritto amministrativo². Al contempo, proprio partire dalle norme aiuta, in qualche modo, ad

¹ In materia di denuncia di inizio attività (e delle varie successive espressioni utilizzate dal legislatore per identificare l'istituto) si segnalano, *ex multis*: G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2000; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001; ID., *La segnalazione certificata di inizio attività: fra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 580; ID., *SCIA e poteri in autotutela*, in *Urb. appalti*, 2012, 1007; D. CORLETTI, *La denuncia di inizio attività*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Il Testo Unico sull'edilizia*, Bologna, 2005, 103; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3492; A. DI MARIO (a cura di), *DIA e SCIA e tutela dei terzi*, in *Giur. it.*, 2014, 1013; G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241/1990*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 411; ID., *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1997, 139; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008; C. LAMBERTI, *La SCIA tra liberalizzazione e semplificazione*, in *Urb. appalti*, 2013, 10; G. LAVITOLA, *Denuncia di inizio attività*, Padova, 2003; F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011; L. MARTINEZ, *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Torino, 2008; N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 748; M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329; M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 478; S.S. SCOCA, *Gli atti di autoamministrazione*, in *Giur. it.*, 2014, 1787; A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 15; ID., *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, 517; ID., *Dichiarazione di inizio attività (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II, Milano, 2008, *ad vocem*.

² Su questi aspetti, cfr. M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347. Sulla dimensione 'storicistica' della scienza giuridica si reputano sempre significative le

individuare su un piano preliminare i confini e le trasformazioni del fenomeno. Converrà dunque cominciare l'illustrazione, seppur brevemente, con qualche esempio.

L'imprenditore che voglia adibire la propria fabbrica a stabilimento per la distillazione di alcol e liquori deve darne comunicazione scritta, quindici giorni prima che l'attività abbia inizio, al Sindaco del Comune interessato, il quale può vietarne l'attivazione o subordinarla a determinate cautele quando ciò sia ritenuto necessario nell'interesse della salute pubblica³. Il medesimo *iter* procedimentale è previsto anche, ad esempio, per le stazioni di servizio stradali che distribuiscano idrocarburi⁴: lo prevede ancora oggi l'art. 216 del T.U. delle leggi sanitarie⁵. Dal 1934, dunque, una comunicazione scritta preventiva è necessaria prima dell'inizio di alcune attività, segnatamente pericolose a causa della produzione o dell'utilizzo di sostanze gassose nocive alla salute, e l'Amministrazione comunale competente ha il potere non già di vietare la prosecuzione dell'attività comunicata quanto piuttosto quello di inibirne l'avvio, entro il ricordato termine, abbastanza breve, di quindici giorni.

Dopo il disastro di Seveso del 1976, che fu causato, come si ricorderà, dalla dispersione nell'ambiente di una nube di diossina fuoriuscita da uno stabilimento chimico in seguito ad un incidente, il diritto comunitario prima e quello nazionale poi stabilirono una serie di regole in capo agli industriali che volessero avviare attività potenzialmente in grado di causare incidenti rilevanti per l'uomo e l'ambiente, come ad esempio la raffinazione dei prodotti petroliferi⁶. L'art. 3 del D.P.R. 175/1988 imponeva infatti al fabbricante, prima di avviare l'attività, di assumere tutte le misure atte a prevenire gli incidenti rilevanti e di notificare o di dichiarare l'intenzione di iniziare l'attività industriale⁷.

osservazioni di S. CASSESE, *La storia, compagna necessaria del diritto*, in *Le carte e la storia*, 2009, 5 e ID., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 597.

³ Allegato al D.M. 5 settembre 1994, parte I, lettera c), n. 10.

⁴ Allegato al D.M. 5 settembre 1994, parte II, lettera c), n. 14.

⁵ Cfr. R.D. 27 luglio 1934, n. 1265. In argomento cfr. G. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, VI ed., Milano, 2009, 1088.

⁶ Cfr. Direttiva 82/501/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1982, sui rischi di incidenti rilevanti connessi con determinate attività industriali, attuata nell'ordinamento italiano con il D.P.R. 17 maggio 1988, n. 175.

⁷ La situazione appena tratteggiata è venuta a mutare per effetto dell'attuazione della Direttiva 'Seveso II' (Direttiva 96/82/CE del Consiglio, del 9 dicembre 1996, sul controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose) ad opera del D.lgs. 17 agosto 1999, n. 334, e delle successive modifiche occorse ad entrambe tali fonti normative.

I modelli ora riportati senz'altro possono essere definiti come gli antefatti della più moderna denuncia di inizio attività⁸. D'altro canto si può osservare come queste 'comunicazioni' non siano in realtà vere e proprie 'denunce' (o 'segnalazioni') di inizio attività, le quali attivano il potere dell'Amministrazione in maniera diversa dalla generica istanza. Se, infatti, quest'ultima è funzionale di norma all'emanazione di un atto favorevole, gli esempi di cui sopra sono funzionali ad attività di *controllo successivo* della PA, potenzialmente destinate a concludersi con divieti e atti inibitori. Quindi, più che di semplificazione procedimentale, risultano essere disposizioni di aggravamento dell'attività privata e di cooperazione coatta del privato con l'autorità; disposizioni che, in qualche modo, si potrebbe dire essere collegate con il cd. 'principio di precauzione', ora contenuto nell'art. 191, co. 2, TFUE, ma la cui codificazione, da parte del legislatore europeo, risale agli anni Novanta⁹.

La prima denuncia di inizio attività *ante litteram* si colloca alla fine degli anni Ottanta, ad opera della Provincia autonoma di Trento. Anticipando l'intervento del legislatore nazionale – di cui subito si dirà – e nel dettare i principi generali per la semplificazione e la democratizzazione dell'azione amministrativa, la L.P. n. 45 del 1988 prevedeva, all'art. 22, che con apposito atto legislativo fossero individuati i provvedimenti autorizzativi vincolati sostituiti da una «*denuncia degli interessati*», salvi i poteri di controllo dell'Amministrazione provinciale¹⁰.

Nel quadro così delineato si inserisce la disciplina della L. n. 241/1990, con cui, per la prima volta nel nostro ordinamento, la denuncia di inizio attività veniva qualificata e disciplinata – in attuazione dei principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 – quale strumento di semplificazione del procedimento

⁸ Tra gli altri basti rinviare a G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, cit., 35; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, cit., 61; F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 1; A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, cit., 17.

⁹ Sul quale è necessario rinviare a M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013 e G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, II ed., Torino, 2013. In giurisprudenza si v., ad esempio, CGE, 5 maggio 1998, C-180/96, *Regno Unito/Commissione*, in *Raccolta*, 1998, 2265; *idem*, 21 marzo 2000, C-6/99, *Greenpeace*, *ivi*, 2000, 1651. Un recente approfondimento dell'intera tematica e dei suoi fondamenti nel diritto europeo si deve anche a S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013.

¹⁰ Cfr. L.P. Trento 25 novembre 1988, n. 45 (in seguito abrogata dalla L.P. Trento 30 novembre 1992, n. 23, che tuttora disciplina l'attività amministrativa a livello provinciale).

amministrativo¹¹. Questo inquadramento era suggerito dalla collocazione sistematica dell'art. 19 nel capo IV della stessa legge, sullo stesso piano di strumenti come la conferenza di servizi e, soprattutto, il silenzio assenso.

L'art. 19 della Legge 241/1990, nella sua originaria formulazione, definiva denuncia di inizio attività l'istituto tramite il quale chi voleva avviare l'esercizio di una attività privata – per legge subordinato ad un atto di consenso – doveva darne comunicazione all'Amministrazione competente, a cui spettava di verificare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti e di disporre, se del caso e con provvedimento motivato, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove fosse stato possibile, l'interessato non avesse provveduto a conformare l'attività alle norme in vigore entro un termine prenotato dalla medesima autorità.

Per espressa previsione dell'art. 19, dette disposizioni non avevano portata generale: era infatti demandato ad un regolamento successivo di stabilire in quali casi si sarebbe potuta applicare la nuova disciplina della dia e quali procedimenti ne erano invece esclusi¹². Ne uscì un elenco tutto sommato abbastanza contenuto di attività assentibili con dia e, per quelle che potevano iniziare solo dopo il decorso di un termine, quest'ultimo variava da due settimane ad addirittura un anno¹³.

Giunti a questo punto, tornerà utile qualche considerazione generale sul senso dell'operazione compiuta dal legislatore con la legge del 1990. In dottrina si tende a ritenere che esso risieda, da un lato, nella volontà di semplificare gli oneri amministrativi e di sfortire le pratiche meramente autorizzatorie e, dall'altro, di raggiungere una maggiore semplificazione procedimentale attraverso l'eliminazione di questi adempimenti trasferendo al privato gli oneri di preparazione ed acquisizione di tutti i documenti sostitutivi¹⁴. Nei fatti, si tratta di una responsabilizzazione del privato rispetto ad una PA

¹¹ Cfr. L. 7 agosto 1990, n. 241.

¹² Ci si riferisce al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300, il quale aveva tra l'altro il compito di indicare i casi in cui all'attività poteva darsi inizio immediatamente dopo la presentazione della denuncia (dia ad efficacia immediata), ovvero dopo il decorso di un termine fissato (dia ad efficacia differita) e ciò sulla base della complessità degli accertamenti in capo alla PA.

¹³ Cfr. R.D. 4 maggio 1925, n. 653. Nel 1993 le previsioni dell'art. 19 vennero modificate dall'art. 2, co. 10, della L. 24 dicembre 1993, n. 537: si identificarono le attività per le quali la dia non trovava applicazione, mentre l'art. 19 della L. 241 del 1990 diventò la regola generale. Scompare poi la distinzione tra dia ad efficacia immediata e dia ad efficacia differita: l'interessato poteva infatti iniziare da subito l'attività.

¹⁴ Cfr. A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 del 1990 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 23.

che si contrae, che si riduce, e che quindi viene privata almeno in parte del potere autorizzativo¹⁵. D'altra parte, su questa linea, alcuni interpreti ravvisano, a fronte di un'autorizzazione vincolata e senza contingentamenti, la sussistenza di posizioni di diritto soggettivo e questo rende, per certi versi, superflua l'intermediazione dell'autorità amministrativa al fine di garantire la formazione dell'atto autorizzativo, posto che l'effetto potrebbe essere direttamente prodotto dal privato¹⁶.

Inoltre, tra i vari istitutivi di semplificazione previsti dalla L. 241/1990, non si può non notare, come è stato fatto¹⁷, che quello della dia – comunque denominata – presenta un grado di incisività molto elevato, ben maggiore rispetto al silenzio assenso di cui al successivo art. 20. Difatti, se nelle fattispecie regolate da tale norma l'istanza dell'interessato comporta l'adozione di un provvedimento, che decorso un certo termine si considera 'tacito', nelle ipotesi ex art. 19 ciò che manca è proprio – e sempre – l'atto finale (e siffatta ricostruzione, come si vedrà, è stata confermata in seguito alla previsione della non impugnabilità delle dichiarazioni o segnalazioni certificate)¹⁸.

Questa impostazione – che secondo alcuna dottrina sarebbe conseguenza dell'adesione dell'Italia all'UE e, più in particolare, del principio di libera circolazione, fra gli Stati membri, delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali¹⁹ – attua in ambito amministrativo la *deregulation*²⁰ che è tipica in materia di concorrenza e libero mercato. In sostanza, le modalità più stringenti dell'Amministrazione, costituite da autorizzazioni e verifiche preliminari, vengono surrogate da altre più blande, costituite essenzialmente dall'obbligo di informazione del privato: si passa così, com'è stato efficacemente notato,

¹⁵ Cfr. G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, cit., 3494; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 148. In materia si v. anche M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit., 250. Sul concetto di autoreponsabilità ai fini della formazione della dia, cfr. assai incisivamente Cons. Stato, Ad. plen. 29 luglio 2011, n. 15 (su cui più diffusamente *infra*), nonché Cons. Stato, VI sez., 9 febbraio 2009, n. 717; V sez., 15 aprile 2010, n. 2139; IV sez., 13 maggio 2010, n. 2919.

¹⁶ In tal senso, cfr. soprattutto L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, specie 74 ss. – dove si introduce il concetto di diritto soggettivo subordinato ad accertamento amministrativo vincolato – e, con specifico riferimento alla disciplina della denuncia di inizio attività, 103 ss. Si tratta, a propria volta, di una ricostruzione che si fonda sulle originarie intuizioni di A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 33.

¹⁷ Cfr. G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, cit., 20.

¹⁸ Cfr. P. LIGNANI, *I tempi del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso. Legge 7 agosto 1990, n. 241*, II ed., Napoli, 1993, 46.

¹⁹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 65.

²⁰ L'espressione 'deregolamentazione amministrativa' è di E. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 186.

dall'autorizzazione di competenza dell'Amministrazione all'informazione a carico dell'interessato, con la conseguenza di liberalizzare certe attività private, le quali ottengono la loro legittimazione in base alla legge e non ad un provvedimento amministrativo di tipo ampliativo²¹.

Tornando ai profili normativi, va quantomeno segnalato come il regime normativo, da allora, sia cambiato più volte: inizialmente nel 2005, quando l'istituto prese il nome di dichiarazione di inizio attività²²; quattro anni più tardi, poi, con la L. n. 69 nel 2009, i cui intenti erano di promuovere lo sviluppo economico ed accrescere la competitività, anche in conseguenza della 'Grande recessione' iniziata nel 2007 e della crisi finanziaria che ne è derivata²³; e ancora nel 2010, con il decreto che ha dato attuazione in Italia alla Direttiva *Bolkestein*²⁴.

Sarà la legge di conversione del decreto legge contenente la manovra correttiva per il 2010, di quattro mesi successiva all'ultima modifica, a ridisegnare l'art. 19 nella versione che tutt'oggi conosciamo con il nome di segnalazione certificata di inizio attività²⁵.

Ai sensi della norma così emendata, tutti gli atti di consenso che abbiano natura vincolata sono sostituiti da una segnalazione alla quale l'interessato ha l'onere di allegare i documenti che, in un certo senso, *certifichino* la sua richiesta e consentano all'autorità destinataria i necessari controlli (dichiarazioni sostitutive di certificazioni, attestazioni, asseverazioni, dichiarazioni di conformità, elaborati tecnici). Tutte le attività così descritte possono essere avviate già dalla data della presentazione della segnalazione²⁶, mentre in

²¹ Cfr. G. CORSO, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2007, 281. Ad una 'liberalizzazione di attività private' si riferisce anche il Consiglio di Stato in occasione di due pareri resi dall'Adunanza generale (17 febbraio 1987, n. 7, in *Foro it.*, 1988, III, 22 e 6 febbraio 1992, n. 27, *ivi*, 1997, III, 200), mentre altra dottrina, non negando lo scopo semplificativo dell'art. 19, non ritiene ricorra una vera liberalizzazione, atteso che il modello della denuncia di inizio attività comporta comunque l'esercizio di una attività amministrativa in senso tecnico. Anche su questo cfr. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, cit., 65.

²² Con l'entrata in vigore del D.L. 14 marzo 2005, n. 35. In merito si rinvia, tra gli altri, a C. FACCHINI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Azienditalia*, 2011, 11, 5.

²³ Cfr. L. 18 giugno 2009, n. 69. E infatti con tale atto normativo fu reintrodotta la dia ad efficacia immediata per le dichiarazioni inerenti ad impianti produttivi di beni e servizi o a prestazione di servizi di cui alla cd. 'Direttiva Servizi' (Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno).

²⁴ Cfr. D.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, il quale ha reintrodotta in via generale la distinzione tra dia differita e dia ad efficacia immediata.

²⁵ Cfr. L. 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del D.L. 31 maggio 2010, n. 78. Per un esame *funditus* delle modifiche all'art. 19 della Legge n. 241 del 1990 è necessario rinviare a F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 8.

²⁶ Con l'esclusione, come è noto, dei casi in cui sussistano i vincoli di cui ai commi 1 e 4-bis dell'art. 19.

capo all'Amministrazione permangono il potere di vietare la prosecuzione dell'attività – entro sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione – e i poteri di revoca e annullamento d'ufficio.

Il contesto in cui è avvenuta la riforma del 2010 resta quello dell'aumento della competitività attraverso la riduzione della sfera pubblica e così anche di quella necessaria alla gestione dei procedimenti amministrativi di autorizzazione. Nella sostanza, l'intento del legislatore è di eliminare i provvedimenti per diminuire i procedimenti e poter riallocare le risorse interne ad altre funzioni, responsabilizzando il privato e al contempo gravandolo di costi *prima facie* occulti. La tenuta del modello è garantita da sanzioni penali per chi dichiara o attesta falsamente il possesso dei requisiti o dei presupposti richiesti per lo svolgimento dell'attività, con pene piuttosto severe (da uno a tre anni di reclusione).

Malgrado il forte impatto dell'ultima modifica, tra il 2010 e la fine del 2014 sono state ancora molte le innovazioni che hanno interessato la nuova segnalazione di inizio attività. Tali innovazioni hanno riguardato aspetti prettamente procedurali inerenti alle modalità di presentazione delle segnalazioni e di allegazione dei documenti, i poteri di autotutela dell'Amministrazione (definita 'ibrida' o 'atipica' da certa dottrina)²⁷, le disposizioni in materia edilizia e i profili relativi alla natura dell'atto di segnalazione e al ruolo dei terzi, aspetti che saranno oggetto di indagine nel prosieguo.

Già in questa sede, nondimeno, da un lato si può almeno accennare come alcune di tali ultime modifiche normative siano state da subito oggetto di impugnazione in via principale alla Corte costituzionale da parte di varie Regioni e di entrambe le Province autonome per violazione delle competenze regionali e del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni²⁸; dall'altro, non si può tacere come – nonostante i molteplici tentativi di

²⁷ Così F. LIGUORI, *Lo «Sblocca Italia» sbloccherà la s.c.i.a.?*, in www.giustamm.it.

²⁸ Questo profilo sarà analizzato *infra* nel paragrafo successivo, ma qui può essere utile riportare, ancorché solo per cenni, l'orientamento della stessa Consulta in materia di dichiarazioni e segnalazioni certificate di inizio attività. In proposito la giurisprudenza è copiosa. Da essa si ricava in primo luogo come la scia si ponga in rapporto di continuità con la previgente dia: se infatti quest'ultima è stata introdotta nel nostro ordinamento allo scopo di rendere più semplici le procedure amministrative e di alleggerire il carico di adempimenti gravanti sul privato, allora non può che dedursi che in siffatto quadro debba iscriversi anche la scia, «*del pari finalizzata alla semplificazione dei procedimenti di abilitazione all'esercizio di attività per le quali sia necessario un controllo*» da parte della PA (Corte cost., 9 maggio 2014, n. 121, in *Giur. cost.*, 2014, 2118). Del resto, l'evoluzione attuale dell'intero sistema amministrativo si caratterizza «*per una sempre più accentuata valenza dei 'principi di semplificazione' nella regolamentazione di talune tipologie procedurali ed in relazione a determinati interessi che vengono in rilievo*», come nel caso dell'art. 19 della L. 241/1990 (Corte cost. 27 luglio 2005, n. 336, in *Regioni*, 2006, 382). Questi principi di semplificazione, che l'ordinamento italiano conosce ormai da tempo, sono a loro volta di diretta derivazione comunitaria (cfr. Direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno) e

rimborso dell'art. 19 della legge sull'attività amministrativa – l'istituto in parola sembra non avere ancora trovato il suo *ubi consistam*²⁹.

2. DISPOSIZIONI IN MATERIA EDILIZIA

Enucleata la regola generale, un primo profilo da esaminare è senz'altro il ruolo che essa può avere in edilizia³⁰. Gioverà iniziare, anche qui, con taluni brevi cenni sulla disciplina previgente.

L'antecedente storico è senz'altro individuabile nell'art. 26 della L. n. 47/1985, secondo cui certe opere interne alle costruzioni non erano assoggettate a provvedimento autorizzativo o concessorio, il quale era sostituito da una relazione, a firma di un

vanno pertanto catalogati nel novero dei principi fondamentali dell'azione amministrativa (v. in proposito Corte cost. 6 novembre 2009, n. 282, in *Giur. cost.*, 2009, 4377 e 9 novembre 2006, n. 364, in *Giur. cost.*, 2006, 3796). Si tratta dunque di una prestazione specifica «*cirscritta all'inizio della fase procedimentale e strutturata secondo un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica, tutelando il diritto dell'interessato ad un sollecito esame, da parte della Pubblica Amministrazione competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l'iniziativa medesima*» (così, ancora, Corte cost. 121/2014).

²⁹ Infatti, è del 23 luglio 2014 il disegno di legge ora in discussione alla Camera (n. C.3098, approvato il 30 aprile 2015 dal Senato) con il quale si affida al Governo la delega ad adottare un decreto legislativo per l'individuazione precisa dei procedimenti oggetto di scia o di silenzio assenso. L'obiettivo è di semplificare l'organizzazione della PA attraverso la riorganizzazione delle Amministrazioni statali, la riforma della dirigenza, la definizione del 'perimetro pubblico', la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e la semplificazione delle norme e delle procedure amministrative. In particolare si v. l'art. 4, relativo ai procedimenti oggetto di silenzio assenso in materia di scia, e la relazione tecnica rinvenibile in www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44709.htm. Peraltro, una parte delle disposizioni contenute nel citato d.d.l., relative sostanzialmente ai poteri di autotutela della PA, sono state già recepite dal 'primo atto' della cd. 'Riforma Madia', andato in scena con la conversione del D.L. 12 settembre 2014, n. 133, "Sblocca Italia".

³⁰ In materia, tra gli altri, cfr. G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, cit.; A. BIANCHI, *La denuncia di inizio attività in materia edilizia. Profili ricostruttivi dell'istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo*, in *Riv. giur. ed.*, 1998, 147; A. CASSATELLA, *L'attività edilizia*, in D. DE PRETIS, A. SIMONATI (a cura di), *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, II ed., Torino, 2014, 55; D. CORLETTI, *La denuncia di inizio attività*, cit.; C. CUDIA, *La denuncia di attività edile fra modello generale e modello speciale: controindicazioni di una liberalizzazione apparente*, in *Dir. amm.*, 2003, 413; F. LIGUORI, *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 771; P. MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano, 2005; R. MURRA, *La denuncia di inizio attività in materia edilizia*, in *Cons. Stato*, 2002, 317; G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, IV ed., Milano, 2010; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, S.c.i.a., in *Enc. dir., libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, 269; P. STELLA RICHTER, *I titoli abilitativi in edilizia. Commento al T.U. in materia di edilizia in vigore dal 30/06/03*, Torino, 2003.

professionista abilitato, che l'interessato doveva presentare al Sindaco contestualmente all'inizio dei lavori³¹.

Nonostante le previsioni della L. n. 241 del 1990, fu solo negli anni 1995-96 che la dia approdò per espressa previsione normativa anche in edilizia. In quel lasso di tempo, difatti, il Governo emanò, reiterandoli, numerosi decreti legge, con l'intento di semplificare i procedimenti in materia edilizia: si prevede, oltre al resto, la denuncia di inizio attività come alternativa – a seconda dei casi – della concessione edilizia oppure dell'autorizzazione edilizia³².

Bisogna attendere la L. n. 662 del 1996 perché la norma divenga stabile: divennero così assentibili a mezzo dia gli interventi prima realizzabili a seguito di rilascio di autorizzazione edilizia puntualmente indicati dalla norma, purché la denuncia fosse presentata al Sindaco entro venti giorni dall'inizio dei lavori³³.

Fu, poi, il Testo Unico dell'edilizia del 2001³⁴, entrato in vigore l'anno successivo, ad abrogare le norme del 1985 e del 1996. Con l'intento di dettare una disciplina organica, il decreto cercò al contempo di risolvere le questioni di coordinamento tra il modello generale di cui all'art. 19 e quello particolare per la materia edilizia³⁵.

³¹ Cfr. L. 28 febbraio 1985, n. 47.

³² Come esempio di dia in sostituzione dell'autorizzazione edilizia cfr. il D.L. 27 marzo 1995, n. 88 (v. art. 4, co. 7); come esempio di dia in sostituzione della concessione edilizia cfr. il D.L. 24 gennaio 1996, n. 30 (v. art. 9, co. 7). Peraltro si può ricordare come fu proprio da questa vicenda che derivò la famosa sentenza della Corte costituzionale 17-24 ottobre 1996, n. 360, in *Foro it.*, 1996, 3269, in materia di reiterazione di decreti legge non convertiti dal Parlamento.

³³ La denuncia doveva essere accompagnata, tra il resto, da una relazione di un progettista abilitato, che assumeva la qualità di persona esercente un servizio di pubblica necessità e a fine lavori doveva emettere un certificato di collaudo (art. 2, co. 60, L. 23 dicembre 1996, n. 662). L'ampiezza e l'importanza dei compiti affidati al professionista hanno, secondo certa dottrina, spostato il baricentro dalla denuncia in sé al momento di asseverazione e verifica del perito: così G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 190.

³⁴ Cfr. D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

³⁵ Poiché la dia edilizia si discostava dal modello generale di cui all'art. 19, L. 241/1990, la dottrina riteneva autonome le due fattispecie: in argomento cfr. G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, cit., 77. Nella sua originaria formulazione, il T.U. 380/2001 distingueva tra interventi assoggettati a permesso di costruire (ex art. 10), attività edilizie libere (di cui all'art. 6) e interventi subordinati a dia (individuati in via residuale dall'art. 22): lo scopo, precisato da certa dottrina, era quello di favorire la massima semplificazione, abbandonando l'idea per la quale la dia in edilizia avrebbe un carattere eccezionale. In argomento cfr. A. AULETTA, *Ancora su s.c.i.a. e tutela del terzo: le questioni irrisolte e soluzioni prospettate, in attesa della pronuncia della Plenaria*, in www.giustamm.it, 6. Con riferimento all'art. 6 T.U., infine, il D.L. 25 marzo 2010, n. 40, ha previsto, oltre alle attività libere, una serie di interventi i quali possono essere eseguiti previa 'comunicazione' dell'inizio dei lavori (usualmente abbreviata in 'cia' o 'cil').

Va altresì riportato che, prima ancora che il T.U. entrasse in vigore, la cd. ‘*Legge obiettivo*’ dello stesso anno³⁶ – destinata a stabilire procedure e modalità di finanziamento per la realizzazione di grandi opere per il periodo 2002-2013 – e il D.lgs. 301/2002 che ne seguì³⁷ hanno modificato il regime della dia edilizia in misura sostanziale³⁸.

Operate le precisazioni che precedono, si può ora esaminare il dettato dell’art. 23 T.U., così come modificato dal citato D.lgs. 301/2002 e parzialmente da norme successive³⁹, che disciplina nel dettaglio la vigente disciplina della dia in ambito edilizio.

La denuncia va presentata allo sportello unico comunale almeno trenta giorni prima dell’effettivo inizio dei lavori, allegando alla documentazione una relazione a firma di un progettista abilitato. L’Amministrazione, se riscontra nel termine di trenta giorni dal ricevimento la carenza dei requisiti richiesti, notifica all’interessato un ordine motivato di non effettuare l’intervento. Intervento che, una volta ultimato, dev’essere assistito da un certificato di collaudo rilasciato da un professionista abilitato.

Il rapporto tra il modello generale ex art. 19 L. 241/1990 e il modello ‘edilizio’ del T.U. ha continuato ad essere oggetto di numerose questioni, in dottrina come del pari in giurisprudenza, nonostante l’intervento del T.U. dell’edilizia e di due altre importanti riforme.

La prima riforma è stata già citata al paragrafo che precede e risale al 2005, quando – allo scopo di avvicinare queste due discipline⁴⁰ – l’art. 19 della L. n. 241 del 1990 fu modificato prevedendo che l’attività denunciata (*rectius*, dichiarata) potesse essere

³⁶ Cfr. L. 21 dicembre 2001, n. 443.

³⁷ Cfr. D.lgs. 27 dicembre 2002, n. 301.

³⁸ In primo luogo si è introdotta, in aggiunta alla dia ‘semplice’ per gli interventi edilizi minori, una ‘super dia’ alternativa al permesso di costruire per gli interventi di ristrutturazione edilizia di una certa portata (così, ancora oggi, l’art. 22, co. 3, T.U.). In secondo luogo, il co. 4 del citato art. 22 del T.U. ha previsto la possibilità per le Regioni a statuto ordinario di ampliare o ridurre, con legge, l’ambito applicativo delle disposizioni inerenti alle opere subordinate a denuncia di inizio attività, fino ad arrivare ad immaginare dia e permesso di costruire quali istituti sostanzialmente equivalenti. Qui l’esempio senz’altro più noto è codificato dalla L.R. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (v. in particolare l’art. 41). Sulle tesi sviluppate dalla dottrina in merito alla possibile illegittimità costituzionale della disciplina nazionale così introdotta per violazione dell’art. 117, co. 3, Cost., cfr. P. STELLA RICHTER, *I titoli abilitativi in edilizia. Commento al T.U. in materia di edilizia in vigore dal 30/06/03*, cit., 65; *contra* F. LIGUORI, *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, cit., 781. In materia come è noto è intervenuta la Corte costituzionale, legittimando l’intervento del legislatore sulla base del principio dell’urbanistica, individuato dalla stessa Consulta: cfr. Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303, in *Giur. cost.*, 2003, 5.

³⁹ I co. 1-bis e 1-ter sono stati introdotti dalla L. 134/2012, cit., la quale ha altresì modificato i co. 3 e 4, mentre la versione attuale del co. 8 è il frutto della Finanziaria 2005 (L. 30 dicembre 2004, n. 311).

⁴⁰ Tra gli altri, si v. F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 112.

iniziata trascorso il termine di trenta giorni dalla comunicazione e rimuovendo la disposizione che escludeva dall'ambito applicativo le concessioni edilizie⁴¹. Tuttavia i confini tra i due modelli restavano ancora evidenti: da un lato i poteri inibitori, che nella dia edilizia consistono in un divieto di eseguire l'intervento, mentre nella dia tradizionale potevano anche inibire la continuazione dell'attività già avviata; dall'altro i diversi termini per l'avvio dell'attività o per l'emanazione dei provvedimenti inibitori della PA. Per questi motivi si tendeva ad affermare la natura di *lex specialis* del T.U. e, di conseguenza, che la dia ex art. 19 fosse applicabile in edilizia (come negli altri settori speciali) solo in presenza di lacune normative e sempre che ciò fosse compatibile con la disciplina particolare⁴².

Si può già anticipare che la situazione non è mutata neppure con la seconda riforma, datata 2010⁴³, a fronte della quale, se da un lato le espressioni 'segnalazione certificata di inizio di attività' e 'scia' hanno sostituito quelle di 'dichiarazione di inizio di attività' e 'dia', dall'altro il nuovo art. 19, così come sostituito, introduce una disciplina che per espressa previsione normativa sostituisce direttamente quella della dia, ovunque richiamata (così l'art. 4-ter, secondo periodo, L. 122/2010). Ciò sulla base della espressa statuizione che la nuova scia attiene alla tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lett. m) del medesimo comma (art. 4-ter, primo periodo).

Così qualificata, pertanto, la scia è rientrata nell'alveo della potestà legislativa esclusiva dello Stato, sollevando peraltro più di qualche dubbio di legittimità costituzionale, che ha formato l'oggetto di vari ricorsi in via principale alla Corte costituzionale⁴⁴.

⁴¹ Cfr. D.L. 35/2005 e L. 80/2005, entrambi cit.

⁴² Cfr. F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 113, che rinvia, a sua volta, a N. FILIPPI, *La nuova d.i.a. e gli incerti confini col silenzio assenso*, in www.giustamm.it; V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 207. In giurisprudenza, *ex multis*, si segnalano: TAR Sicilia, Catania, I sez., 9 gennaio 2008, n. 74, in *Foro amm. TAR*, 2008, 251; TAR Emilia-Romagna, II sez., 2 ottobre 2007, n. 2253, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Toscana, III sez., 15 maggio 2007, n. 742, *ivi*; TAR Piemonte, I sez., 19 aprile 2006, n. 1885, *ivi*, 2006, 865; TAR Abruzzo, 1 settembre 2005, n. 494, in *Giur. it.*, 2005, 2405.

⁴³ Ci si riferisce alla conversione del D.L. 78/2010 operata dalla L. 122/2010, cit., in particolare all'art. 49, commi 4-bis e 4-ter.

⁴⁴ I ricorrenti lamentavano in primo luogo la violazione delle competenze regionali in materia di industria, artigianato, commercio, tutela della salute e ordinamento degli uffici regionali ex art. 117, co. 3 e 4, Cost.; in secondo luogo la violazione del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni di cui agli artt. 5 e 120 Cost.; in terzo luogo la violazione dell'art. 121, co. 2, Cost., poiché il legislatore era intervenuto modificando o abrogando norme regionali, senza attendere che fossero i singoli Consigli regionali ad adeguarsi ai principi delle fonti nazionali; da ultimo la violazione delle competenze regionali in materia di 'governo del territorio' di cui all'art. 117, co. 3, Cost., poiché il legislatore aveva delineato una normativa di dettaglio eludendo le prerogative

Il giudice delle leggi, che si era espresso in più occasioni sulla compatibilità della scia con la potestà legislativa residuale delle Regioni, nel 2012 con due distinte pronunce⁴⁵ e nel 2014 con la restante⁴⁶, ha dichiarato non fondate le censure dedotte nei ricorsi. In primo luogo la Corte ha riconosciuto che l'edilizia rientra nel 'governo del territorio', materia appartenente alla competenza legislativa concorrente, e che, di conseguenza, in tale materia spetta allo Stato di dettare i principi fondamentali, nel cui novero va ricondotta la semplificazione amministrativa⁴⁷. In secondo luogo, d'altra parte, è parimenti vero, secondo la Consulta, che il titolo che legittima lo Stato ad intervenire è ravvisabile nell'esigenza di determinare *livelli essenziali di prestazioni* concernenti i diritti civili e sociali, i quali hanno ad essere garantiti su tutto il territorio nazionale e dunque pure in quello delle Regioni a statuto speciale⁴⁸.

In dottrina si è generalmente concluso per la non applicabilità del modello ex art. 19 all'ambito edilizio, per almeno tre ordini di ragioni. In via preliminare, per la natura speciale delle norme in materia edilizia; in secondo luogo perché queste ultime risultano essere piuttosto articolate, contrariamente alla sintetica disciplina di cui all'art. 19; da ultimo perché la scia inerisce alle attività imprenditoriali, commerciali e artigianali, senza alcun esplicito riferimento all'edilizia⁴⁹.

delle Regioni nelle materie di competenza legislativa concorrente. D'altro canto, aggiungevano i ricorrenti, il richiamo operato dal legislatore alla tutela della concorrenza e ai livelli minimi delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ovvero a materie di esclusiva competenza statale, non avrebbe alcun legame con l'edilizia.

⁴⁵ Rispettivamente Corte cost., 20 giugno 2012, n. 164, in *Giur. cost.*, 2012, 1765, nei giudizi promossi da Emilia-Romagna, Liguria, Puglia, Toscana e Valle d'Aosta, e 20 luglio 2012, n. 203, *ivi*, 2012, 2966, nel giudizio promosso dalla Provincia autonoma di Trento. In argomento si rinvia a G.L. CONTI, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milano, 2007 e C. LAMBERTI, *La SCIA tra liberalizzazione e semplificazione*, cit., 11, mentre per la posizione della giurisprudenza amministrativa cfr. F. LIGUORI, *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, cit., 784.

⁴⁶ Corte cost., 9 maggio 2014, n. 121, cit., nel giudizio promosso dalla Provincia autonoma di Bolzano.

⁴⁷ Al riguardo si v. anche Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 10, in *Giur. cost.*, 2010, 135.

⁴⁸ Così la sent. 164/2012. Ne consegue, quindi, che l'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., «*postula tutele necessariamente uniformi su tutto il territorio nazionale e tale risultato non può essere assicurato dalla Regione, ancorché ad autonomia differenziata, la cui potestà legislativa è pur sempre circoscritta all'ambito territoriale dell'ente (nelle cui competenze legislative, peraltro, non risulta presente una materia riconducibile a quella prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.)*» (sent. 203/2012), posto che «*l'attività amministrativa può assurgere alla qualifica di 'prestazione', della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati*» (sent. 121/2014).

⁴⁹ Cfr. P. AMOVILLI, *Le "complicazioni" in materia di semplificazione amministrativa. Brevi note in tema di segnalazione certificata di inizio attività (scia)*, in www.giustamm.it; W. GIULIETTI, *Il controverso impatto della L. n. 122 del 2010 sulla dia edilizia*, *ivi*; contra E. BOSCOLO, *La segnalazione certificata di inizio attività: fra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, cit., 580.

Ne è derivato che la nuova formulazione dell'art. 19 è stata applicata in edilizia solo con riguardo ai profili sul procedimento, sui termini per l'inizio dell'attività e sui poteri inibitori-ripristinatori, mentre per gli aspetti segnatamente edilizi la fonte di riferimento restava il T.U.: un risultato, questo, che è stato salutato più come sinonimo di complicazione che di semplificazione⁵⁰.

È dunque intervenuto il Governo, nello stesso anno, con una nota dell'Ufficio legislativo del Ministro per la Semplificazione normativa in risposta ad un quesito sollevato dalla Regione Lombardia⁵¹. Secondo il documento, il quesito in ordine all'applicabilità della disciplina della segnalazione certificata di inizio attività alla materia edilizia «non può che trovare risposta positiva» (pag. 2)⁵².

Eppure l'atteggiamento della dottrina continuava a restare pressoché scettico in ordine alla possibilità che l'intera disciplina della dia edilizia venisse sostituita dal modello della segnalazione certificata. In aggiunta ai motivi in precedenza esposti, si è sostenuto che non potessero essere inclusi nell'alveo dell'art. 19 i settori disciplinati da 'denuncia', atteso che la riforma del 2010 interessava le 'dichiarazioni'; più in particolare, se il parere rilasciato dall'Ufficio ministeriale formalmente affermava l'estensione della portata applicativa delle nuove norme alla materia edilizia, l'effetto era sostanzialmente limitato alla disciplina del termine immediato per avviare l'attività, escludendo gli altri profili della disciplina, come ad esempio l'estensione della scia al permesso di costruire⁵³.

La *vexata quaestio* è stata risolta con il già segnalato *Decreto sviluppo* del 2011, che ha sostanzialmente recepito l'orientamento del Governo espresso nella nota appena richiamata, introducendo nell'art. 19 il co. 6-bis, il quale – da una parte – prevede che il termine in capo all'Amministrazione per l'esercizio dei poteri inibitori-ripristinatori sia dimezzato a trenta giorni e – dall'altra – che restano ferme le disposizioni relative alla

⁵⁰ Cfr. F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 115.

⁵¹ Nota indirizzata all'Assessore al Territorio e all'urbanistica della Regione Lombardia, n. 1340 del 16 settembre 2010, in www.semplicificazionenormativa.it.

⁵² E ciò sulla base, tra l'altro, dell'interpretazione letterale dell'art. 49, co. 4-ter, D.L. 78/2010, che stabilisce la sostituzione delle denunce di inizio attività con il regime della scia «ovunque ricorrano» e dei lavori preparatori, ad avviso dei quali al nuovo art. 19 va ricondotta anche la dia edilizia (cfr. atto S.2228, in www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/dossier/35500_dossier.htm).

⁵³ Così W. GIULIETTI, *Il controverso impatto della L. n. 122 del 2010 sulla dia edilizia*, cit.

vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni di cui al T.U. ed alle leggi regionali⁵⁴.

La soluzione del legislatore non ha trovato molto apprezzamento in dottrina. Al di là delle considerazioni sull'utilità (e sulla legittimità) di inserire una norma di interpretazione autentica in sede di decretazione d'urgenza – impedendo peraltro il confronto parlamentare, atteso che il Governo ha posto la questione di fiducia sulla legge di conversione – colpisce, in primo luogo, la riduzione del termine a disposizione dell'Amministrazione per l'esercizio del potere di controllo. Si è quindi facilmente immaginato che saranno numerosi i casi in cui, non essendo riuscita a concludere il procedimento in trenta giorni, l'autorità sarà costretta a intervenire in autotutela, salvi i casi di dichiarazioni false o mendaci o di danni particolarmente gravi come quelli al patrimonio artistico e culturale, all'ambiente, alla pubblica sicurezza e alla difesa nazionale⁵⁵. Inoltre, sembra mancare un coordinamento con le norme del T.U. sulla dia 'semplice', le quali devono intendersi abrogate ove sostituite dalla scia, ma restano in vigore per gli aspetti non interessati dalla novella 2010-2011⁵⁶.

In questo coacervo disordinato di norme e di modifiche⁵⁷, le quali, come si è visto, rendono difficoltoso l'operato dell'interprete (e, come si vedrà, non facilitano di certo l'attività del giudice), una prima vera fonte di semplificazione, seppur relegata all'ambito pratico, appare l'accordo '*Italia semplice*' siglato in sede di Conferenza unificata il 12 giugno 2014, che ha adottato un modello unico per tutte le richieste di permesso di costruire ed un omologo per tutte le segnalazioni certificate di inizio attività in materia edilizia⁵⁸. Questi moduli, che ove necessario possono essere adeguati alle specificità della normativa

⁵⁴ Cfr. art 5, co. 2, lett. b, n. 2), D.L. 70/2011, conv. da L. 106/2011, entrambi cit.

⁵⁵ Di cui ai co. 3 e 4 dell'art. 19, L. 241/1990. La giurisprudenza, del resto, ha confermato l'illegittimità dei provvedimenti inibitori emessi dall'Amministrazione scaduto il termine ex art. 23, co. 6, D.P.R. 380/2001, potendo l'autorità, in tali casi, intervenire solo in autotutela (*ex multis*, Cons. Stato, VI sez., 22 settembre 2014, n. 4780, in www.federalismi.it).

⁵⁶ Così F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 121. Da ultimo si può dare conto dell'inserimento, ad opera del cd. '*Decreto del fare*' (D.L. 21 giugno 2013, n. 69), dell'art. 23-bis T.U., che consente a chi presenta la segnalazione di chiedere allo sportello unico comunale, prima della segnalazione o contestualmente ad essa, l'acquisizione di tutti gli atti di assenso necessari per l'attività.

⁵⁷ In argomento è necessario operare un rinvio a A. CASSATELLA, *L'attività edilizia*, cit., 55 e M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 301.

⁵⁸ Accordo del 12 giugno 2014 tra il Governo, le Regioni e gli Enti locali, concernente l'adozione di moduli unificati e semplificati per la presentazione dell'istanza del permesso di costruire e della segnalazione certificata di inizio attività (scia) edilizia, ai sensi dell'art. 9, co. 2, lett. c) del D.lgs. 28 agosto 1997, n. 281 (repertorio atti n. 67/CU).

regionale, sostituiscono gli oltre 8.000 esemplari finora utilizzati e sono anche disponibili in versione interattiva per la compilazione *on-line*⁵⁹.

3. LE QUESTIONI SULLA NATURA GIURIDICA

Ricostruita l'evoluzione normativa dell'istituto ed esaminati gli aspetti problematici connessi alla sua applicazione nel peculiare settore dell'edilizia, è ora opportuno soffermarsi sulla questione della sua natura giuridica, da molti anni al centro di un acceso dibattito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁶⁰.

Va da subito evidenziato come il recente intervento normativo operato con l'art. 6 del D.L. 138/2011, che ha introdotto il co. 6-ter all'art. 19 della L. 241/1990, nel prevedere espressamente che «*la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili*», ha preso posizione sulla questione dibattuta, recependo, tra l'altro, l'orientamento ormai dominante nella giurisprudenza amministrativa e consacrato dalla stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella nota pronuncia n. 15/2011⁶¹.

⁵⁹ Il formulario dinamico è rinvenibile alla pagina www.magellanopa.it/semplificare/moduli/SCIA.html.

⁶⁰ Per una ricognizione della dottrina antecedente alle recenti modifiche normative intervenute si vedano, tra gli altri: G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, cit.; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit.; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001; G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge 241 del 1990*, cit.; M. FILIPPI, *La nuova d.i.a. e gli incerti confini con il silenzio assenso*, in www.giustamm.it, 2006; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo, Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, cit.; Id., *Dia (e silenzio assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.* 2006, 759; R. GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio assenso dopo la legge 80/2005*, in *Urb. app.*, 2003, 1374; F. LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio attività*, in www.giustamm.it, 2006; A. TRAVI, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 601; Id., *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 381. Per una più dettagliata bibliografia in materia si rinvia a E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a.. dopo l'adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Dir. amm.*, 2011, 811, nota 1.

⁶¹ Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in www.giustamm.it, 2011, con nota di N. LONGOBARDI – W. GIULIETTI, *S.c.i.a.: un ventaglio di azioni si apre a tutela del terzo*; in *Foro it.*, 2011, con nota di A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, 517 e nota di M.A. SANDULLI, *Brevi considerazioni a prima lettura di Adunanza plenaria n. 15 del 2011*; in *Dir. proc. amm.*, 2012, con nota di R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, 193 e con nota di L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della*

Nonostante allo stato attuale, quindi, non esistano più dubbi in merito alla natura della scia quale atto soggettivamente ed oggettivamente privato, appare comunque conveniente ripercorrere, sia pur sinteticamente, le tappe più significative di tale dibattito, onde apprezzare le ricadute applicative che l'accettazione dell'una o dell'altra tesi è in grado di avere sul piano operativo.

Definire, su di un piano sostanziale, se la dia (e ora la scia) possa o meno qualificarsi come mero modulo procedimentale semplificato – che pertanto conserva inalterata la sua natura provvedimentale ancorché tacita – o piuttosto come atto privatistico – espressione di un processo di liberalizzazione di determinate attività compiutamente disciplinate nei loro presupposti legittimanti e nelle modalità operative dalla stessa legge – è questione non meramente teorica. Tale operazione di qualificazione giuridica è, infatti, suscettibile di riflessi pratici rilevanti. In primo luogo essa condiziona l'individuazione della natura giuridica della posizione sostanziale vantata nei confronti della PA, sia dal soggetto dichiarante che dal terzo controinteressato. Conseguentemente, incide sulle tecniche di tutela da quest'ultimo esperibili nel caso di mancato esercizio da parte dell'Amministrazione dei poteri inibitori, volti a reprimere attività avviate in assenza o in violazione dei presupposti di legge⁶².

Inoltre, come è stato opportunamente evidenziato da più parti, il problema principale che la dia/scia pone, ancor prima della individuazione degli spazi di tutela del terzo a garanzia del principio di effettività della tutela giurisdizionale, è la stessa effettività della disciplina pubblicistica⁶³.

Come si vedrà nell'esaminare le tesi che si sono sviluppate, la tendenza, sostenuta da una parte della dottrina, ad inquadrare la scia tra gli strumenti di mera semplificazione procedimentale, attraverso la sua riconduzione al paradigma provvedimentale, trova fondamento nell'esigenza di mantenere integra la funzione di cura dell'interesse pubblico, evitando che la disciplina di rilevanti settori di attività sia sottratta alla sfera pubblicistica⁶⁴.

S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90, 215 ss.; in Urb. app., 2011, con nota di C. LAMBERTI, La Plenaria si pronuncia sulla d.i.a., 1196.

⁶² F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit. 133.

⁶³ In tal senso M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.* 2012, 1, 329.

⁶⁴ E. SCOTTI, *Tra tipicità ed atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di adunanza plenaria 15/11)*, in *Dir. amm.*, 2011, 765.

Non è un caso, infatti, che per molto tempo l'istituto sia stato equiparato, attraverso una *fictio iuris*, ad un provvedimento tacito di assenso e che, anche a seguito della definitiva adesione alla tesi privatistica, la tutela del terzo sia stata comunque ricercata, da parte della stessa giurisprudenza amministrativa, nelle tradizionali azioni caducatorie concernenti il provvedimento o l'omissione dello stesso.

A lungo si è ritenuto, infatti, che l'unico modo per garantire un'effettiva tutela giurisdizionale al terzo controinteressato ed evitare che rilevanti settori fossero interamente sottratti alla disciplina pubblicistica per essere rimessi a regole di diritto privato, nella logica della liberalizzazione pura, fosse quello di ricostruire l'istituto in chiave pubblicistica, riportandolo, in modo forzato, nello schema provvedimentale⁶⁵.

Secondo i sostenitori della tesi pubblicistica, dunque, la dia e (ora) la scia costituirebbero una fattispecie permissiva a formazione progressiva, in cui la PA, a seguito della presentazione della segnalazione da parte del privato denunciante, 'agirebbe' attraverso la propria inerzia, omettendo di adottare un provvedimento inibitorio dell'esercizio dell'attività privata segnalata e dando così luogo alla formazione di un provvedimento abilitativo tacito a carattere sostanzialmente autorizzatorio, soggettivamente e oggettivamente amministrativo⁶⁶.

L'idea di fondo da cui muove questa teoria è che la scia non sia un modulo di de-procedimentalizzazione, espressione di una scelta di liberalizzazione di determinate attività, sottratte dal regime autorizzatorio pubblicistico e assoggettate ad una disciplina privatistica, quanto piuttosto un mero strumento di semplificazione amministrativa. In quanto tale, pertanto, essa non elimina la potestà autorizzatoria della PA, né muta la disciplina dell'attività oggetto di denuncia, che resta pubblicistica, ma si limita a sostituire il provvedimento finale espresso con un atto tacito di assenso della PA, dando luogo ad un

⁶⁵ A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, cit., 15.

⁶⁶ Per una ricognizione della giurisprudenza amministrativa favorevole alla tesi provvedimentale si v.: Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2004, n. 6910; sez. IV, 10 giugno 2003, n. 356; sez. V, 20 gennaio 2003, n. 172; sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1409; sez. VI 5 aprile 2007, n. 1550; 11 novembre 2008, n. 5811; 13 gennaio 2010, n. 72; 8 marzo 2011, n. 1423; TAR Veneto, sez. II, 20 giugno 2003, n. 3405; TAR Lazio, Latina, 29 gennaio 2007, n. 73; TAR Lombardia, Brescia, 12 aprile 2002, n. 686 e 10 gennaio 2009, n. 15; TAR Lombardia, Milano, 17 ottobre 2005, n. 3819; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 12 gennaio 2009, n. 68; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 ottobre 2008, n. 8750; TAR Liguria, Genova, 21 ottobre 2009, n. 68; TAR Lazio, Roma, 3 ottobre 2008, n. 8750. Tutte le pronunce riportate sono reperibili in *Foro amm.* e in www.giustizia-amministrativa.it.

silenzio significativo a carattere autorizzatorio, alla stessa stregua dell'istituto del silenzio assenso, disciplinato dal successivo articolo 20, L. 241/90⁶⁷.

L'accoglimento di tale tesi determina notevoli conseguenze, sia sul piano sostanziale, sia su quello processuale.

Sotto il primo profilo, la posizione giuridica vantata dal soggetto denunciante nei confronti della PA non assumerebbe la consistenza di diritto soggettivo, quanto piuttosto di interesse legittimo pretensivo, essendo lo svolgimento dell'attività subordinata ad un atto di assenso, ancorché tacito, della PA; la posizione soggettiva del terzo controinteressato, eventualmente leso dall'attività oggetto di segnalazione, si qualificherebbe, conseguentemente, come interesse legittimo oppositivo⁶⁸. Inoltre, sempre sotto l'aspetto sostanziale, secondo questa ricostruzione interpretativa, l'effetto legittimante lo svolgimento dell'attività denunciata non discenderebbe dal dato positivo della sua effettiva conformità alla legge, bensì dal provvedimento abilitativo tacito che si formerebbe a seguito dell'inerzia serbata dalla PA, secondo l'ordinario schema 'norma-potere-effetto'.

Corollario processuale di tale tesi è, pertanto, l'affermazione secondo cui i terzi, lesi dal silenzio serbato dall'Amministrazione a fronte della presentazione della dia/scia, sono legittimati a reagire con le forme e nei tempi del ricorso ordinario di annullamento del provvedimento amministrativo, ai sensi degli art. 29 e 41 c.p.a., senza bisogno dell'attivazione della procedura finalizzata alla formazione del silenzio rifiuto.

Risulterebbero in tal modo coniugate sia l'esigenza di evitare che l'introduzione di regimi alternativi, quali quello della dia e della scia, possa assottigliare gli spazi di tutela giurisdizionale offerti al terzo, risolvendosi in una violazione del principio costituzionale di effettività della tutela, sia la necessità di tutelare il principio di certezza giuridica e del legittimo affidamento in capo al denunciante, attraverso la delimitazione di ogni contestazione al termine decadenziale proprio dell'azione di annullamento.

Seppur animata da questo apprezzabile e condivisibile intento, la teoria provvedimentale è stata, tuttavia, oggetto di numerose critiche, che ne hanno messo in

⁶⁷ In dottrina, tra gli Autori che aderiscono a questa tesi si v. M. FILIPPI, *La nuova dia e gli incerti confini con il silenzio assenso*, in www.giustamm.it; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazione*, in *Dir. amm.* 1933, 55.

⁶⁸ Favorevole alla ricostruzione della posizione giuridica soggettiva del denunciante in termini di interesse legittimo pretensivo A. ANDREANI, *Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1994, 336; in senso analogo A. VACCA, *La natura giuridica della d.i.a. con particolare riguardo alla disciplina introdotta dall'art. 3, comma 1, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella L. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm.*, Tar, 2006, 876.

evidenza i pericoli e, ancora prima, la non condivisibilità della stessa operazione ermeneutica che ne è alla base.

Si è sostenuto, innanzitutto, come la tesi in esame, riconducendo forzatamente l'istituto nel campo delle autorizzazioni pubblicistiche, attraverso il ricorso ad una *fiction iuris* non normativamente autorizzata e l'attribuzione alla mera inerzia della PA di un significato tipico, in assenza di una disposizione di legge che provveda a qualificarla, compia un'operazione non consentita che va ben al di là del dato letterale della norma, tradendo la stessa *ratio* ispiratrice della scelta legislativa operata⁶⁹.

La tesi presenta, primo fra tutti, l'evidente limite di eliminare ogni differenza sostanziale tra l'istituto della dia/scia e quello del silenzio assenso, che invece il legislatore ha mostrato di voler tenere distinti, disciplinandoli in due diverse disposizioni che danno luogo a meccanismi ben diversi tra loro e non sovrapponibili⁷⁰.

Inoltre, facendo derivare la legittimazione allo svolgimento dell'attività segnalata non dalla sua effettiva conformità alla legge, ma dal mero dato dell'inutile decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, per effetto di un'asserita formazione di un atto autorizzativo tacito, espone all'evidente rischio che, in caso di omessa impugnazione da parte del terzo, si consolidi definitivamente l'effetto legittimante, sanando, di fatto, un'attività *contra legem*⁷¹.

Dirimente rispetto alla impraticabilità di questa opzione ermeneutica risulta, infine, la modifica dell'art. 19 ad opera del D.L. 78/2010, che – come si è notato *supra* – nel sostituire la dia con lo strumento della scia e nel prevedere la facoltà di avviare l'attività contestualmente alla presentazione della segnalazione attraverso la generalizzazione del

⁶⁹ F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit. 140. M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, cit., 348.

⁷⁰ La differenza tra il modello della dia/scia e l'istituto del silenzio è ben tratteggiato da A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, cit. Sulla natura del silenzio assenso e sulle differenze rispetto alla fattispecie cui dà luogo la scia si v. anche, tra i numerosi contributi dottrinali esistenti: G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge 241 del 1990*, cit., 411. In argomento cfr. anche F.G. SCOCA *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*; E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Dir. amm.*, 2011, 4, 811. Ancora A. TRAVI, *La DIA e la tutela del terzo: tra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. app.*, 2005, Infine F. TRIMARCHI BANFI, *Diritti, poteri e responsabilità nelle recenti riforme di alcuni procedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 825.

⁷¹ F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato* cit., 137.

modello di dia a legittimazione immediata, rende inconcepibile un provvedimento tacito che si formi a seguito di una fattispecie progressiva⁷².

L'orientamento maggioritario, quindi, sostenuto dalla dottrina prevalente e da parte della giurisprudenza amministrativa, ha da sempre sostenuto, in opposizione alla tesi provvedimentale, la teoria privatistica, che considera la scia quale atto soggettivamente ed oggettivamente privato⁷³.

Questa teoria, muovendo dalla contestazione di tutte le argomentazioni addotte a sostegno della tesi provvedimentale, parte dalla considerazione secondo cui il privato che presenta la segnalazione trae la propria legittimazione direttamente dalla legge, in base ad un principio di auto-responsabilità, senza che sia necessaria alcuna intermediazione del potere autorizzatorio della PA, secondo lo schema alternativo 'norma-fatto-effetto'⁷⁴.

In altri termini, secondo i sostenitori della tesi privatistica la dia/scia non rappresenterebbe, alla stessa stregua del silenzio assenso, un modulo di semplificazione procedimentale, ma uno strumento di liberalizzazione di determinate attività, sottratte dal regime autorizzatorio, che il privato è legittimato ad esercitare per il semplice fatto del possesso dei requisiti prescritti dalla legge, e previa informativa alla PA, ma senza necessità di attendere la formazione di alcun titolo abilitativo, espresso o tacito che sia⁷⁵.

⁷² In tal senso Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, secondo cui: «Salvo accedere alla complessa configurazione di un silenzio assenso con efficacia retroattiva o alla tesi, ancora più opinabile, secondo cui il silenzio assenso di perfezionerebbe prima del decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, in tali casi, il passaggio del tempo non produce un titolo costitutivo avente valore di assenso ma impedisce l'inibizione di un'attività già intrapresa in un momento anteriore».

⁷³ Per una ricognizione della giurisprudenza amministrativa favorevole alla tesi privatistica si v.: Cons. Stato, sez. IV, 13 maggio 2010, n. 2919; sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 29 gennaio 2004, n. 308; 4 settembre 2002, n. 4453, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania, 10 giugno 2011, n. 3099; TAR Calabria, 23 agosto 2010, n. 915; TAR Lombardia, 23 ottobre 2009, n. 4886; TRGA Trento, 14 maggio 2008, n. 111; TAR Liguria, 22 gennaio 2003, n. 113; TAR Marche, 6 dicembre 2001, n. 1241. Tutte le pronunce riportate sono reperibili in *Foro amm.* e in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 145. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 legge n. 241/1990 ed altri modelli di liberalizzazione*, cit.

⁷⁵ In dottrina a favore di questa tesi, tra gli altri, A. TRAVI, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992 n. 300*, cit. G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, cit.; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000; S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4, 1260; I. IMPASTATO, V. SANZO, *La natura giuridica della d.i.a. Tra tutela del terzo e potere di autotutela*, in www.giustamm.it, 2008, 3; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori e novità*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 3, 393. In tal senso si veda anche F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 147, nota 19.

Sono evidenti le ricadute sul piano sostanziale e processuale dall'adesione a questa diversa ricostruzione dell'istituto.

Anzitutto muta radicalmente la consistenza della natura giuridica delle posizioni soggettive fatte valere nei confronti della PA dal privato segnalante e dal terzo controinteressato.

Il primo, traendo la propria legittimazione all'esercizio dell'attività oggetto di segnalazione direttamente dalla legge, ove evidentemente in possesso dei requisiti prescritti, e non da un atto di assenso tacito o esplicito della PA, risulterà titolare di un diritto soggettivo, ovvero di una posizione soggettiva di vantaggio immediatamente riconosciuta dall'ordinamento, che lo abilita a realizzare direttamente il proprio interesse, previa mera instaurazione di una relazione con la PA, ossia di un contatto amministrativo, generato mediante l'inoltro dell'informativa⁷⁶. Allo stesso tempo, sarà titolare anche di un interesse oppositivo a contrastare le determinazioni per effetto delle quali la PA, nell'esercizio dei propri poteri inibitori o di autotutela, intervenga ad incidere negativamente sullo svolgimento dell'attività. Il terzo pregiudicato dall'attività denunciata risulterà, invece, portatore di una posizione giuridica qualificabile in termini di interesse pretensivo all'esercizio da parte della PA dei poteri di verifica previsti dalla legge⁷⁷.

Muta, altresì, la natura giuridica dell'inerzia serbata dalla PA rispetto all'iniziativa privata oltre il termine prescritto dalla legge per l'esercizio dei propri poteri inibitori, che, secondo i sostenitori della tesi privatistica, non assumerà in alcun caso valore costitutivo di un atto di assenso tacito o implicito, con funzione surrogatoria di una potestà provvedimentale ed autorizzatoria di fatto inesistente nella fattispecie, ma di mero comportamento, privo, per ciò stesso, di un significato legale tipico.

Di qui le rilevanti ricadute sotto il profilo processuale in punto di individuazione della tutela giurisdizionale del terzo.

Rimandando la trattazione più approfondita di questo aspetto al successivo paragrafo, preme solo anticipare come l'inesistenza di un provvedimento, anche tacito,

⁷⁶ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, cit., 213 ss.; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 legge n. 241/1990 ed altri modelli di liberalizzazione*, cit.

⁷⁷ Sul punto W. GIULIETTI, *Nuove norme in tema di dichiarazione di inizio attività, ovvero la continuità di un istituto in trasformazione*, in www.giustamm.it 2006; G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010; in giurisprudenza, tra le più recenti, Cons. Stato, sez. IV, 13 maggio 2010, n. 2919; sez. V, 22 febbraio 2007, n. 948, in www.giustizia-amministrativa.it.

renda impraticabile la tradizionale azione caducatoria-annullatoria, ponendo pertanto il problema della individuazione degli strumenti di tutela per il terzo che, secondo una parte dei sostenitori della teoria privatistica, andrebbero ricercati nell'azione avverso il silenzio inadempimento, oggi disciplinata dagli artt. 31 e 117 c.p.a. Rimarrebbero, tuttavia, incerte ed oscillanti le interpretazioni in merito alla natura del potere della PA che il terzo sarebbe tenuto a sollecitare, nei confronti della PA competente: se si tratti, cioè, dell'esercizio dei poteri inibitori, ancorché soggetti al breve termine di decadenza e, quindi, evidentemente già consumati a seguito della proposizione della relativa azione; o se vengano in gioco i poteri sanzionatorio-repressivi che, tuttavia, sono previsti non in maniera generalizzata e non sempre si risolvono nell'adozione di misure ripristinatorie, con scarsa efficacia soddisfacente per il terzo; o se, infine, siano rilevanti i residuali poteri di autotutela che, tuttavia, scontrerebbero i limiti della natura discrezionale di cui agli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* richiedendo, tra l'altro, la sussistenza di un interesse pubblico ulteriore al mero ripristino della legalità⁷⁸.

Oltre alle due opposte tesi così evidenziate, occorre dar conto di un terzo approccio ricostruttivo a carattere mediano che qualifica la dia/scia come atto di autoamministrazione integrante l'esercizio privato di funzioni pubbliche, quale espressione del principio costituzionale di sussidiarietà, c.d. "dia vestita in forma amministrativa".

Secondo questa diversa opzione interpretativa, la legittimazione del privato allo svolgimento dell'attività denunciata non discenderebbe né da un atto di assenso tacito della PA, né direttamente dalla legge, ma dalla concomitanza dei due elementi. La situazione giuridica derivante dallo spirare dei termini previsti per l'esercizio dei poteri inibitori si qualificherebbe in termini di silenzio adempimento, privo di natura decisoria, in quanto mero comportamento attestante l'avvenuta esecuzione del controllo. In quest'ottica la dia si porrebbe come un atto di cura dell'interesse generale compiuto dal privato, che però opera sul terreno dell'autonomia privata e non in qualità di ausiliario o di sostituto dell'apparato amministrativo, di modo tale che il suo apporto finisce per apparire alternativo e non sostitutivo di quello dell'Amministrazione⁷⁹.

⁷⁸ F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 197.

⁷⁹ Si tratterebbe, in sostanza, di un atto ibrido che nasce privato ma si trasforma in pubblico per effetto del decorso del tempo e del silenzio serbato dalla PA. A favore di questa ricostruzione P. DURET, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, 189; F. GAFFURI, *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del controinteressato dopo le riforme*

Sul piano processuale, i sostenitori di questa tesi identificano come unico strumento di tutela per il terzo pregiudicato dall'attività intrapresa l'esperimento di un'azione autonoma di accertamento negativo tesa ad ottenere una pronuncia con la quale il giudice -amministrativo- accerti la carenza dei presupposti e dei requisiti attestati nella scia e, per l'effetto, dichiari l'illegittimità del silenzio adempimento serbato dalla PA e l'inesistenza di ragionevoli affidamenti soggettivi. Conseguentemente, dagli effetti conformativi di tale sentenza discenderebbe l'obbligo in capo alla PA di rimuovere gli effetti già prodotti dalla scia presentata⁸⁰.

L'argomento principale contrario all'accoglimento di questo approccio ermeneutico, oltre alla difficoltà stessa di concepire una figura ibrida che nasca privata e si trasformi in pubblica per effetto del decorso del tempo⁸¹, viene individuato nella nuova previsione sull'avvio immediato dell'attività da parte del segnalante, anche prima del decorso del termine per l'esercizio del potere di controllo⁸².

Inoltre, osterebbe alla ricostruzione della scia in termini di atto di esercizio privato del potere amministrativo il riconoscimento normativo di un potere inibitorio

del 2005 alla l. 241/90, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 244; G. PASTORI, A. ROMANO, *Aspetti problematici del regime di talune attività private previsto dall'art. 19 della l. 241 del 1990*, in *Camera dei deputati, Atti parlamentari X Legislatura*, 429; G. GRASSO, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, in www.giustamm.it, 2011; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. VIRGA*, II, Milano, 1994, 1303. Contrario a tale ricostruzione G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241/1990*, cit.; ID., *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 139. In senso contrario all'accoglimento di tale tesi A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, cit.

⁸⁰ La tutela del terzo nelle forme dell'azione di accertamento è stata sostenuta, in giurisprudenza, da TAR Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113 e Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2009, n. 717 con note di E. SCOTTI, *Denuncia di attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela?*, in *Foro amm.*, 2009, 488; S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, cit.; A. LUPO, *Denuncia di inizio di attività in edilizia e tutela giurisdizionale delle posizioni di controinteresse: il Consiglio di Stato ammette l'esperibilità dell'azione di accertamento (atipica)*, in *Foro amm.*, 2009, 1567; F.F. GUZZI, *Dichiarazione di inizio di attività ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2009, 425; G. MANNUCCI, *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela nel modello della d.i.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1079; O. FORLENZA, *In assenza di un potere conformativo della PA l'istanza andrebbe proposta al giudice ordinario. Il terzo può esperire un'azione di accertamento per provare l'assenza dei presupposti della DIA*, in *Guida al dir.*, 2009, 477; M. MATTIUZZI *Dia edilizia, tutela del terzo e ammissibilità dell'azione di accertamento autonomo nel giudizio amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 10.

⁸¹ Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in www.giustizia-amministrativa.it, in base al quale la sia pur comprensibile preoccupazione di assicurare al terzo effettività della tutela giurisdizionale «non può condurre allo stravolgimento della natura dell'istituto, trasformando quella che è una dichiarazione privata in un atto dell'amministrazione o in una fattispecie ibrida che nasca privata e diventi pubblica per effetto del tempo trascorso e del silenzio».

⁸² In tal senso F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit. 153.

qualitativamente diverso e cronologicamente anteriore al potere di autotutela, da esercitarsi a valle e senza necessità della rimozione della scia.

Le tre tesi esaminate – quella pubblicistica, quella privatistica pura e quella mediana dell’autoamministrazione – sia pur nella diversità della ricostruzione dell’istituto, sono accomunate dal fatto di negare che la dichiarazione di inizio attività dia luogo ad un vero e proprio fenomeno di sostituzione amministrativa: la prima perché nega alla dia un qualsiasi effetto legittimante, che ritiene proprio solo dell’atto tacito di assenso della PA; la seconda perché considera la dia come atto di disposizione di un proprio diritto; la terza in quanto, pur valorizzando l’apporto del cittadino nella cura dell’interesse generale, lo ritiene comunque alternativo e non sostitutivo rispetto all’intervento dell’Amministrazione⁸³.

Il dibattito esistente in ordine alla individuazione della natura giuridica della scia sembra aver oggi trovato una definitiva composizione attraverso, dapprima, l’intervento del Consiglio di Stato e, da ultimo, la conferma legislativa delle conclusioni cui la stessa è pervenuta in materia tramite il già citato comma 6-ter dell’art. 19 della L. n. 241/90.

In particolare, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 15/2011, già menzionata, nel criticare le tesi del silenzio-assenso e della scia vestita in forma amministrativa, sulla base di tutte le argomentazioni già esposte, ha sostanzialmente aderito alla tesi privatistica, qualificando l’istituto come atto soggettivamente e oggettivamente privato, con cui l’interessato esprime la propria legittimazione all’esercizio di un’attività. Nella ricostruzione della Plenaria, l’istituto opererebbe secondo una logica di liberalizzazione che surroga del tutto il previo atto di consenso dell’Amministrazione, ma che, allo stesso tempo, non colloca l’attività fuori dal regime amministrativo, attesa la permanenza di poteri amministrativi spendibili *ex post*, vuoi entro un termine di decadenza (e si tratta dei poteri inibitori), vuoi oltre quel termine (e si tratta del residuale potere di autotutela)⁸⁴.

In piena adesione con le conclusioni cui è pervenuta l’Adunanza Plenaria, almeno limitatamente a tale profilo sostanziale, il legislatore ha contribuito per la prima volta a chiarire la natura giuridica della scia, escludendo espressamente che la stessa costituisca un provvedimento tacito direttamente impugnabile e che, pertanto, la sua presentazione possa

⁸³ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit., 257.

⁸⁴ In dottrina, a favore della concezione della denuncia di inizio attività come espressione di liberalizzazione solo parziale, M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Dir. amm.*, 1996, pag. 181.

dar luogo ad una fattispecie a formazione progressiva che legittimi la qualificazione del silenzio serbato dall'Amministrazione in termini di silenzio assenso.

4. GLI STRUMENTI DI TUTELA DEL TERZO

Allo stato attuale è possibile sostenere che vi è ormai chiarezza in ordine al corretto inquadramento della natura giuridica della scia come atto oggettivamente e soggettivamente privato, e così anche circa la portata dello strumento quale espressione di una politica di liberalizzazione di determinate attività private (ancorché si tratti di una liberalizzazione temperata, non facendone venir meno il regime pubblicistico, ma sostituendo l'esercizio *ex ante* di un potere autorizzatorio con uno di controllo/repressivo *ex post*).

Lo stesso non può, tuttavia, dirsi in merito al diverso problema della individuazione degli strumenti di tutela giurisdizionale esperibili dal terzo leso dallo svolgimento dell'attività privata oggetto di segnalazione.

Tale questione continua, infatti, ad essere al centro di un ampio dibattito, tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, anche a seguito dell'intervento del legislatore con il già citato D.L. 138/2011.

Nel prendere posizione sulla questione, questi, da un lato, sembra aver contraddetto l'intero sistema di tutela del terzo elaborato dalla Plenaria – riducendone sensibilmente gli spazi – dall'altro, ha lasciato aperto il dibattito esistente sulla natura dei poteri amministrativi che il terzo è legittimato a sollecitare prima di proporre l'unico rimedio processuale oggi consentitogli – l'azione avverso il silenzio inadempimento⁸⁵.

Al fine di una efficace disamina della questione, appare opportuno chiarire preliminarmente chi sia il terzo la cui posizione viene in rilievo, tenendo conto che la vicenda che nasce a seguito della presentazione di una scia si inserisce nell'ambito dei cd.

⁸⁵ Per un primo confronto tra le opposte posizioni si v.: F. BOTTEON, *La scia dopo il d.l. 13 agosto 2011 n. 138: il legislatore contro l'Adunanza Plenaria in tema di tutela del terzo*, in *Lexitalia.it*, n. 7-8/2011 C.E. GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente*, in www.giustamm.it, 2011; R. GISONDI, *Il regime della tutela dei terzi contro la s.c.i.a. dopo la manovra di agosto 2011 ed il decreto correttivo del codice del processo amministrativo: un'interpretazione costituzionalmente orientata per evitare il deficit di effettività*, in www.giustizia-amministrativa.it.

‘rapporti multipolari’ che, pur avendo come destinatario il solo presentatore dell’istanza, in realtà riflettono un assetto normativo che include altri soggetti i cui interessi sono oggetto dell’azione amministrativa, ancorché tra gli stessi non si stabilisca un rapporto giuridico⁸⁶.

Con il termine terzo si designa, infatti, il soggetto che – pur essendo estraneo alla relazione che si stabilisce tra l’Amministrazione e il destinatario del provvedimento, e quindi al rapporto amministrativo che ne deriva – è comunque titolare di un interesse qualificato, non riconducibile a mero riflesso della situazione del dichiarante, che è preso in considerazione dal diritto, in quanto la norma, nel disciplinare lo svolgimento di una determinata attività e nel fissarne i presupposti legittimanti, gli attribuisce titolo per chiedere tutela contro l’inosservanza delle regole medesime. E ciò, nel senso di legittimarlo sia a richiedere un intervento repressivo, in via amministrativa, alla stessa PA, sia ad attivare una tutela giurisdizionale in caso di controversie in ordine all’esercizio dei poteri amministrativi posti a presidio del rispetto delle regole fissate⁸⁷.

È evidente, tuttavia, come il superamento della tradizionale tesi pubblicistica e l’abbandono della concezione della scia come atto di assenso tacito abbiano fatto sorgere dubbi in merito alla individuazione degli strumenti di tutela concretamente azionabili dal terzo, nell’ipotesi di attività lesive avviate in assenza dei presupposti di legge o in contrasto con gli stessi.

La soluzione della Plenaria aveva offerto un sistema di tutela del terzo molto articolato e completo, che, tuttavia, non era andato esente da critiche e perplessità, in quanto, pur muovendo dalla natura privatistica della dia, la decisione n. 15/2011 ricostruiva la tutela del terzo nelle forme dell’azione di annullamento del diniego all’esercizio del potere inibitorio che si formerebbe implicitamente, decorso il termine di legge⁸⁸.

In altri termini, l’Adunanza plenaria aderiva alla tesi, sostenuta da una certa dottrina, in base alla quale l’inerzia serbata dall’Amministrazione a seguito della

⁸⁶ Sul concetto di multipolarità e sulla nozione di terzo nell’ambito della scia si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25.

⁸⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, cit., 30. Si v. anche F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 172 e M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, cit., 352.

⁸⁸ Contraria alla tesi dell’Adunanza plenaria in punto di qualificazione dell’inerzia della PA in termini di silenzio diniego, tra gli altri, L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell’art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, cit., 233; A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, III, 591; E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l’adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, cit., 794.

presentazione della scia, oltre la scadenza del termine decadenziale per l'esercizio dei poteri inibitori, avrebbe avuto natura di silenzio significativo, pur in assenza di una espressa disposizione normativa che lo qualificasse in tal senso, configurandosi come provvedimento tacito di diniego dell'esercizio di tali poteri⁸⁹.

Dall'accoglimento di tale tesi venivano fatte discendere importanti conseguenze sul piano processuale in punto di tutela del terzo, il quale, successivamente alla scadenza del termine perentorio per l'esercizio dei poteri inibitori, avrebbe potuto esperire la tradizionale azione di annullamento, impugnando il silenzio diniego, formatosi a seguito dell'inerzia dell'Amministrazione, nell'ordinario termine decadenziale decorrente dalla piena conoscenza dell'adozione dell'atto lesivo, nonché a complemento della stessa, l'azione di condanna pubblicistica (cd. 'azione di adempimento') tesa ad ottenere una pronuncia che imponesse all'Amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio⁹⁰.

Relativamente agli spazi di tutela fruibili dal terzo nell'arco temporale antecedente la scadenza del termine per l'esercizio dei poteri inibitori, resi necessari dalla generalizzazione del modello di dia a legittimazione immediata, la Plenaria aveva poi ammesso l'esperibilità di un'azione di accertamento atipica, il cui fondamento giuridico viene rinvenuto nell'art. 34, co. 2, c.p.a. Tale azione sarebbe tesa ad ottenere, nel corso del giudizio e fino alla scadenza del termine per l'adozione di poteri inibitori, le misure

⁸⁹ Si fa riferimento alla tesi di G. GRECO, *La Scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza plenaria: ma perché dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in www.giustamm.it.

⁹⁰ Anche prima dell'intervento normativo, l'esperibilità di un'azione di adempimento nel processo amministrativo era già stata ammessa in via pretoria dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 3 del 23 marzo 2011, in www.giustizia-amministrativa.it, e confermata nella successiva pronuncia 15/2011; in tema di scia in dottrina a favore dell'esperibilità di tale azione anche prima della sua codificazione, L. TORCHIA, *Condanna e adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, n. 1187 ss.; A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm.*, Tar, 2011, 1499; D. VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 714; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 573; A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012. In senso contrario all'ammissibilità di un'azione di condanna, nell'assetto processuale precedente al secondo correttivo, A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del XVI Convegno di studi amministrativi di Varenna del 23 -25 settembre 2010*, Milano, 2010, 75. In generale, per una discussione sull'argomento, si vedano i commenti di M. CLARICH, C.E. GALLO, E. FOLLIERI, F. MERUSI, G. VERDE, A. ROMANO TASSONE, S. MENCHINI, B. SASSANI, L. DI MARCO, in *Guida dir. Dossier*, 2011, 82.

cautelari necessarie ad impedire che, nelle more della definizione del giudizio, l'esercizio delle attività segnalate potesse arrecare pregiudizi irreparabili al terzo. Successivamente alla scadenza di tale termine, senza l'adozione da parte della PA di misure inibitorie, l'azione sarebbe strumentale ad ottenere una sentenza che accerti la sussistenza o meno dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti interdettivi doverosi, con conseguente conversione automatica dell'originaria azione di accertamento in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto, senza necessità di proposizione di motivi aggiunti⁹¹.

Si è da più parti evidenziato come, in sostanza, la soluzione offerta dalla Plenaria passasse attraverso la relativizzazione, se non addirittura il superamento, della perentorietà del termine per il controllo, in contrasto con il dato normativo, e postulasse una tutela atipica, data dal previo accertamento dell'illegittimo svolgimento delle attività da parte del dichiarante, pur se, camuffata nell'azione di annullamento tacito di diniego del provvedimento inibitorio⁹².

Questo assetto è stato completamente sovvertito dal successivo intervento del legislatore che – nel giro di poche settimane dalla pronuncia della Plenaria – è intervenuto con il già citato D.L. 13 agosto 2011, aggiungendo al testo originario dell'art. 19 della L. 241/90 il co. 6-ter e prevedendo, quale unica forma di tutela per il terzo, l'esperimento dell'azione avverso il silenzio inadempimento ex art. 31 c.p.a. maturato a seguito della presentazione di un'istanza tesa a sollecitare l'esecuzione di 'verifiche' da parte della PA⁹³.

⁹¹ Sulla questione della praticabilità di un'azione di accertamento atipica anche prima dell'intervento dell'Adunanza Plenaria 15/2011 si veda, tra gli altri, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel processo amministrativo*, Milano, 1980; E. CASSETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubb.*, 1952, 146; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova 1989; P. STELLA RICHTER, *Per l'introduzione all'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di Giannini*, Milano, 1988, I, 1 ss.; R. GISONDI, *D.i.a. ed accertamento autonomo: il Consiglio di Stato separa l'interesse legittimo dal potere: nota a margine Cons. Stato*, 9 febbraio 2009, 717, in www.giustamm.it, 2009; A. FORMICA, *Dia e accertamento nel processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 5/2009, 573. In giurisprudenza, in senso sfavorevole all'ammissibilità dell'azione di mero accertamento in presenza di atti autoritativi, limitandone l'esperibilità alla tutela dei diritti soggettivi in sede di giurisdizione esclusiva, v. Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1343 e sez. VI, 20 ottobre 1998, n. 1399 in www.giustizia-amministrativa.it. Per la generale esperibilità di tale azione Cons. Stato, 9 febbraio 2009, n. 717 in *Urb. app.*, 5/2009, con nota di A. FORMICA, cit. e in www.giustamm.it, con nota di R. GISONDI, *D.i.a. ed accertamento autonomo: il Consiglio di Stato separa l'interesse legittimo dal potere: nota a margine Cons. Stato*, 9 febbraio 2009, 717, cit.

⁹² E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, cit., 794.

⁹³ Il co. 6-ter dell'art. 19 L. 241/90 è oggi così formulato: «La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli

Salutata con favore sotto il profilo della definitiva presa di posizione in merito alla natura giuridica della scia quale atto privato, la disposizione normativa non ha, tuttavia, mancato di aprire un nuovo dibattito in dottrina, avendo posto numerosi interrogativi.

In primo luogo la norma pone a carico del terzo l'onere di attivare un procedimento attraverso la presentazione di un'istanza pacificamente ritenuta dalla giurisprudenza quale requisito di ammissibilità dell'azione avverso il silenzio inadempimento della PA e, quindi, quale condizione imprescindibile di accesso alla tutela giurisdizionale⁹⁴. Si è obiettato, in tal caso che, come in tutte le ipotesi in cui l'istanza del privato non è presupposto per l'adozione dell'atto, ciò equivale a costringere il ricorrente ad avviare in maniera del tutto artificiosa un apposito procedimento solo per vedersi decorrere infruttuosamente il termine per provvedere, quasi a riproporre surrettiziamente l'istituto della diffida ad adempiere⁹⁵.

Inoltre, come è stato evidenziato, tale innovazione normativa riapre la questione degli spazi di tutela del terzo, in quanto innesta il rimedio del silenzio-inadempimento, tradizionalmente concepito per il mancato esercizio di poteri ampliativi, che non si esauriscono con il decorso del termine per provvedere, in una fattispecie in cui sono presenti poteri inibitori e ripristinatori sottoposti, invece, ad un termine decadenziale, il cui spirare ne determina la consumazione⁹⁶.

*interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 c.p.a.». Per un commento alla modifica normativa: G.P. CIRILLO, L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo, in www.giustizia-amministrativa.it. G. GRECO, Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90), in *Dir. proc. amm.*, 2014, 651.*

⁹⁴ Sulle conseguenze della mancata presentazione dell'istanza da parte del terzo v. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2013, n. 500, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la mancanza dell'istanza è da sola elemento sufficiente a fondare l'inammissibilità del ricorso; in senso conforme T.R.G.A. Trento, 24 ottobre 2013, n. 346, in www.giustizia-amministrativa.it. Circa i requisiti minimi che tale istanza deve possedere perché sia idonea a fondare un obbligo di provvedere e a configurare un silenzio giuridicamente rilevante, TAR Lombardia, sez. II, 12 aprile 2012, n. 1075 in www.giustizia-amministrativa.it. Sul carattere non retroattivo della norma e sulla sua non applicabilità ai giudizi già pendenti, da ultimo, Cons. Stato, 3 ottobre 2014, n. 4962, in www.giustizia-amministrativa.it, che considera la disposizione di cui al comma 6-ter dell'art. 19 L.241/90 quale norma 'innovativa' e non meramente interpretativa, a carattere 'sostanziale' e non processuale.

⁹⁵ Si esprimono in tal senso M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento. S.c.i.a. (voce)*, in *Enc. dir., Libro dell'anno del diritto*, 2012, cit.; analogamente, sia pur in relazione ad una diversa questione, A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 2 447.

⁹⁶ G. GRECO, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90)*, cit. 646; M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, cit. 342. Sulla specialità del rito del silenzio previsto dall'art. 19 L. 241/90 TAR Veneto, sez. II, 5 marzo 2012, n. 298, in www.giustizia-amministrativa.it. Per una ricostruzione

Molto dibattuta resta, principalmente, la questione relativa all'individuazione della tipologia di verifiche azionabili dal terzo con particolare riferimento alla natura dei poteri amministrativi che questi è legittimato a sollecitare nei confronti della PA attraverso la presentazione dell'istanza suscettibile di dar luogo a silenzio-inadempimento.

Secondo l'orientamento probabilmente maggioritario in giurisprudenza, e sostenuto da una parte della dottrina, il terzo non potrebbe sollecitare l'esercizio dei poteri inibitori, una volta che sia venuto a scadenza il termine decadenziale per il loro esercizio, trattandosi di poteri ormai consumati e rispetto ai quali, pertanto, l'istanza non potrebbe mai far sorgere un obbligo di provvedere in capo alla PA. Piuttosto, i poteri oggetto di sollecitazione da parte del terzo consisterebbero esclusivamente in quelli di autotutela, da esercitarsi, secondo molti, nel rispetto dei limiti e dei parametri previsti dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* L. 241/90 (sussistenza di ragioni di interesse pubblico, termine ragionevole, ponderazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati)⁹⁷, fermo restando, comunque, nel caso di dichiarazioni false del privato, la possibilità di sollecitare l'adozione del potere sanzionatorio di cui all'art. 21, co. 1, che, per sua natura, non può essere mai connotato da tratti di discrezionalità⁹⁸.

Sul punto saranno sicuramente destinate ad incidere le proposte di riforma tese a circoscrivere l'esercizio dei poteri di autotutela della PA in materia di revoca ed annullamento d'ufficio, come previste dal già visto d.d.l. n. 1577 del 23 luglio 2014 che, all'art. 5 delimita – in maniera maggiormente marcata rispetto alla disciplina vigente – le possibilità di intervento in autotutela da parte della Pubblica Amministrazione⁹⁹.

della posizione assunta dalla giurisprudenza amministrativa a seguito dell'ultima modifica normativa dell'art. 19 L. 241/90 si v. A. DI MARIO, *Dia e scia e tutela dei terzi*, in *Giur. it.*, Aprile 2014, 1013.

⁹⁷ In senso favorevole all'azionabilità da parte della PA, dopo il decorso del termine di sessanta giorni per l'esercizio dei poteri inibitori, dei soli poteri di autotutela e dell'applicabilità a tali poteri di tutti i limiti cui gli stessi sono tradizionalmente assoggettati si è, di recente, espressa anche la giurisprudenza amministrativa. In proposito si v. TAR Lazio, sez. II-*quater*, 8 gennaio 2015, n. 192, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁸ TAR Toscana, sez. II, 24 agosto 2010, n. 4882; TAR Lazio, sez. II, 2 febbraio 2010, 1408; TAR Emilia Romagna, sez. II, 2 ottobre 2007, n. 2253 in www.giustizia-amministrativa.it; più di recente TAR Abruzzo, 11 settembre 2014, n. 661; Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 500, in www.giustizia-amministrativa.it. La questione della latitudine dei poteri di intervento in autotutela dell'Amministrazione su istanza dei privati è stato da ultimo affrontata da Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5822, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina a favore della tesi che limita i solleciti del terzo ai poteri di autotutela M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 176.

⁹⁹ La norma richiamata intenderebbe limitare, in generale e non solo con riferimento alla materia qui esaminata, la possibilità di revoca dei provvedimenti per mutamento della situazione di fatto ai soli casi di mutamento non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento e, per i provvedimenti di autorizzazione e di sovvenzione, escluderebbe la revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario; limiterebbe, altresì,

Con specifico riferimento all'esercizio di tali poteri in materia di scia, queste misure restrittive hanno, in parte, già trovato applicazione per effetto della Legge 164/2014 (anch'essa citata nei paragrafi che precedono), la quale, nel modificare il co. 3 dell'art. 19 della L. 241/90, sembrerebbe aver limitato la possibilità dell'Amministrazione di intervenire in autotutela su una scia esistente, dopo l'inutile decorso del termine per l'esercizio dei poteri inibitori, unicamente a tutela di quegli interessi qualificati e tipizzati elencati al successivo co. 4 (patrimonio artistico e culturale, ambiente, salute, sicurezza pubblica, difesa nazionale)¹⁰⁰.

In altri termini, secondo le prime e più accreditate interpretazioni di questo recente intervento normativo, il potere di autotutela farebbe rivivere il potere inibitorio generale anche a termine spirato, ma unicamente a protezione dei cd. 'interessi sensibili'.

Con riferimento, ancora, all'orientamento maggioritario appena riportato, e inerente ai poteri sollecitabili dal terzo, resta peraltro controverso - oltre al tema della latitudine dei poteri di autotutela esercitabili in tema di scia - se il giudice adito debba statuire esclusivamente sul mero obbligo di provvedere, trattandosi del sindacato sull'esercizio di un potere discrezionale, senza estendere il giudizio alla fondatezza della domanda, o se, al contrario, possa sostituirsi all'Amministrazione stabilendo che un dato intervento avrebbe dovuto essere vietato¹⁰¹.

Secondo un'opposta ricostruzione, che non considera l'intervento del legislatore in antitesi con le risultanze della Plenaria, la norma legittimerebbe il terzo a sollecitare proprio l'esercizio di quei poteri inibitori doverosi, ancorché consumati per effetto dell'inutile decorso del termine. In questa prospettiva, il giudizio sul silenzio avrebbe subito una vera e propria metamorfosi, passando dall'accertamento su poteri illegittimamente non esercitati ma persistenti ad un accertamento su un potere non esercitato ma consumato, riattivando

temporalmente la possibilità di annullamento d'ufficio, tranne nei casi di violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il contenuto dispositivo di questi non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

¹⁰⁰ Per una prima disamina in merito alla portata e ai presumibili effetti del decreto "sblocca Italia" sulla materia della scia si v. A. AULETTA, *Le modifiche alla s.c.i.a. introdotte dal decreto "sblocca Italia": verso la soluzione dell'enigma del richiamo all'autotutela? Qualche spunto riflessivo*, cit. e V. LIGUORI, *Lo "sblocca Italia" sbloccherà la s.c.i.a.?*, cit.

¹⁰¹ Sulla natura atipica e vincolata dell'autotutela riferita al modello di cui all'art. 19: Cons. Stato, IV, n. 4309/2014 in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, cit., 215, A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, cit., 517.

tale potere ora per allora, attraverso un ordine del giudice. Si tratterebbe, in sostanza, di una sentenza di accertamento ad effetti retroattivi, che interverrebbe a rimuovere l'ostacolo del potere già consumato, attraverso l'ordine del giudice alla PA di emettere il provvedimento che la stessa avrebbe dovuto adottare nel corso del procedimento di scia¹⁰².

Di diverso avviso è quella parte della dottrina che, invece, ritiene come a seguito dell'intervento normativo gli spazi di tutela del terzo abbiano subito una forte compressione, ponendo dubbi e profili di incostituzionalità della nuova disposizione. Si sostiene, in proposito, che l'istanza suscettibile di dar luogo a silenzio inadempimento non possa avere ad oggetto l'esercizio dei poteri inibitori, in quanto, prima della scadenza del termine, non sarebbe configurabile alcun inadempimento, mentre, dopo, il potere in questione cesserebbe di esistere. Allo stesso modo, tuttavia, si respinge l'idea che la stessa istanza possa esclusivamente coinvolgere i poteri di autotutela, atteso che, per la natura discrezionale degli stessi, da cui deriverebbe l'insindacabilità nell'*an*, e per i rigorosi limiti a cui li si ritiene assoggettati anche nel campo della scia, non essendo sufficiente l'interesse al ripristino della legalità, la sollecitazione al loro esercizio sarebbe priva di qualsiasi efficacia satisfattiva nei confronti del terzo. Si ritiene pertanto che l'istanza sarebbe finalizzata all'attivazione da parte del terzo dei poteri repressivo-ripristinatori di cui all'art. 21, co. 2, L. 241/90, atteso il carattere multipolare del rapporto che nasce a seguito della presentazione della scia, oltre che dell'autonoma consistenza della posizione giuridica del terzo, non riconducibile a mero riflesso della situazione del dichiarante¹⁰³.

In quest'ottica, l'affidamento suscitato dalla condotta dell'Amministrazione creerebbe un vincolo solo nella sua relazione con il dichiarante, impedendole di attivare d'ufficio i propri poteri inibitori dopo la scadenza del termine, ma non avrebbe effetti nei confronti del terzo, il quale conserverebbe il titolo per attivare i poteri sanzionatori della PA. Se da un lato, pertanto, la PA non è legittimata ad adottare *ex officio* provvedimenti repressivo-ripristinatori dopo la scadenza del termine per l'esercizio dei poteri inibitori, tale legittimazione sussisterà, invece, ove l'esercizio di tali poteri sia sollecitato dal terzo che ha

¹⁰² Per questa ricostruzione, in dottrina, G. GRECO, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6- ter dell'art. 19 L. 241/90)*, cit. In giurisprudenza, a favore dell'azionabilità dei poteri inibitori anche oltre la scadenza del termine, v. TAR Lecce, sez. III, 18 settembre 2013, n. 1937, e Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5822 in www.giustizia-amministrativa.it. Contrario F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione. Lo strano caso della d.i.a.- s.c.i.a.*, in www.giustamm.it, 2014.

¹⁰³ A favore di questa opzione interpretativa cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Diritti, poteri e responsabilità nelle recenti riforme di alcuni procedimenti amministrativi*, cit., 49. Contrario a tale ricostruzione A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, cit.

diritto di pretendere l'attuazione dell'assetto normativo vigente, nel quale è incluso l'interesse del terzo stesso. In sostanza, questa tesi tende a considerare i poteri repressivo-sanzionatori di cui all'art. 21, co. 2, L. 241/90 come poteri imprescrittibili e vincolati, in quanto finalizzati a contrastare un illecito amministrativo permanente, del tutto indipendenti, quindi, dai limiti e dalla natura discrezionale dei poteri di autotutela¹⁰⁴.

Non mancano, infine, posizioni più estreme che ritengono come, dopo la consumazione del potere inibitorio, la tutela del terzo venga collocata esclusivamente nell'ambito della garanzia civilistica dei diritti in una controversia tra privati, dinanzi al giudice ordinario, e, quindi, riconosciuta solo subordinatamente alla titolarità di un diritto soggettivo¹⁰⁵.

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Se è vero, com'è stato scritto¹⁰⁶, che 'liberalizzazione amministrativa' significa eliminare o rimuovere gli ostacoli di ordine amministrativo che si interpongono allo svolgimento di attività private, non può negarsi che il modello della dia si avvicini molto, nel tema in esame, alla semplificazione amministrativa, che come si è ricordato è uno dei principali scopi dell'introduzione originaria dell'art. 19, nonostante le numerose riforme di cui si è dato conto abbiano tentato di (e molto spesso siano anche riuscite a) rendere la disciplina di volta in volta sempre più complicata¹⁰⁷.

Sviluppando questa tesi sono molteplici i corollari che possono essere individuati.

Si può, ad esempio, affermare, come si è peraltro già notato nei paragrafi che precedono, che la denuncia, dichiarazione o segnalazione di inizio attività altro non siano

¹⁰⁴ In tal senso anche M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, cit., 351; G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241/1990*, cit., 450.

¹⁰⁵ Cfr. E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, cit., 247. In tal senso anche A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, cit., 519.

¹⁰⁶ Cfr. G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, cit., 3492, per il quale nella liberalizzazione amministrativa, come si è notato, la maggiore libertà ottenuta dal privato dipende da una attenuazione dei condizionamenti dell'autorità allo svolgimento di un'attività (ivi, 3493).

¹⁰⁷ Del resto, come si sottolinea, sarebbe un errore qualificare la liberalizzazione come strumento di semplificazione: ci si riferisce alla semplificazione, insomma, come ad un mezzo di liberalizzazione e non viceversa. Così, ancora, G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, cit., 3494.

che interventi posti in essere dal privato in sostituzione dell'atto di assenso dell'Amministrazione, i quali senz'altro sono volti alla cura di un interesse privato, ma che «la dinamica obiettiva della procedura conduce ad assumere tratti significativi per la realizzazione dell'interesse generale», corrispettivo o compresente rispetto a quello privato¹⁰⁸. Così facendo, l'interessato, lungi dal dover assumere il punto di vista dell'autorità alla cui cura è affidato l'interesse generale, si cautele di fronte all'eventualità di una inerzia della PA che gli possa creare pregiudizio.

Ma si può anche prospettare che il carattere 'globale' di questa tecnica di generalizzazione conduca alla progressiva scomparsa di tutti i provvedimenti autorizzatori a carattere vincolato¹⁰⁹ o addirittura al riconoscimento di una situazione giuridica di diritto soggettivo del privato denunciante/segnalante rispetto al lecito esercizio dell'attività ed alla fase di verifica dell'Amministrazione, posto che dalla lettura dell'art. 19 non vi sono dubbi circa il fatto che l'interessato possa dare inizio all'attività immediatamente dopo la presentazione della denuncia/segnalazione, non potendo di conseguenza essere attribuita efficacia di silenzio significativo al decorso del previsto termine di trenta o sessanta giorni¹¹⁰.

Per quanto attiene al settore dell'edilizia, poi, è certamente apprezzabile lo sforzo del legislatore in ottica semplificativa (o, se si preferisce, di liberalizzazione). Basti pensare agli interventi di manutenzione ordinaria degli edifici, inizialmente soggetti a concessione edilizia, poi ad autorizzazione e infine confluiti nelle attività edilizie libere¹¹¹. Tuttavia il quadro normativo appare ancora molto, probabilmente troppo, frastagliato. Accanto alla disciplina generale ex art. 19, infatti, tuttora circondata da dubbi di legittimità costituzionale¹¹², resta ancora in vigore lo schema delineato dal D.P.R. 380/2001, che – come si è notato – permea l'ambito edilizio di una serie di sfumature di liberalizzazioni: dall'attività libera (art. 6, co. 1) alla comunicazione meramente notiziale (art. 6, co. 2), dalla

¹⁰⁸ Cfr. M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, cit., 260.

¹⁰⁹ Cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, cit., 151.

¹¹⁰ Cfr. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, cit., 200. Diversamente, secondo l'Autore, si dovrebbe «fantasticare» su un'autorizzazione ad efficacia retroattiva (*ibidem*, 199).

¹¹¹ Si v., rispettivamente, la L. 28 gennaio 1977, n. 10, la L. 25 marzo 1982, n. 94, e da ultimo il D.P.R. 380/2001, sopra cit.

¹¹² In merito cfr. M. CLARICH, *Problemi di costituzionalità e molte incertezze applicative: ecco perché non funzionerà*, in *Edilizia e territorio*, *Sole 24 Ore*, 31 luglio 2010, scettico in ordine alla riconducibilità dell'istituto alla 'tutela della concorrenza' di cui all'art. 117, co. 2, Cost.

dia alternativa al permesso di costruire (art. 22, co. 3) alle eventuali discipline delle Regioni a statuto ordinario (art. 22, co. 4).

Quanto ai profili processuali, l'assenza di chiarezza in ordine alla natura dei poteri che il terzo è legittimato a sollecitare nei confronti della PA e il tacere del legislatore in merito al contenuto della peculiare azione contro il silenzio inadempimento hanno in qualche modo favorito la proliferazione di operazioni ermeneutiche che, nel tentativo di non erodere gli spazi di tutela giurisdizionale garantiti al terzo, hanno finito spesso con il forzare il dato letterale, tentando di rimediare alle conseguenze delle scelte legislative attraverso il ricorso agli strumenti di tutela processuali offerti dal Codice del processo amministrativo. Siffatta scelta non è tuttavia risultata ottimale, come si è già avuto modo di segnalare, per almeno due ordini di motivazioni.

Da una parte vi è la tendenza a sganciare gli strumenti di tutela giurisdizionale dalla configurazione dell'istituto nel diritto sostanziale; aspetti che, invece, sono intimamente connessi tra di loro. Se il legislatore, per intenti di semplificazione, ha inteso modificare il regime di un'attività, sottraendola dal tradizionale modello provvedimentale, ciò non può che riflettersi sui contenuti della tutela giurisdizionale, e tale mutamento non dovrebbe essere neutralizzato attraverso operazioni interpretative che, forzando il dato letterale, tradiscono la natura sostanziale dell'istituto. Ciò che potrebbe semmai manifestarsi potrebbe essere un problema di 'tenuta' della norma rispetto ai principi costituzionali del diritto di difesa e dell'effettività della tutela¹¹³.

D'altra parte si registra anche l'inidoneità del sistema delle azioni attualmente previste dal c.p.a. ad offrire un'adeguata tutela del terzo, considerato che sono tutte concepite con riferimento a discipline sostanziali caratterizzate da un regime provvedimentale, laddove il tratto distintivo dell'istituto in parola sta proprio nella soppressione a monte di tale *modus operandi*¹¹⁴.

Si è allora opportunamente rilevato come la soluzione a questo vuoto di tutela potrebbe risiedere unicamente nell'intervento del legislatore, riconoscendo di conseguenza l'esistenza di una lacuna all'interno del Codice¹¹⁵.

¹¹³ In tal senso A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, 517 ss.

¹¹⁴ F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 206.

¹¹⁵ In questo senso M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, cit., 330.

Altri Autori, infine, hanno sottolineato, anche in questo contesto, l'esigenza di evitare che uno strumento nato con fini di semplificazione finisca con il mutarsi nel suo opposto, implicando il ricorso ad istituti 'ibridi' quali la liberalizzazione 'temperata', l'autotutela 'atipica' (non discrezionale nell'*an* e sottratta ai limiti strutturali fissati dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*), il rito sul silenzio '*sui generis*' (ove l'oggetto del giudizio è dissociato dall'oggetto dei solleciti dei terzi che lo hanno originato e trasformato in un giudizio volto a 'riesumare' poteri già estintisi)¹¹⁶.

È evidente, infatti, come, così facendo, la logica di semplificazione e di liberalizzazione dell'art. 19 verrebbe fatalmente tradita, decretando la sostanziale crisi e il conseguenziale fallimento di un istituto che da anni, come si è visto, tiene inesorabilmente all'erta la spinta riformatrice del legislatore.

¹¹⁶ Cfr. F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione. Lo strano caso della d.i.a. - s.c.i.a., cit.*, 31.

**FROM NOTICES OF COMMENCEMENT TO CERTIFIED
NOTIFICATIONS: SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL PROFILES**

ANNUAL REPORT – 2015 – ITALY
(May 2015)

Leopoldo ZUANELLI BRAMBILLA – Nadia LA FEMINA^(*)

INDEX:

- 1. BACKGROUND ON THE INSTITUTION**
- 2. BUILDING REGULATIONS**
- 3. QUESTIONS ON THE LEGAL NATURE**
- 4. TOOLS FOR PROTECTING THIRD PARTIES**
- 5. CONCLUSIONS**

1. BACKGROUND ON THE INSTITUTION

Although it was formally codified in 1990, the institution of notice of commencement of operation (*‘denuncia di inizio attività’*) actually has a series of precedents in all areas of administrative conformity of private business. These were obligations to report and notify about activities that were already subject to administrative control, in the context of legislative experiments that made Art. 19 of Law no. 241 of 1990, in some sense, a ‘consolidation’ of already operative praxes and disciplines¹.

^(*) PhD students in Comparative and European Legal Studies at the Faculty of Law of the University of Trento. This essay is the fruit of shared insights from both authors, who in turn are particularly grateful to Professors Antonio Cassatella and Fulvio Cortese for their invaluable advice. At the same time, paragraphs 1 and 2 can be specifically attributed to Leopoldo Zuanelli Brambilla, and paragraphs 3 and 4 to Nadia La Femina; the conclusions in paragraph 5 are the work of both.

¹ On the subject of notices of commencement of operation (and of the various subsequent expressions used by legislators to refer to the institution), worth mentioning, among many, are: G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milan, 2000; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padua, 2001; ID., *La segnalazione certificata di inizio attività: fra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2010, 580; ID., *SCIA e poteri in autotutela*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 1007; D. CORLETTI, *La denuncia di inizio attività*, in

A diachronic analysis is the main antidote for avoiding a dogmatic reconstruction of the institution, which not only is difficult on a theoretical level, but has also been proven wrong through documentary evidence by over two decades of legislation that does not yet allow the question to be considered as established within any kind of ‘system’ of administrative law². At the same time, starting from the laws allows us, in some way, to identify the boundaries and transformations of the phenomenon. It makes sense to begin this illustration with a few brief examples.

A businessperson who intends to set up his or her facilities for the distillation of alcohol and liqueur must give written notice, 15 days before the start of activities, to the Mayor of the local municipality, who can prohibit commencement or subject it to certain precautions when it is deemed necessary in the interest of public safety³. The same procedure is in place, for example, for highway service stations that distribute hydrocarbons⁴: today Art. 216 of the Consolidated Healthcare Laws⁵ still imposes this. Since 1934, prior written communication is required before commencement of certain activities that are particularly dangerous due to the production or use of gaseous substances that are harmful to health, and the local municipal Administration has the power not so

F. MASTRAGOSTINO (ed.), *Il Testo Unico sull'edilizia*, Bologna, 2005, 103; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milan, 2006, 3492; A. DI MARIO (ed.), *DIA e SCIA e tutela dei terzi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 1013; G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241/1990*, in *Diritto pubblico*, 1997, 411; ID., *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milan, 1997, 139; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Turin, 2008; C. LAMBERTI, *La SCIA tra liberalizzazione e semplificazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 10; G. LAVITOLA, *Denuncia di inizio attività*, Padua, 2003; F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milan, 2011; L. MARTINEZ, *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Turin, 2008; N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (ed.), *Codice dell'azione amministrativa*, Milan, 2010, 748; M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 329; M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2010, 478; S.S. SCOCA, *Gli atti di autoamministrazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 1787; A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Diritto pubblico*, 2014, 15; ID., *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro italiano*, 2011, 517; ID., *Dichiarazione di inizio attività (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II, Milan, 2008, ad vocem.

² On these aspects, see M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, 347. On the ‘historicist’ dimension of legal sciences, still relevant are the observations by S. CASSESE, *La storia, compagna necessaria del diritto*, in *Le carte e la storia*, 2009, 5 and *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 597.

³ Annex to Ministerial Decree 5 September 1994, part I, letter c), no. 10.

⁴ Annex to Ministerial Decree 5 September 1994, part II, letter c), no. 14.

⁵ Cf. Royal Decree 27 July 1934, no. 1265. This seems to have been the first law to introduce a means of monitoring construction from a health and hygiene perspective throughout Italy. On the subject, cf. G. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, 6th edition, Milan, 2009, 1088.

much to prohibit the continuation of the business, but rather to restrict its commencement, within 15 days.

After the disaster in Seveso in 1976, which was caused by the dispersal in the air of a cloud of dioxin that had leaked from a chemical plant after an accident, European legislation first, followed by national legislation, established a series of rules for industrialists who intended to start businesses that could potentially cause significant accidents for people and the environment, such as for example petroleum product refining⁶. Art. 3 of Presidential Decree 175/1988 obligated manufacturers to carry out all necessary measures to prevent significant accidents and to notify or declare the intention to begin industrial activities⁷.

The models described until now can certainly be considered the background to the more modern notice of commencement of operation⁸. Besides, it is worth noting that these ‘communications’ are not really proper ‘notices’ (or ‘notifications’) of commencement of operation, which determine the power of the local Administration in a different way than a generic application. While an application is normally valid once it has been approved, the above examples are valid only after *subsequent inspection* by the public administration, which could potentially result in prohibitions and restrictions. So, rather than a procedural simplification, they end up being regulations that harm private business and produce a forced cooperation between the private sector and the authorities; this type of regulation might be considered to be connected to the so-called ‘precautionary principle’, which is

⁶ Cf. European Council Directive 82/501/EEC, 24 June 1982, on the risks from significant accidents connected to certain industrial activities, introduced into Italian legislation with Presidential Decree 17 May 1988, no. 175.

⁷ The situation outlined above changed with the passing of Directive ‘Seveso II’ (Council Directive 96/82/EC, 9 December 1996, on monitoring of risks of major accidents connected to certain dangerous substances) by means of Legislative Decree 17 August 1999, no. 334, and subsequent modifications to both normative sources. At a later stage came the so-called ‘Seveso II-bis’ (Directive 2003/105/EC of the European Parliament and of the Council, 16 December 2003, which modifies Council Directive 96/82/EC on monitoring risks of major accidents connected to certain dangerous substances, brought into effect with Legislative Decree 21 September 2005, no. 238) and, lastly, ‘Seveso III’ (Directive 2012/18/EU of the European Parliament and of the Council, 4 July 2012, on monitoring risks of major accidents connected to certain dangerous substances, bringing a change and subsequent annulment of Directive 96/82/EC of the Council, brought into effect with Legislative Decree 14 March 2014, no. 48).

⁸ Among others, see G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, op cit., 35; F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op cit., 1; A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, op cit., 17. Travi recalls how in the law on public safety passed by Giovanni Crispi (Royal Decree 30 June 1889, no. 6144) there were already particular cases that in some way were precursors of the model of the notice of commencement: for example, the ‘notices’ that the organisers of a public meeting had to give to the local public safety authority at least 24 hours before the event (Art. 1, later echoed in the Constitution of the Republic in Art. 17) or organisers of religious ceremonies or processions in public streets, with an advanced notice of at least three days. Cf. Also E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, op cit., 61.

now contained in Art. 191, clause 2, TFEU, but which was first codified by European legislators in the 1990s⁹.

The first notice of commencement of operation *ante litteram* was issued in the 1980s by the Autonomous Province of Trento. Ahead of Italian legislation – which will be mentioned below – and dictating the general principles for the simplification and democratisation of the administrative action, Provincial Law no. 45 of 1988 in Art. 22 established that an appropriate legislative act would identify the restricted authorisation provisions to be substituted by a “*notification of interested parties*”, without prejudice to the powers of control of the provincial Administration¹⁰.

This is the background to Law no. 241/1990, with which, for the first time in the Italian legal order, the notification of commencement of operation was defined and regulated – implementing the principles of cost-effectiveness and efficacy of the administrative action per Art. 1 – as a tool for simplifying the administrative process¹¹. This framework was suggested by the systematic placement of Art. 19, in paragraph IV, on the same level as tools such as the meeting of local stakeholders and, most of all, tacit approval.

Art. 19 of Law 241/1990, in its original formulation, defined notification of commencement of operation as the institution through which whoever wanted to start to exercise a private business – subject by law to a consent agreement – was required to notify the competent Administration. The latter would then proceed to verifying the existence of the necessary conditions and legal requirements and, as appropriate and with due provision, prohibit the continuation of the activity and impose the removal of the business owner’s belongings unless, whenever possible, he or she had been able to conform the business to the regulations in effect within a timeline established by the same authority.

As clearly provided for in Art. 19, these regulations did not have a general application: a subsequent guideline established in what cases the new discipline of

⁹ On this point we must turn to M. P. CHITI (ed.), *Diritto amministrativo europeo*, Milan, 2013 and G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell’amministrazione europea*, 2nd edition, Turin, 2013. For case law see, for example, CGE, 5 May 1998, C-180/96, *Regno Unito/Commissione*, in *Raccolta*, 1998, 2265; *idem*, 21 March 2000, C-6/99, *Greenpeace*, *ibid*, 2000, 1651. A recent in-depth analysis of the entire subject and its foundations in European law can be found in S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2013.

¹⁰ Cf. Provincial Law of Trentino 25 November 1988, no. 45, annulled by Provincial Law of Trentino 30 November 1992, no. 23, which, effectively reproducing Law 241/1990, inserted the abovementioned Art. 22 of Provincial Law 45/1988 in Art. 23 of the Trentino law on the procedure.

¹¹ Cf. Law 7 August 1990, no. 241.

notification of commencement of operation could be applied and what procedures were excluded from it¹². The result was a relatively short list of activities that were acceptable with a notification of commencement of operation and, for those that could only begin after a certain period of time had expired, this would vary from two weeks to as much as one year¹³.

At this point, it might be useful to make a few general considerations on the meaning of the 1990 law. Legal theory tends to consider it, on the one hand, as the intention to simplify the administrative burden and shorten the authorisation process, so as to further simplify the procedure by eliminating these obligations and by transferring to the private business owner the burden of preparing and acquiring all the necessary documentation¹⁴; in reality, this means increased accountability on the part of the private business owner with respect to a reduced public administration, which is at least in part deprived of its power of authorisation¹⁵. On the other hand, some scholars acknowledge that in this situation of unrestricted authorisation, positions of subjective rights will exist, rendering the intermediation of the administrative authority superfluous in guaranteeing the formation of the authorisation, assuming that the effect could be produced directly by the private party¹⁶.

Among the various attempts to simplify the procedure outlined in Law 241/1990, one cannot help noticing, as has been done before¹⁷, that the notification of commencement

¹² We are referring here to Presidential Decree 26 April 1992, no. 300, which among other things was supposed to indicate cases in which the activity could begin immediately after submission of the notification (notification of commencement of business with immediate effect), or after the expiry of a fixed term (notification of commencement of business with deferred effect) according to the complexity of the assessments by the public administration.

¹³ Cf. Royal Decree 4 May 1925, no. 653. In 1993 the provisions of Art. 19 were modified by Art. 2, clause 10, of Law 24 December 1993, no. 537, indicating activities to which the notification of commencement of business did not apply, whereas Art. 19 of Law 241 of 1990 became the general rule. At this point the distinction between notification of commencement of business with immediate effect and notification of commencement of business with deferred effect disappeared: the applicant could start their business immediately.

¹⁴ Cf. A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 del 1990 prima e dopo la legge 24 December 1993, no. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994, 23.

¹⁵ Cf. G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, op. cit., 3494; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Turin, 2000, 148. On the subject see also M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, op. cit., 250. On the concept of individual responsibility in creating a notice of commencement of operation, cf. in particular Council of State, Plenary meeting 29 July 2011, no. 15, as well as Italian Council of State, VI section, 9 February 2009, no. 717; V section, 15 April 2010, no. 2139; IV section, 13 May 2010, no. 2919.

¹⁶ Along these lines, cf. especially L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padua, 1996, especially 74 ff. – where the concept of subjective right subjected to restricted administrative assessment is introduced – and, with specific reference to the discipline of notice of commencement of operation, 103 ff. This reconstruction is based on the initial arguments by A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, 33.

¹⁷ Cf. G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, op. cit., 20.

of operation seems to have been rather effective, much more so than tacit approval as outlined in the subsequent Art. 20. While in cases regulated by this law the business owner's application involves adopting a provision, which at the end of a certain period of time is considered 'tacit', in the cases handled by Art. 19 what is missing is always the final act (and this reconstruction, as we shall see, was confirmed after the inclusion of the non-actionability of the notifications or certified notices)¹⁸.

This set up – which according to some legal theory is the consequence of Italy's membership of the EU and in particular of the principle of free circulation among the Member States of goods, people, services and capital¹⁹ – on an administrative level brings about the deregulation²⁰ that is typical of free-market competition. Basically, the most stringent actions of the Administration, such as authorisation and preliminary examinations, are replaced by blander ones which essentially amount to the obligation of the private party to notify the Administration: as has been effectively pointed out the system went from an authorisation managed by the local Administration to notification on behalf of the applicant, with the consequence of liberalising certain private businesses, which are legitimised based on the law and not on a broad-based administrative provisions²¹.

It is worth mentioning that the regulatory framework has changed a number of times: first in 2005, when the institution took the name of notification of commencement of operation (*'dichiarazione di inizio attività'*)²²; then four years later with Law no. 69 in 2009, which aimed to promote economic development and competition, following the 'Great Recession' that started in 2007 and the financial crisis that followed²³; and again in 2010, with the decree that implemented the *Bolkestein* Directive in Italy²⁴.

¹⁸ Cf. P. LIGNANI, *I tempi del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (ed.), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso. Legge 7 agosto 1990, n. 241*, 2nd edition, Naples, 1993, 46.

¹⁹ Cf. V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 65.

²⁰ The expression 'administrative deregulation' comes from E. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1991, 186.

²¹ Cf. G. CORSO, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2007, 281. The 'liberalisation of private business' is also mentioned by the Council of State in two pronouncements made at General Meetings (17 February 1987, no. 7, in *Foro italiano*, 1988, III, 22 and 6 February 1992, no. 27, *ibid.*, 1997, III, 200), whereas other legal theories, not denying the simplifying aim of Art. 19, do not consider real liberalisation necessary, provided that the model of notice of commencement of operation still, technically, involves the exercising of an administrative activity. On this point see also V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, *op cit.*, 65.

²² With the passing of Decree Law 14 March 2005, no. 35. On the subject see, among others, C. FACCHINI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Azienditalia*, 2011, 11, 5.

²³ Cf. Law 18 June 2009, n. 69. This regulatory act reintroduced notification of commencement of operation with immediate effect for notifications regarding facilities that produce goods and services or carry out services as

The law that converted the decree law containing the corrective measure for 2010, four months after the last modification, redesigned Art. 19 in the version known today as certified notice of commencement of operation (*‘segnalazione certificata di inizio attività’*)²⁵.

According to the emended law, all restricted acts of consent are replaced by a notice to which the applicant is required to attach all documents that in some way *certify* their request and allow the authority to make the necessary assessments (notifications in lieu of certifications, attestations, approvals, declarations of conformity, technical documents). All the activities described can commence on the date of submission of the notice²⁶, while the Administration maintains the power to prohibit continuation of the activity – within 60 days of receipt of the notice – and the power to revoke or annul the permit.

The context in which the 2010 reform came about is the increase in competitiveness by reducing the public sphere that manages the administrative authorisation procedures. The basic intention of lawmakers is to eliminate provisions so as to reduce the number of procedures and reallocate internal resources to other functions, empowering private individuals while at the same time burdening them with *prima facie* hidden costs. The solidity of the model is guaranteed by penal sanctions for whomever falsely declares or attests to the possession of the required prerequisites for conducting the business, with quite severe penalties (one to three years of prison).

Despite the strong impact of the last modification, many more innovations were added to the new notice of commencement of operation between 2010 and the end of 2014. These changes affected markedly procedural aspects regarding methods of submitting notices and attaching documents, the powers of internal review of the Administration (defined ‘hybrid’ or ‘atypical’ by some legal theorists)²⁷, building regulations and descriptions of the act of notifying and the role of third parties, all aspects that will be examined further on.

described in the so-called ‘Services Directive’ (Directive 2006/123/EC of the European Parliament and the Council, 12 December 2006, regarding services in the domestic market).

²⁴ Cf. Legislative Decree 26 March 2010, no. 59, which reintroduced the general distinction between notification of commencement of operation with deferred effect and the one with immediate effect.

²⁵ Cf. Law 30 July 2010, no. 122, which converted Decree Law 31 May 2010, no. 78. For a detailed analysis of the modifications to Art. 19 of Law no. 241 of 1990 see F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op. cit., 8.

²⁶ With the exclusion of cases in which the restrictions mentioned in 1 e 4-bis of Art. 19 apply.

²⁷ See F. LIGUORI, *Lo «Sblocca Italia» sbloccherà la s.c.i.a.?*, at www.giustamm.it.

At this stage, however, it is already important to at least mention how some of these recent regulatory changes were immediately challenged in the first instance at the Constitutional Court by various Regions and by both Autonomous Provinces for violation of regional competences and of the principle of fair cooperation between the State and the Regions²⁸; on the other hand, we cannot ignore how, despite numerous attempts to reform Art. 19 of the law on administrative activities, the institution in question still does not seem to have found a firm stand²⁹.

²⁸ This profile will be analysed in the subsequent paragraph, but it might be useful to detail here, even if only briefly, the direction of the Council board on the subject of notifications and certified notices of commencement of operation. There is ample case law on the subject. It shows first and foremost how the certified notice of commencement of operation is a continuation of the pre-existing notification of commencement of operation: if the latter was introduced into the Italian legislation with the aim of simplifying administrative procedures and lightening the burden of obligations on the private sector, then we can only deduce that this is also the context of the certified notice, *“equally aimed at simplifying procedures for permitting the exercise of activities that require monitoring”* on the part of public administration (Constitutional Court, 9 May 2014, no. 121, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 2118). After all, the current evolution of the entire administrative system is characterised by the *“increasing importance of the ‘principles of simplification’ in regulating certain types of procedures and in relation to specific interests that arise”*, as is the case in Art. 19 of Law 241/1990 (Constitutional Court, 27 July 2005, no. 336, in *Regioni*, 2006, 382). These principles of simplification, which the Italian legal order has known for a long time, are in turn a direct derivation from the EC (cf. Directive 2006/123/EC on services in the internal market) and should therefore be categorised among the fundamental principles of administrative action (see on this Constitutional Court 6 November 2009, no. 282, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 4377 and 9 November 2006, no. 364, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 3796). This is a specific provision *“at the start of the procedural phase that is structured according to a model of immediate legitimisation based on the principle of simplification of the administrative action and is aimed at facilitating business, while protecting the right of the applicant to a timely assessment by the competent Public Administration of the legal and factual prerequisites that can authorise the activity itself”* (Constitutional Court 121/2014).

²⁹ A 23 July 2014 draft law is currently being debated in the Chamber of Deputies (no. C.3098, since 12 May 2015) with which the Government is granted the authority to adopt a legislative decree for assessing precisely which procedures should be subject to notification of commencement of operation or tacit approval. The aim is to simplify the organisation of public administration through a reorganisation of state Administrations, a reform of management, the definition of ‘public scope’, a reconciliation of work-life balance and a simplification of administrative regulations and procedures. In particular see Art. 4 on the procedures subject to tacit approval within certified notices of commencement of operation, and the technical report at www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44709.htm. Part of the rulings contained in the abovementioned draft law, referring to the powers of internal review of public administration, were already captured in ‘act one’ of the so-called ‘*Riforma Madia*’, which debuted with the conversion of Decree Law 12 September 2014, no. 133, “*Unlock-Italy*”.

2. BUILDING REGULATIONS

After clarifying the general rule, we can now examine the role that it can play in building regulations³⁰. Again, it is worth giving a few brief details on the pre-existing legislation.

The historical predecessor is definitely Art. 26 of Law no. 47/1985, according to which certain work inside buildings was not subject to authorisation or granting provisions, which were replaced by a contract signed by a certified professional. The applicant was required to submit this to the Mayor at the start of work³¹.

Despite the provisions of Law no. 241 of 1990, it was not until 1995-96 that the notification of commencement of operation was codified in law for building regulations. During those years the Government issued, and soon after abrogated, a number of decree laws with the intention of simplifying building regulation procedures: notifications of commencement of operation were even considered in some cases an alternative to building permits or construction authorisations³².

It was Law no. 662 of 1996 that stabilised the regulation: work was now admissible through a notification of commencement of operation that previously would have required a building permit, as long as the notification was submitted to the Mayor within 20 days from the start of work³³.

³⁰ On the subject see, among others, G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, op. cit.; A. BIANCHI, *La denuncia di inizio attività in materia edilizia. Profili ricostruttivi dell'istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1998, 147; A. CASSATELLA, *L'attività edilizia*, in D. DE PRETIS, A. SIMONATI (ed.) *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, II edition, Turin, 2014, 55; D. CORLETTI, *La denuncia di inizio attività*, op. cit.; C. CUDIA, *La denuncia di attività edile fra modello generale e modello speciale: controindicazioni di una liberalizzazione apparente*, in *Diritto amministrativo*, 2003, 413; F. LIGUORI, *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, in M.A. SANDULLI (ed.), *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., 771; P. MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milan, 2005; R. MURRA, *La denuncia di inizio attività in materia edilizia*, in *Consiglio di Stato*, 2002, 317; G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, IV edition, Milan, 2010; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, S.c.i.a., in *Enciclopedia del diritto, libro dell'anno del diritto*, Rome, 2012, 269; P. STELLA RICHTER, *I titoli abilitativi in edilizia. Commento al T.U. in materia di edilizia in vigore dal 30/06/03*, Turin, 2003.

³¹ Cf. Law 28 February 1985, no. 47.

³² For an example of a notification of commencement of operation replacing a building authorisation, cf. Decree Law 27 March 1995, no. 88 (see Art. 4, clause 7); for an example of a notification of commencement of operation replacing a building permit, cf. Decree Law 24 January 1996, no. 30 (see Art. 9, clause 7). This episode brought about the famous ruling by Constitutional Court 17-24 October 1996, no. 360, in *Foro italiano*, 1996, 3269, on the reiteration of decree laws that are not converted by Parliament.

³³ The notification had to be accompanied by a report by a certified project manager, who took on the role of an individual performing a service of public necessity and on completion of the work was required to issue a certification (Art. 2, clause 60, Law 23 December 1996, no. 662). The breadth and importance of the tasks

Later, the Consolidated Law on Building in 2001³⁴, which came into effect the following year, abrogated the laws of 1985 and 1996. With the intention of establishing a consistent legislation, the decree also attempted to solve the issues of coordinating between the general model, as outlined in Art. 19, and the specific model for building regulations³⁵.

It is also important to note that, even before the Consolidated Law came into effect, the so-called '*Legge obiettivo*' (Target Law) from the same year³⁶ – aimed at establishing procedures and methods for financing large-scale work for the 2002-2013 period – and the following Legislative Decree 301/2002³⁷ substantially changed the nature of notifications of commencement of operation in construction³⁸.

We can now examine Art. 23 Consolidated Law, as modified by Legislative Decree 301/2002 and partially by subsequent legislation³⁹, which governs in detail the current legislation on notifications of commencement of operation in construction.

The notification must be presented to the municipal administrative office at least 30 days prior to the actual commencement of work, with attached a signed report by a

assigned to professionals have, according to some legal theorists, shifted the focus from the notification itself to the moment of approval and verification by an expert: e.g. G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, op. cit., 190. On this point, see also D. CORLETTI, *La denuncia di inizio attività*, op. cit.

³⁴ Cf. Presidential Decree 6 June 2001, no. 380.

³⁵ Since the notification of commencement of operation for construction was different to the general model as outlined in Art. 19, Law 241/1990, legal theory considered the two cases independent of each other: cf. G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, op. cit., 77. In its original wording, Consolidated Law 380/2001 distinguished between work that required a building permit (Art. 10), construction work requiring no further approval (Art. 6) and work that was subject to notification of commencement of operation (identified on a residual basis by Art. 22): the aim, as described by some legal theorists, was to favour simplification as much as possible, rejecting the notion that the notification of commencement of operation for construction was in any way exceptional. Cf. A. AULETTA, *Ancora su s.c.i.a. e tutela del terzo: le questioni irrisolte e soluzioni prospettate, in attesa della pronuncia della Plenaria*, at www.giustamm.it, 6. In reference to Art. 6 Consolidated Law, Decree Law 25 March 2010, no. 40, allows for free activities, as well as a series of operations that can be carried out via 'communication' of the commencement of work (usually abbreviated to 'cia' or 'cil' in Italian).

³⁶ Cf. Law 21 December 2001, no. 443.

³⁷ Cf. Legislative Decree 27 December 2002, no. 301.

³⁸ In addition to the 'simple' notification of commencement of operation for minor construction work, a 'super notification of commencement of operation' was introduced at first as an alternative to a building permit for larger building renovation work (as is still the case today in Art. 22, clause 3, Consolidated Law). After that, clause 4 of the abovementioned article 22 of the Consolidated Law allowed the "ordinary-statute" Regions to extend or reduce, via laws, the scope of application of regulations on work subject to notification of commencement of operation, to the extent that notification of commencement of operation and building permits could be considered essentially equivalent institutions. The best known example of this is certainly contained in Regional Law of Lombardy 11 March 2005, no. 12 (see in particular Art. 41). On the theses developed by legal theory on the possible unconstitutionality of the national legislation introduced in violation of Art. 117, clause 3, Constitution, cf. P. STELLA RICHTER, *I titoli abilitativi in edilizia. Commento al T.U. in materia di edilizia in vigore dal 30/06/03*, op. cit., 65; contra F. LIGUORI, *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, op. cit. 781. The Constitutional Court intervened on the matter, legitimising the legislation on the basis of the principle of town planning, as identified by the Council: cf. Constitutional Court, 1 October 2003, no. 303, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 5.

³⁹ Clauses 1-bis and 1-ter were introduced by Law 134/2012, op. cit., which also modified clauses 3 and 4, whereas the current version of clause 8 is the result of Budget Law 2005 (Law 30 December 2004, no. 311).

certified project manager. If the Administration, after 30 days, finds that the requirements have not been met, it issues the applicant an order to not carry out the work. Once said work has been completed, it must be assessed via a certificate issued by a professional.

The relationship between the general model, as outlined in Art. 19 Law 241/1990, and the ‘construction’ model of the Consolidated Law has continued to be the subject of some controversy, both in legal theory and in the case law, despite the effects of the Consolidated Law on building requirements and of two other major reforms.

The first reform, which was already mentioned in the previous paragraph and dates from 2005, when – with the aim of bringing these two disciplines closer together⁴⁰ – Art. 19 of Law no. 241 of 1990 was changed so that any declared activity could begin after 30 days from the notification, removing the provision that excluded building permits from the scope of application⁴¹. However, the limits between the two models were still evident: on the one hand the restricting powers, which in the notification of commencement of operation for construction consist of prohibiting commencement of work, whereas in the traditional notification of commencement of operation they could also prohibit the continuation of work that had already begun; on the other hand, the different terms for the commencement of operation or for issuing restricting provisions of the public administration. For these reasons there was a tendency to highlight the nature of *lex specialis* of the Consolidated Law and, consequently, that the notification of commencement of operation as described in Art. 19 was applicable in construction (as in other special sectors) only in the presence of regulatory gaps and as long as it was compatible with the specific legislation⁴².

The situation did not really change with the second reform in 2010⁴³, after which, while on the one hand the expressions ‘certified notice of commencement of operation’ and the Italian abbreviation ‘scia’ replaced ‘notification of commencement of operation’ and the

⁴⁰ Among others, see F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive Del rapporto pubblico-privato*, op. cit., 112.

⁴¹ Cf. Decree Law 35/2005 and Law 80/2005, both op cit.

⁴² Cf. F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op. cit., 113, which refers back to N. FILIPPI, *La nuova d.i.a. e gli incerti confini col silenzio assenso*, at www.giustamm.it; V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2006, 207. In the case law, among others: Regional Administrative Tribunal of Sicily, Catania, I section, 9 January 2008, no. 74, in *Foro amministrativo TAR*, 2008, 251; Regional Administrative Tribunal of Emilia-Romagna, II section, 2 October 2007, no. 2253, at www.giustizia-amministrativa.it; Regional Administrative Court of Tuscany, III section, 15 May 2007, no. 742, *ibid.*; Regional Administrative Court of Piedmont, I section, 19 April 2006, no. 1885, *ibid.*, 2006, 865; Regional Administrative Court of Abruzzo, 1 September 2005, no. 494, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, 2405.

⁴³ This refers to the conversion of Decree Law 78/2010 brought about by Law 122/2010, op. cit., in particular Art. 49, clauses 4-bis and 4-ter.

Italian abbreviation ‘dia’, on the other hand the new Art. 19, as it was replaced, introduces legislation that intentionally replaces the notification of commencement of operation (see Art. 4-ter, second sentence, Law 122/2010). This was based on the ruling that the new certified notice of commencement of operation adheres to the principle of fair competition in accordance with Art. 117, clause 2, lett. e), Constitution, and is an essential part of provisions concerning civil and social rights in accordance with lett. m) of the same clause (Art. 4-ter, first sentence).

Thus qualified, the certified notice of commencement of operation has returned within the scope of the exclusive legislative power of the State, raising more than a few doubts on its constitutionality, which was the subject of various preliminary appeals to the Constitutional Court⁴⁴.

The judge ruling on the constitutionality of the certified notice of commencement of operation, who had expressed himself on more than one occasion on the compatibility of the certified notice of commencement of operation with the residual legislative power of the Regions, in 2012 with two distinct rulings⁴⁵ and in 2014 with another⁴⁶, declared the objections raised in the appeals to be unfounded. First of all the Court acknowledged that construction is part of ‘land management’, which is the jurisdiction of parallel legislative powers and, consequently, it is up to the State to determine the fundamental principles, which include administrative simplification⁴⁷. Secondly, it is equally true that, according to the Council, what legitimises the State’s right to intervene is the need to determine

⁴⁴ The plaintiffs complained first of all about the violation of regional competences on the subject of industry, crafts, trade, healthcare and organisation of regional offices as described in Art. 117, clauses 3 and 4, Constitution; secondly about the violation of the principle of fair collaboration between State and Regions as described in Articles 5 and 120 Constitution; thirdly about the violation of Art. 121, clause 2, Constitution, since the lawmakers had changed or modified regional laws without waiting for the individual Regional Councils to adapt to the principles of the national sources; lastly about the violation of regional competences on the subject of ‘land management’ as described in Art. 117, clause 3, Constitution, since the lawmakers had outlined a detailed regulation, bypassing the Regions’ prerogatives on subjects of parallel legislative jurisdiction. Furthermore, the plaintiffs argued, the lawmakers’ appeal to fair competition and to minimum levels of provisions regarding civil and social rights, i.e. to issues that are exclusively of national jurisdiction, has no connection with construction.

⁴⁵ Respectively, Constitutional Court, 20 June 2012, no. 164, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 1765, in the rulings in Emilia-Romagna, Liguria, Apulia, Tuscany and Valle d’Aosta, and 20 July 2012, no. 203, *ibid.*, 2012, 2966, in the ruling by the Autonomous Province of Trento. On the subject see G.L. CONTI, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milan 2007 and C. LAMBERTI, *La SCIA tra liberalizzazione e semplificazione*, *op. cit.*, 11, whereas for the position of the administrative case law, see F. LIGUORI, *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, *op. cit.*, 784.

⁴⁶ Constitutional Court, 9 May 2014, no. 121, *op cit.*, in the proceedings brought by the Autonomous Region of Bolzano.

⁴⁷ On the subject see also Constitutional Court, 15 January 2010, no. 10, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 135.

fundamental levels of provisions concerning civil and social rights, which need to be guaranteed nationwide, so also in ‘special-statute’ Regions⁴⁸.

Legal theorists have generally leaned towards the non-applicability of the model to construction based on Art. 19, for at least three reasons. Firstly, due to the special nature of building regulations; secondly because these regulations are very detailed, as opposed to the summary remarks in Art. 19; lastly because the certified notice of commencement of operation refers to entrepreneurial, commercial and craftwork activities, without any explicit reference to construction⁴⁹.

As a consequence, the new wording of Art. 19 was applied to construction only with regard to procedures, terms for the commencement of operation and restricting/restorative powers, whereas for strictly construction-related aspects the reference source remained the Consolidated Law: this result was interpreted more as a sign of complication than simplification⁵⁰.

So the Government intervened that same year with a note from the Legislative Office of the Minister for Legislative Simplification in response to a question raised by the Region of Lombardy⁵¹. According to the document, the question on the applicability to construction of legislation on certified notice of commencement of operation “*can only have a positive response*” (p. 2)⁵².

⁴⁸ See judgement 164/2012. In other words, and to quote the same source again, what occurs is “*a concurrence of jurisdictions in which, in actual fact, the exclusive jurisdiction of the State prevails, since it is the only one that is able to allow the realisation of the abovementioned need*”. Consequently, Art. 117, clause 2, lett. m), Constitution, “*establishes necessarily uniform protections nationwide, a result which cannot be guaranteed by the Region, even if with a different degree of autonomy, whose legislative power is still restricted to the territorial jurisdiction of the authority (in whose legislative jurisdiction, moreover, there is no area attributable to the one outlined in Art. 117, second clause, letter m, Constitution)*” (judgement 203/2012), assuming that “*administrative activity can rise to the qualification of ‘provision’, of which the State has the authority to establish a basic level with regard to a specific right of individuals, companies, economic operators and private subjects in general*” (judgement 121/2014).

⁴⁹ Cf. P. AMOVILLI, *Le “complicazioni” in materia di semplificazione amministrativa. Brevi note in tema di segnalazione certificata di inizio attività (scia)*, at www.giustamm.it; W. GIULIETTI, *Il controverso impatto della L. n. 122 del 2010 sulla dia edilizia*, *ibid.*; contra E. BOSCOLO, *La segnalazione certificata di inizio attività: fra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, *op. cit.*, 580.

⁵⁰ Cf. F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, *op cit.*, 115.

⁵¹ Memo addressed to the Councillor for Land and Urban Planning of the Lombardy Region, no. 1340 from 16 September 2010, at www.sempliciazionenormativa.it.

⁵² And this is based, among other things, on the literal interpretation of Art. 49, co. 4-ter, Decree Law 78/2010, which established the replacement of notifications of commencement of operation with the certified notice model “*as needed*” and of preparatory work, according to which the new notification of commencement of operation for construction is also attributable to Art. 19 (cf. Act S.2228, at www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/dossier/35500_dossier.htm).

Yet the attitude of legal theory continued to be more or less sceptical about the possibility of the entire legislation around notifications of commencement of operation for construction being replaced by the certified notice model. In addition to the reasons already mentioned, it was argued that it was not possible to exclude from the scope of Art. 19 sectors governed by ‘notifications’, provided that the reform of 2010 was to do with ‘notices’; more specifically, if the judgement of the Ministerial Office formally stated the extension of the scope of application of the new norms to construction, the effect was basically limited to short-term legislation on commencing operation, excluding other elements of the legislation, such as for example the extension of certified notices of commencement of operation to building permits⁵³.

The controversial issue was resolved with the abovementioned *Decreto sviluppo* (Decree for Development) of 2011, which basically absorbed the Government approach as expressed in the abovementioned note, introducing into Art. 19 clause 6-bis, which on the one hand states that the deadline for the Administration to exercise its restricting/restorative powers is halved to 30 days and, on the other, the provisions regarding supervision of town planning and construction, responsibilities and sanction as defined by the Consolidated Law and regional laws remain intact⁵⁴.

The solution by lawmakers was not particularly well received by legal theorists. Beyond considerations on the usefulness (and indeed legitimacy) of inserting a law of authentic interpretation within the context of a decree of urgency – also preventing a Parliamentary debate, since the Government raised the question of confidence around the conversion law – what is most striking is the reduction of the period of time available to the Administration for the exercise of supervisory power. It was therefore easy to imagine that there would be many cases in which the authority, having failed to conclude the procedure in 30 days, would be forced to review internally, except for in cases of false or misleading statements or particularly serious damages such as those to artistic and cultural heritage, the environment, public safety and national defence⁵⁵. There also seems to be no cooperation with the norms of the Consolidated Law on the ‘simple’ notification of commencement of

⁵³ Cf. W. GIULIETTI, *Il controverso impatto della L. n. 122 del 2010 sulla dia edilizia*, *op. cit.*

⁵⁴ Cf. Art 5, clause 2, lett. b, no. 2), Decree Law 70/2011, converted from Law 106/2011, both *op. cit.*

⁵⁵ See clauses 3 and 4 of Art. 19, Law 241/1990. The case law has confirmed the illegitimacy of the injunctions issued by the Administration at the expiration of the deadline, per Art. 23, clause 6, Presidential Decree 380/2001, since the authority can, in such cases, only if reviewing internally (among others, Italian Council of State, VI section, 22 September 2014, no. 4780, at www.federalismi.it).

operation, which should be understood as being abrogated when replaced by a certified notice of commencement of operation, but they remain in effect for the aspects not affected by the new law of 2010-2011⁵⁶.

In this hotchpotch of laws and modifications⁵⁷, which, as we have seen, make interpretation difficult (and, as we will see, certainly do not make the judge's job any easier), a first true source of simplification, although relegated to the practical area, is the agreement 'Italia semplice' (Simple Italy) signed during the Unified Conference on 12 June 2014, which adopted a single model for building permit applications and the same for all certified notices of commencement of operation for construction⁵⁸. These forms, which if needed can be adapted to the specific requirements of the regional law, replace the more than 8,000 copies used until now and are also available online⁵⁹.

3. QUESTIONS ON THE LEGAL NATURE

Having reconstructed the normative evolution of the institution and examined the issues associated with its application specifically in construction, we must now focus on the question of its legal nature, for many years at the centre of a heated debate both in legal theory and in the case law⁶⁰.

⁵⁶ See F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op. cit., 121. Worth mentioning is the insertion, by means of the so-called 'Decreto del fare' (Action Decree, Decree Law 21 June 2013, no. 69), of Art. 23-bis Consolidated Law, which allows those applying for a notice of commencement to request all the approval deeds necessary for the activity before or at the same time as the notice.

⁵⁷ On the subject we need to look back to A. CASSATELLA, *L'attività edilizia*, op. cit., 55 and M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2013, 301.

⁵⁸ Agreement from 12 June 2014 between the Government, Regions and local authorities regarding the adoption of standard and simplified forms for applying for building permits and certified notices of commencement of building activities, in accordance with Art. 9, clause 2, lett. c) of Legislative Decree 28 August 1997, no. 281 (acts repository 67/CU).

⁵⁹ The online form can be found at www.magellanopa.it/semplificare/moduli/SCIA.html.

⁶⁰ For a detailed survey of legal theory prior to the recent modifications, see, among others: G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, op. cit.; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, op. cit.; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padua, 2001; G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge 241 del 1990*, op. cit.; M. FILIPPI, *La nuova d.i.a. e gli incerti confini con il silenzio assenso*, at www.giustamm.it, 2006; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo, Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, op. cit.; ID., *Dia (e silenzio assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Diritto amministrativo* 2006, 759; R. GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio assenso dopo la legge 80/2005*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 1374; F. LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio attività*, at www.giustamm.it, 2006; A. TRAVI, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amministrativo*, 1993, 601; ID., *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2002, 381. For a more detailed bibliography on the subject see E. ZAMPETTI,

It is important to highlight right from the start how Art. 6 of Deere Law 138/2011, which introduced clause 6-ter of Art. 19 of Law 241/1990, in stating clearly that “*certified notices of commencement of operation and notifications of commencement of operation are not tacit provisions that can be challenged directly*”, took a position within the debate, absorbing the dominant approach in administrative case law, consecrated by the Plenary Meeting of the Council of State in the well-known ruling no. 15/2011⁶¹.

Although there is currently no doubt as to the nature of certified notice of commencement of operation as a subjectively and objectively private act, it would still be useful to review, however briefly, the most important milestones in this debate, so as to appreciate the outcomes in terms of application that acceptance of one or the other thesis might have on an operational level.

Defining, on a substantial level, whether or not the notification of commencement of operation (and now the certified notice of commencement of operation) can be qualified merely as a simplified procedural form – which maintains intact its regulatory nature, albeit tacitly – or as a private-law act, an expression of a process of liberalisation of certain activities that are regulated in their legitimising prerequisites and methods of operation by the same law, is not just a theoretical question. This operation of legal qualification has some significant practical repercussions. First of all it conditions the identification of the legal nature of the position claimed against the public administration, both by the reporting agent and by a third party to the proceedings. Consequently, it affects the latter’s methods of protection if the Administration fails to exercise its prohibitive powers, aimed at preventing activities set up without or in violation of the legal requirements⁶².

Furthermore, the main issue that the notification/certified notice of commencement of operation raises, even before determining spaces for protecting third parties and

D.i.a. e s.c.i.a.. dopo l’adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale, in *Diritto amministrativo*, 2011, 811, note 1.

⁶¹ Italian Council of State, plenary hearing, 29 July 2011, no. 15, at www.giustamm.it, 2011, with a note by N. LONGOBARDI – W. GIULIETTI, *S.c.i.a.: un ventaglio di azioni si apre a tutela del terzo*; in *Foro italiano*, 2011, with a note by A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, 517 with a note by M.A. SANDULLI, *Brevi considerazioni a prima lettura di Adunanza plenaria n. 15 del 2011*; in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, with a note by R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, 193 with a note by L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell’art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, 215 ff.; in *Urbanistica e appalti*, 2011, with a note by C. LAMBERTI, *La Plenaria si pronuncia sulla d.i.a.*, 1196.

⁶² F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op cit. 133.

guaranteeing the principle of effective judicial protection, is the effectiveness of private-law theory itself⁶³.

As we shall see when we examine the various theses that developed, the trend in a lot of legal theory to categorise the certified notice of commencement of operation among tools of mere procedural simplification by linking it to the regulatory model is founded in the need to maintain intact the function of protection of public interest, making sure that the legislation of significant sectors of industry is not taken away from the sphere of public law⁶⁴.

It is no coincidence that for a long time the institution was equated, through legal fiction, to tacit approval and that even after leaning towards a private-law thesis, the administrative case law placed the protection of third parties firmly within the traditional annulment actions regarding the provision or omission thereof.

For a long time it was believed that the only way to guarantee an effective jurisdictional protection of the third party to the proceedings and ensure that significant industries were not excluded from public law and placed under the regulation of private law, in a logic of pure liberalisation, was to rebuild the institution in a public-law vein, so as to bring it back, in a forced way, into the regulatory framework⁶⁵.

According to the supporters of the public-law thesis, the notification of commencement of operation and now the certified notice of commencement of operation are situations in which permission is gradually granted and in which the public administration, after a private applicant has submitted their notice, 'acts' through its own inertia, failing to adopt an injunction against exercising the notified private business, thereby creating a tacit permit that basically authorises the activity from a subjective and objective administrative point of view⁶⁶.

⁶³ In this regard, see M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Diritto processuale amministrativo* 2012, 1, 329.

⁶⁴ E. SCOTTI, *Tra tipicità ed atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di adunanza plenaria 15/11)*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 765.

⁶⁵ A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, *op. cit.*, 15.

⁶⁶ For a detailed survey of the administrative case law in favour of the provisions-based thesis, see Italian Council of State, section V, 4 June 2004, no. 6910; section IV, 10 June 2003, no. 356; section V, 20 January 2003, no. 172; section IV, 22 March 2007, no. 1409; section VI 5, April 2007, no. 1550; 11 November 2008, no. 5811; 13 January 2010, no. 72; 8 March 2011, no. 1423; Regional Administrative Court of Veneto, section II, 20 June 2003, no. 3405; Regional Administrative Court of Lazio, Latina, 29 January 2007, no. 73; Regional Administrative Court of Lombardy, Brescia, 12 April 2002, no. 686 and 10 January 2009, no. 15; Regional Administrative Court of Lombardy, Milan, 17 October 2005, no. 3819; Regional Administrative Court of Campania, Naples, section IV, 12 January 2009, no. 68; Regional Administrative Court of Lazio, Rome, section II, 3 October 2008, no. 8750; Regional Administrative Court of Liguria, Genoa, 21 October 2009, no. 68; Regional Administrative Court of

The basic idea behind this theory is that the certified notice of commencement of operation is not a form for de-proceduralisation based on a choice to liberalise certain activities, taken away from the public-law authorisation regime and subjected to private law, but rather a mere tool of administrative simplification. As such, it does not eliminate the authorising power of public administration, nor does it change the legislation of the activity that is the subject of the notification, which is under public law, but it merely replaces the final measure expressed with an act of tacit approval by public administration, creating a significant silence that has authority, along the same lines as the institution of tacit approval, regulated by the subsequent article 20, Law 241/90⁶⁷.

Acceptance of this thesis has major consequences on both a substantive and procedural level.

From a substantive point of view the legal position of the applicant in relation to public administration is not a subjective right, but rather a legitimate interest that is aimed at securing a gain, since the exercise of the activity is subject to an act of assent, albeit silent, from the public administration; the subjective position of the third party to the proceedings that might be injured by the activity being notified, will be qualified, consequently, as a right to challenge the decision of a public entity⁶⁸. Also, according to this interpretation, the legitimisation of the exercise of the activity does not derive from the positive fact of its effective conformity with the law, but rather from the authorising tacit provision that is formed by the inertia of the public administration, following the usual pattern of 'rule-power-effect'.

A procedural corollary of this thesis is the statement according to which third parties that are injured by the tacit approval on the part of the Administration in the case of a submission of a notification or certified notice of commencement of operation are legitimised in reacting with the methods and timelines of standard appeal for the annulment of an administrative provision, in accordance with Art. 29 and 41 Administrative Procedure

Lazio, Rome, 3 October 2008, no. 8750. All the judgements mentioned can be found in *Foro amministrativo* and at www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁷ In legal theory, among the authors who subscribe to this theory see M. FILIPPI, *La nuova dia e gli incerti confini con il silenzio assenso*, at www.giustamm.it; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazione*, in *Diritto amministrativo* 1933, 55.

⁶⁸ In favour of interpreting the subjective legal position of the applicant in terms of the right to challenge the decision of a public entity, see A. ANDREANI, *Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 1994, 336; similarly, A. VACCA, *La natura giuridica della d.i.a. con particolare riguardo alla disciplina introdotta dall'art. 3, comma 1, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella L. 14 May 2005, n. 80*, in *Foro amministrativo*, Tar, 2006, 876.

Code, without having to start procedures for implied refusal.

Two requirements therefore go hand in hand: ensuring that the introduction of alternative regimes, such as the notification or certified notice of commencement of operation, does not diminish the scope of legal protection provided to third parties, resulting in a violation of the constitutional principle of effective protection; protecting the principle of legal certainty and legitimate expectation with regard to the applicant, by limiting any objections to the time limit on annulment.

Although motivated by this appreciable intention, the regulatory theory has nevertheless been the subject of some criticism, which has highlighted the dangers and, most of all, the fact that the hermeneutic operation that lies at its base cannot be shared.

It has been argued, first of all, that the thesis, which forces the institution into the area of public law, by resorting to a legal fiction that is not authorised by current regulations and giving meaning to mere inertia on the part of the public administration, in the absence of a legal requirement qualifying it, performs an unauthorised operation that goes well beyond the literal text of the law, betraying the same rationale that inspired the legislative choice⁶⁹.

The thesis has the evident limitation, first of all, of eliminating any substantial difference between the institution of notification/certified notice of commencement of operation and tacit approval, which lawmakers have proven to want to keep separate, regulating them in two distinct provisions that generate very different mechanisms with little to no overlap⁷⁰.

Moreover, by deriving the legitimisation to perform the activity not from its actual conformity with the law, but rather from the mere expiration of the deadline for issuing an injunction, as a result of an alleged tacit approval, there is the obvious risk that, if the third

⁶⁹ F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op cit. 140. M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, op cit., 348.

⁷⁰ The difference between the notification/certified notice of commencement of operation and the institution of silence is well outlined by A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, op cit. On the nature of tacit approval and the different situations that the certified notice of commencement generates, see also, among the many contributions to legal theory: G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge 241 del 1990*, op cit., 411. On the subject see also F.G. SCOCA *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milan, 1971; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milan, 1996; A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*; E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 4, 811. Also A. TRAVI, *La DIA e la tutela del terzo: tra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, Finally, F. TRIMARCHI BANFI, *Diritti, poteri e responsabilità nelle recenti riforme di alcuni procedimenti amministrativi*, in *Diritto pubblico*, 1999, 825.

party fails to appeal, the legitimising effect is established definitively, thereby effectively remedying a *contra legem* activity⁷¹.

Decisive with regard to the impracticability of this hermeneutic option is the modification to Art. 19 by Decree Law 78/2010, which – as mentioned above – by replacing the notification of commencement of operation with the certified notice of commencement of operation and by allowing the commencement of operation at the same time as the submission of the notice following the general model of notification of commencement of operation with immediate legitimacy, makes it inconceivable that a tacit approval could form following a protracted process⁷².

The majority position of the prevailing legal theory and of part of the case law has always argued against the regulatory and in favour of the private-law theory, which considers the certified notice of commencement of operation a subjectively and objectively private act⁷³.

This theory, based on claims against all the arguments in favour of the regulatory thesis, starts with the consideration that a private party that submits a notice draws its own legitimacy directly from the law, on the basis of a principle of personal accountability, without the need for any intervention by the authorising power of public administration, according to the alternative ‘rule-fact-effect’ pattern⁷⁴.

In other words, according to the supporters of the private-law thesis, the notification/certified notice of commencement of operation is not, at the same level as tacit approval, a form for procedural simplification, but rather a tool for liberalising certain activities, which have been removed from the authorising process and which private parties

⁷¹ F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op. cit., 137.

⁷² Along these lines, see Italian Council of State, plenary meeting, 29 July 2011, no. 15, according to which, “*Apart from the complex situation of tacit approval with retroactive effect or the even more debatable thesis according to which tacit approval occurs before the deadline for issuing an injunction, in such cases, the passing of time does not produce documentary evidence of consent but rather prohibits an injunction against a business that has already previously begun*”.

⁷³ For a detailed summary of the administrative case law in favour of the private-law thesis see: Council of State, section IV, 13 May 2010, n. 2919; section VI, 15 April 2010, no. 2139; 29 January 2004, no. 308; 4 September 2002, no. 4453, at www.giustizia-amministrativa.it; Regional Administrative Court of Campania, 10 June 2011, no. 3099; Regional Administrative Court of Calabria, 23 August 2010, no. 915; Regional Administrative Court of Lombardy, 23 October 2009, no. 4886; Regional Administrative Justice Court of Trento, 14 May 2008, no. 111; Regional Administrative Court of Liguria, 22 January 2003, no. 113; Regional Administrative Court of Marche, 6 December 2001, no. 1241. All rulings can be found in *Foro amministrativo* and at www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op. cit., 145. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padua, 1996; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 legge n. 241/1990 ed altri modelli di liberalizzazione*, op. cit.

can legitimately perform simply by virtue of possessing the necessary legal requirements and by prior notification to the public administration, but without the need to wait for any permit, explicit or tacit, to be issued⁷⁵.

There are evident consequences on a substantial and procedural level to adopting this alternative interpretation of the institution.

First of all there is a radical change in the legal consistency of the subjective positions upheld by the private applicant and the third party to the proceedings in relation to the public administration.

The private applicant, legitimised directly by the law in performing the activity subject to notification, as long as they are evidently in possession of the prescribed prerequisites, and not by an act of tacit or explicit approval by the public administration, will be the holder of a subjective right, or rather a subjective position of advantage immediately recognised by the legislation, which authorises them to directly pursue their interest, after merely establishing a relationship with the public administration by submitting the notice⁷⁶. At the same time they will also have an interest in opposing the rulings as a result of which the public administration, in exercising its own powers of injunction and self-regulation, might intervene in a negative way on the exercise of the activity. The third party injured by the notified activity will have a legal position that can be qualified as an interest aimed at securing a gain through the public administration's exercise of its supervisory powers according to law⁷⁷.

There is also a change in the legal nature of the inertia of the public administration with respect to the private initiative beyond the deadline allowed by law for exercising its power of injunction, which, according to the supporters of the private-law thesis, will never

⁷⁵ In the legal theory, among those in favour of this thesis are A. TRAVI, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992 n. 300*, op. cit. G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, op. cit.; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Naples, 2000; S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, 4, 1260; I. IMPASTATO, V. SANZO, *La natura giuridica della d.i.a. Tra tutela del terzo e potere di autotutela*, at www.giustamm.it, 2008, 3; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori e novità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2003, 3, 393. In this regard see also F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op. cit., 147, note 19.

⁷⁶ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, op. cit., 213 ff.; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 legge n. 241/1990 ed altri modelli di liberalizzazione*, op. cit.

⁷⁷ On this point see W. GIULIETTI, *Nuove norme in tema di dichiarazione di inizio attività, ovvero la continuità di un istituto in trasformazione*, at www.giustamm.it 2006; G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. I lineamenti essenziali del sistema*, Milan, 2010; in case law, among the most recent, Council of State, section IV, 13 May 2010, no. 2919; section V, 22 February 2007, no. 948, at www.giustizia-amministrativa.it.

constitute an act of tacit or implicit consent, with subrogation of a regulatory and authorisation power that is in fact inexistent in the case in point, but rather a behaviour lacking any typical legal meaning.

Hence the significant impact from a procedural point of view on the matter of the jurisdictional protection of third parties.

The next paragraph will look at this aspect in greater detail, but for now it is important to note how the lack of a provision, even a tacit one, makes the traditional action of expiring or annulling impracticable, thereby raising the issue of identifying tools for protecting third parties, which, according to some supporters of the private-law thesis, should be found in the action against silence or breach on the part of the Administration, currently regulated by articles 31 and 117 of the Administrative Procedure Code. There are still doubts around the nature of the power of the competent public administration to which third parties would be required to appeal: whether it be in the exercise of powers of injunction, albeit subject to a short deadline and that might already have been used up after the relative action was propositioned; or sanctionary and repressive powers that are provided in a non-generalised way and do not always result in the adoption of restorative measures, with limited satisfaction for third parties; or residual powers of self-regulation that are limited to the discretionary nature described in Articles 21-*quinquies* and 21-*nonies* requiring the existence of a public interest that goes beyond the mere restoration of legality⁷⁸.

Beside these two opposing theories, there is also a third reconstructive approach that qualifies the notification/certified notice of commencement of operation as an act of self-administration that integrates the private exercise of public functions, as an expression of the constitutional principle of subsidiarity, the so-called “notification of commencement of operation in an administrative form”.

According to this interpretation, the legitimacy of the private party’s exercise of the notified activity does not derive from an act of tacit approval on behalf of the public administration, or directly from the law, but from the concurrence of two elements. The legal situation that arises after the expiration of the deadline for issuing an injunction is qualified as silence or breach, which has no decisive function insofar as it is a mere behaviour that confirms that

⁷⁸ F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op. cit., 197.

the assessment has been performed. In this view the notification of commencement of operation is an act in the general interest performed by the third party, which operates on the grounds of private autonomy and not as an auxiliary to or substitute of the administrative apparatus, so their input ends up seeming alternative to and substituting the Administration's⁷⁹.

On a procedural level supporters of this thesis consider the only tool for protecting third parties damaged by the activity, an independent action of negative assessment aimed at obtaining a ruling with which an administrative judge verifies the lack of prerequisites attested to in the notice of commencement of operation and declares that the silence/breach by the public administration is illegitimate and reasonable subjective expectations are non-existent. Consequently, the compliance effect of this ruling generates the obligation for the public administration to remove the effects previously produced by the certified notice of commencement of operation⁸⁰.

The main argument against this hermeneutic approach, apart from the difficulty of imagining a hybrid figure that is born private and becomes public after the deadline has expired⁸¹, is contained in the new provisions on the immediate start of activities by the

⁷⁹ This is basically a hybrid act that is born private but becomes public as a result of the expiration of the deadline and the silence on the part of the public administration. In favour of this reconstruction are P. DURET, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, Padua, 2004, 189; F. GAFFURI, *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del controinteressato dopo le riforme del 2005 alla l. 241/90*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2008, 244; G. PASTORI, A. ROMANO, *Aspetti problematici del regime di talune attività private previsto dall'art. 19 della l. 241 del 1990*, in *Camera dei deputati, Atti parlamentari X Legislatura*, 429; G. GRASSO, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, at www.giustamm.it, 2011; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. VIRGA*, II, Milan, 1994, 1303. Opposed to this interpretation are G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241/1990*, op. cit.; ID., *L'autoamministrazione dei privati*, op. cit., 139. Opposed to this thesis is A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, op. cit.

⁸⁰ Protection of third parties in the forms of assessment is supported in case law by Regional Administrative Tribunal of Liguria, section I, 22 January 2003, no. 113 and Council of State, section VI, 9 March 2009, no. 717 with notes by E. SCOTTI, *Denuncia di attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela?*, in *Foro amministrativo*, 2009, 488; S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, op. cit.; A. LUPO, *Denuncia di inizio di attività in edilizia e tutela giurisdizionale delle posizioni di controinteresse: il Consiglio di Stato ammette l'esperibilità dell'azione di accertamento (atipica)*, in *Foro amministrativo*, 2009, 1567; F.F. GUZZI, *Dichiarazione di inizio di attività ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2009, 425; G. MANNUCCI, *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela nel modello della d.i.a.*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 1079; O. FORLENZA, *In assenza di un potere conformativo della PA l'istanza andrebbe proposta al giudice ordinario. Il terzo può esperire un'azione di accertamento per provare l'assenza dei presupposti della DIA*, in *Guida al diritto*, 2009, 477; M. MATTIUZZI *Dia edilizia, tutela del terzo e ammissibilità dell'azione di accertamento autonomo nel giudizio amministrativo*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 2010, 10.

⁸¹ Council of State, section VI, 9 February 2009, no. 717, at www.giustizia-amministrativa.it, according to which a very understandable concern for ensuring the effectiveness of jurisdictional protection for third parties "cannot end up distorting the nature of the institution, by transforming what is a private declaration into an act of the

applicant, even before the deadline for performing an assessment has expired⁸².

Another obstacle to the reconstruction of the certified notice of commencement of operation as an act of private exercise of administrative power would be the regulatory recognition of a power of injunction that is qualitatively distinct from and predates the power of self-regulation, to be exercised downstream without a need to remove the certified notice of commencement of operation.

The three theses examined – the public-law one, the pure private-law one and the median one of self-administration – even in the different interpretations of the institution, all share in common the denial that the notification of commencement of business results in an actual phenomenon of administrative substitution: the first one because it denies the notification of commencement of operation any legitimising effect, which it considers belonging only to the act of tacit approval by the administration; the second because it considers the notification of commencement of operation an act of bestowal of a right; the third because, while promoting citizens' input into the protection of common interest, it considers it an alternative to and not a substitution of an intervention by the Administration⁸³.

The current debate on determining the legal nature of the certified notice of commencement of operation seems to have found a definitive framework through the contribution of the Council of State as well as the legislative confirmation of the conclusions of the abovementioned clause 6-ter of Art. 19 of Law no. 241/90.

In particular, the Plenary Meeting of the Council of State, with the abovementioned ruling no. 15/2011, in criticising the theses of tacit approval and of the certified notice of commencement of operation in administrative form, on the basis of all the arguments mentioned, basically followed the private-law thesis, qualifying the institution as a subjectively and objectively private act, which legitimises the applicant's performance of an activity. In the reconstruction by the Plenary Meeting, the institute operates with a logic of liberalisation that subrogates altogether the prior act of consent by the Administration, but at the same time it does not place the activity outside the administrative order, given the availability *ex post* of administrative powers, either within a

administration or into a hybrid case that is born private and becomes public as a result of the expiration of the deadline and of the silence of the administration”.

⁸² In this regard, see F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op. cit. 153.

⁸³ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, op. cit., 257.

deadline (injunction powers) or after it (the residual power of self-regulation)⁸⁴.

In full accordance with the conclusions of the Plenary Meeting, at least from a substantive point of view, for the first time lawmakers contributed to clarifying the legal nature of the certified notice of commencement of operation, expressly ruling out that it constitutes a tacit provision that can be directly challenged and that its submission can result in a protracted process that legitimises the qualification of the silence on the part of the Administration as tacit approval.

4. TOOLS FOR PROTECTING THIRD PARTIES

At present it is possible to argue that there is clarity around the correct framing of the legal nature of the certified notice of commencement of operation as an objectively and subjectively private act, as well as around the scope of the tool as an expression of a policy of liberalisation of certain private activities (although it is a moderate liberalisation, without detracting from the public-law order, but rather replacing the *ex ante* exercise of an authorising power with an *ex post* supervisory/restrictive one).

The same cannot be said, however, of the issue of identifying tools of legal protection available to third parties injured by the exercise of the private activity that was the subject of the notice.

This issue continues to be at the centre of a heated debate in both legal theory and case law, especially after the abovementioned Decree Law 138/2011.

By taking a position on the issue, lawmakers on the one hand seem to have contradicted the entire system of third-party protection designed by the Plenary Meeting – significantly reducing its scope – while on the other hand leaving open the existing debate on the nature of the administrative powers to which third parties are entitled to appeal before proposing the only procedural recourse they are currently allowed – the action against silence and breach⁸⁵.

⁸⁴ In legal theory, in favour of the concept of notification of commencement of operation as an expression of only partial liberalisation, see M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 181.

⁸⁵ For an initial comparison of the opposing positions, see F. BOTTEON, *La scia dopo il d.l. 13 agosto 2011 n. 138: il legislatore contro l'Adunanza Plenaria in tema di tutela del terzo*, at *Lexitalia.it*, no. 7-8/2011; C.E. GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente*, at www.giustamm.it, 2011; R. GISONDI, *Il regime della tutela dei terzi contro la s.c.i.a. dopo la*

After an effective survey of the issue, it seems necessary to clarify who is the third party whose position is referred to, taking into account that the situation that arises after submission of a commencement of operation is part of the so-called ‘multipolar relationships’, which, while only being addressed to the submitter of the claim, in reality reflect a regulatory framework that includes other subjects whose interests are the object of the administrative action, although no legal relationship is established between them⁸⁶.

The term ‘third party’ refers to the subject who, although external to the relationship that is established between the Administration and the recipient of the provision, and to the subsequent administrative relationship, is nevertheless the holder of a qualified interest, which cannot be explained as a mere reflection of the situation of the applicant that is taken into account by the law, since the norm, in regulating the exercise of a certain activity and in establishing its legitimate assumptions, entitles them to ask for protection against the failure to observe the rules themselves. And they are legitimised both when requesting a restrictive order from the Public Administration, and when activating legal protection in the case of disputes over the exercise of administrative powers set in place to protect the established rules⁸⁷.

It is however obvious how going beyond the traditional public-law thesis and abandoning the conception of the certified notice of commencement of operation as an act of tacit approval have raised doubts around the identification of the tools of protection available to third parties in the case of damaging activities started in the absence of legal requirements or in opposition to them.

The solution of the Plenary Meeting was to offer a very well structured and complete system of third-party protection, which however was not exempt from criticism and doubts, since, although starting from the private-law nature of the notification of commencement of operation, ruling no. 15/2011 reconstructed third-party protection as an action of annulment of the denial of the exercise of the power of injunction that would

manovra di August 2011 ed il decreto correttivo del codice del processo amministrativo: un'interpretazione costituzionalmente orientata per evitare il deficit di effettività, at www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁶ On the concept of multipolarity and the notion of certified notification of commencement of operation, see F. TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 25.

⁸⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, op. cit., 30. See also F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, op cit., 172 e M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, op cit., 352.

implicitly form once the law had expired⁸⁸.

In other words, the Plenary Meeting ascribed to the thesis supported by some legal theory according to which the inertia of the Administration following the submission of the certified notice of commencement of operation, beyond the expiration of the deadline for the exercise of the powers of injunction, had the effect of a significant silence, even in the absence of an explicit regulation that qualified it that way, establishing itself as a tacit provision of denial of the exercise of those powers⁸⁹.

The acceptance of this thesis had significant consequences on a procedural level in terms of protection of the third-party, who, after the expiration of the mandatory deadline for exercising powers of injunction, could have resorted to the traditional action of annulment, invoking silent refusal, which formed as a consequence of inertia on the part of the Administration, in the ordinary time limit starting from the full acknowledgement of the adoption of the damaging act, as well as complementing it, the action of public-law condemnation (so-called 'action of fulfilment') aimed at obtaining a ruling that would impose on the Administration the adoption of the denied injunction⁹⁰.

With regard to the areas of protection available to third parties in the period of time prior to the deadline for exercising powers of injunction, made necessary by the

⁸⁸ Opposed to the thesis of the Plenary Meeting regarding the qualification of inertia on behalf of the public administration as silent refusal, among others, L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, op. cit., 233; A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro italiano*, 2011, III, 591; E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, op cit., 794.

⁸⁹ We are referring to the thesis by G. GRECO, *La Scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza plenaria: ma perché dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, at www.giustamm.it.

⁹⁰ Even before the measure, recourse to an action of fulfilment in the administrative process was already admitted by a judicial decision of the Plenary Meeting of the Council of State with ruling no. 3 of 23 March 2011, at www.giustizia-amministrativa.it, and confirmed in the subsequent ruling 15/2011; on the subject of certified notice of commencement of operation in legal theory in favour of exercising this action even before it was codified into law, see L. TORCHIA, *Condanna e adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, no. 1187 ff.; A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amministrativo*, Tar, 2011, 1499; D. VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 714; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, at www.giustizia-amministrativa.it; R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, at www.giustizia-amministrativa.it; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (ed.), *Il nuovo processo amministrativo*, Turin, 2011, 573; A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Turin, 2012. Opposed to the admissibility of a condemnatory action, in the procedural framework prior to the second corrective, see A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi amministrativi di Varenna del 23-25 settembre 2010*, Milan, 2010, 75. In general, for a discussion of the subject, see comments by M. CLARICH, C.E. GALLO, E. FOLLIERI, F. MERUSI, G. VERDE, A. ROMANO TASSONE, S. MENCHINI, B. SASSANI, L. DI MARCO, in *Guida al diritto, Dossier*, 2011, 82.

generalisation of the model of notification of commencement of operation with immediate legitimacy, the Plenary Meeting allowed recourse to an atypical assessment, the legal foundation of which is found in Art. 34, clause 2, Administrative Procedure Code. This action is aimed at obtaining, over the course of the judgement and up until the expiration of the deadline for adopting powers of injunction, the necessary cautionary measures for preventing that, pending the definition of the judgement, the exercise of the notified activities might cause irreparable damages to third parties. After the deadline, if the public administration does not adopt any prohibition measures, the action is instrumental in obtaining a ruling that confirms the existence or not of prerequisites for adopting rightful prohibition provisions, with subsequent automatic conversion of the original assessment action into a request for appeal to the provision, without the need for proposition of additional motives⁹¹.

It has been widely shown that, basically, the solution proposed by the Plenary Meeting relativised, if not indeed went beyond, the strict time constraint of the deadline for verification, in contrast to the regulatory fact and established an atypical type of protection, granted by the prior assessment of the illegal exercise of activities on behalf of the applicant, although disguised in the action of tacit annulment of denial of the injunction⁹².

This framework was completely subverted by the subsequent measure carried out by lawmakers, who, within a few weeks of the ruling of the Plenary Meeting, issued the already mentioned Decree Law 13 August 2011, adding to the original text of Art. 19 of Law 241/90 clause 6-ter and including, as the only form of third-party protection, recourse to action against silence or breach, per Art. 31 Administrative Procedure Code, which

⁹¹ On the question of the practicability of an atypical action of assessment even before the measure established by the Plenary Meeting, see, among others, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel processo amministrativo*, Milan, 1980; E. CASETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento del giudice amministrativo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1952, 146; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padua 1989; P. STELLA RICHTER, *Per l'introduzione all'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di Giannini*, Milan, 1988, I, 1 ff.; R. GISONDI, *D.i.a. ed accertamento autonomo: il Consiglio di Stato separa l'interesse legittimo dal potere: nota a margine* Council of State, 9 February 2009, 717, at www.giustamm.it, 2009; A. FORMICA, *Dia e accertamento nel processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 5/2009, 573. In case law, opposing the admissibility of the action of mere assessment in the presence of authoritative acts, limiting its use to the protection of subjective rights on the basis of exclusive jurisdiction, see Council of State, section V, 6 October 1999, no. 1343 and section VI, 20 October 1998, no. 1399 at www.giustizia-amministrativa.it. For general recourse to such action, see Council of State, 9 February 2009, no. 717 in *Urbanistica e appalti*, 5/2009, with a note by A. FORMICA, *op cit.* and at www.giustamm.it, with a note by R. GISONDI, *D.i.a. ed accertamento autonomo: il Consiglio di Stato separa l'interesse legittimo dal potere: nota a margine Cons. Stato*, 9 febbraio 2009, 717, *op cit.*

⁹² E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, *op cit.*, 794.

comes about in the light of a submission of a claim aimed at requesting ‘verifications’ by public administration⁹³.

Welcomed favourably due to its definitive positioning with regard to the legal nature of the certified notice of commencement of operation as a private act, the regulatory thesis, however, has failed to start a new debate in legal theory, after raising many questions.

First of all the regulation places on the third party the onus of activating a procedure by submitting a claim that is indisputably considered by case law to be a prerequisite of admissibility of the action of silence or breach on the part of the public administration and, therefore, an indispensable condition for access to jurisdictional protection⁹⁴. It has been objected that, as in all situations in which a private claim is not a requirement for adopting the act, this amounts to forcing the applicant to start a procedure in a wholly artificial manner, only to see the deadline expire without a result, almost as a surreptitious replay of the institution of notice to comply⁹⁵.

As has also been pointed out, this regulatory innovation reopens the question of areas of third-party protection, insofar as it triggers the recourse to silence-breach, traditionally conceived for the non-exercise of extensive powers, which do not expire at the end of the deadline, in a case in which there are powers of injunction and restorative powers that are subject to a time limit and so must be exercised before it expires⁹⁶.

⁹³ Claus 6-ter of Art. 19 Law 241/90 is as follows: “*The certified notice of commencement of operation and the notification of commencement of operation are not tacit provisions that can be challenged directly. Claimants can request assessments by the administration and, in the event of inertia on its part, avail themselves exclusively of the action detailed in Art. 31, clause 1, 2 and 3, Administrative Procedure Code*”. For a comment on the regulatory change: G.P. CIRILLO, *L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo*, at www.giustizia-amministrativa.it; G. GRECO, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 651.

⁹⁴ On the consequences of the failure by the third party to submit a claim, see Council of State, section IV, 4 February 2013, no. 500, at www.giustizia-amministrativa.it, according to which the absence of a claim is in itself a sufficient element on which to base the inadmissibility of the appeal; along the same lines is Regional Administrative Justice Court of Trento, 24 October 2013, no. 346, at www.giustizia-amministrativa.it. Regarding the minimum requirements that the claim must possess in order to be a suitable foundation for an obligation to provide and set up a legally significant silence, see Regional Administrative Tribunal of Lombardy, section II, 12 April 2012, no. 1075 at www.giustizia-amministrativa.it. On the non-retroactive nature of the regulation and its non-applicability to pending judgements, see Council of State, 3 October 2014, no. 4962, at www.giustizia-amministrativa.it, which considers the ruling in clause 6-ter of Art. 19 Law 241/90 an ‘innovative’ and not merely interpretative, regulation of a ‘substantive’ rather than procedural nature.

⁹⁵ See M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento*, S.c.i.a. (voce), in *Enciclopedia del diritto, Libro dell'anno del diritto*, 2012, *op. cit.*; similarly, although on a different issue, A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Diritto processuale amministrativo* 2013, 2 447.

⁹⁶ G. GRECO, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90)*, *op. cit.* 646; M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, *op. cit.* 342. On the specific nature of the rite of silence as

There is still much debate around how to determine the types of assessments that third parties can perform with particular reference to the nature of administrative powers to which they are authorised to appeal from the public administration when presenting a claim that might generate silence or breach.

According to the likely majority opinion in case law, which is supported by some of the legal theory, a third party cannot request the exercise of powers of injunction, once their period of use has expired, since these are exhausted powers by which the claim could never obligate the public administration to act. The only power to which a third party can appeal is self-regulation, which, according to many, must be exercised in accordance with the parameters described in Articles 21-*quinquies* and 21-*nonies* Law 241/90 (existence of reasons of public interest, reasonable term, weighting of the interests of the recipients and other parties)⁹⁷, without prejudice, in the case of false declarations by the private party, to the possibility of requesting the adoption of a sanctionary power per Art. 21, clause 1, which, by its very nature, can never possess traits of discretionary power⁹⁸.

Significant on this point will be the reform proposals aimed at restricting the powers of self-regulation of the Public Administration on the subject of *ex officio* withdrawal and annulment, as described in Draft Law no. 1577 of 23 July 2014 which, in Art. 5, limits – in more detail than the regulations currently in force – the Public Administration's ability to intervene with self-regulation⁹⁹.

With specific reference to the exercise of these powers with regard to the certified

described in Art. 19 of Law 241/90, see Regional Administrative Tribunal of Veneto, section II, 5 March 2012, no. 298, at www.giustizia-amministrativa.it. For a reconstruction of the position of administrative case law in the light of the latest regulatory modification of Art. 19 Law 241/90 see A. DI MARIO, *Dia e scia e tutela dei terzi*, in *Giurisprudenza italiana*, April 2014, 1013.

⁹⁷ The administrative case law has recently come out in favour of the public administration, after the expiration of the 60-day deadline for exercising powers of injunction, only being able to exercise powers of self-regulation and of applying to these powers all the limits that are normally imposed on it. On the subject see Regional Administrative Court of Lazio, section II-*quater*, 8 January 2015, no. 192, at www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁸ Regional Administrative Court of Tuscany, section II, 24 August 2010, no. 4882; Regional Administrative Court of Lazio, section II, 2 February 2010, 1408; Regional Administrative Court of Emilia Romagna, section II, 2 October 2007, no. 2253 at www.giustizia-amministrativa.it; more recently Regional Administrative Court of Abruzzo, 11 September 2014, no. 661; Council of State, section IV, 4 February 2014, no. 500, at www.giustizia-amministrativa.it. The question of the scope of the Administration's power of self-regulation on request by private parties was recently discussed by Council of State, section IV, 6 December 2013, no. 5822, at www.giustizia-amministrativa.it. In the legal theory in favour of the thesis that limits third-party requests for self-regulation, see M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 176.

⁹⁹ In general and not only in reference to the issue under examination, the regulation is supposed to limit the ability to withdraw provisions due to a change in circumstances only to cases in which the change was not foreseeable at the time the provision was adopted and, for authorisation and funding provisions, it excludes withdrawals based on a new evaluation of the public interest; it also imposes a time limit on the possibility of *ex officio* annulment, except for cases of violation of regulations on the procedure or form of the acts whenever, due to the restricting nature of the provision, it is clear that the regulatory content could not be different to the one actually adopted.

notice of commencement of operation, these restrictive measures have, in part, already been applied through the abovementioned Law 164/2014, which, in modifying clause 3 of Art. 19 of Law 241/90, seems to have limited the Administration's ability to intervene with self-regulation on an existing certified notice of commencement of operation, after the expiration of the deadline for exercising powers of injunction, only to protect the specific interest listed in clause 4 (cultural and artistic heritage, environment, health, public safety, national defence)¹⁰⁰.

In other words, according to the earliest and most widely recognised interpretations of this recent regulatory action, the power of self-regulation validates the general power of injunction even after the deadline has passed, but only for protecting so-called 'sensitive interests'.

With reference again to the majority opinion, and with regard to the powers to which a third party can appeal, it is still debatable – aside from the issue of the scope of the powers of self-regulation that can be exercised in the context of certified notice of commencement of operation – whether the court seised must rule only on the mere obligation to act, since it is a form of control on the exercise of discretionary power, without extending the judgement to the merits of the question, or if it can replace the Administration by establishing that a certain action would have had to be prohibited¹⁰¹.

According to an opposing reconstruction, which does not consider the legislative ruling to be in antithesis with the conclusions of the Plenary Meeting, the regulation limits a third party to requesting to exercise rightful powers of injunction, although already exhausted after the expiration of the deadline. In this perspective, the judgement on silence has undergone a true metamorphosis, going from the assessment on powers illegitimately not exercised yet persistent to an assessment on a power that has been exercised but not exhausted, activating that power as of now, by order of a judge. This is basically an assessment ruling with retroactive effect, which can remove the obstacle of the exhausted

¹⁰⁰ For an initial review of the scope and possible effects of the "sblocca Italia" decree on the subject of certified notifications of commencement of operation, see

A. AULETTA, *Le modifiche alla s.c.i.a. introdotte dal decreto "sblocca Italia": verso la soluzione dell'enigma del richiamo all'autotutela? Qualche spunto riflessivo*, op. cit. and V. LIGUORI, *Lo "sblocca Italia" sbloccherà la s.c.i.a.?*, op. cit.

¹⁰¹ On the atypical and restricted nature of self-regulation as described in Art. 19, see Council of State, IV, no. 4309/2014 at www.giustizia-amministrativa.it. In the legal theory, see L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, op cit., 215, A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, op cit., 517.

power by a judge's order to the public administration to submit a provision that it should have adopted during the course of the procedure of certified notice of commencement of operation¹⁰².

Of a different opinion is that part of legal theory that maintains that after the passing of this regulation, the areas for third-party protection have been greatly reduced, raising doubts and concerns around the unconstitutionality of the new regulation. It is argued that the claim that can cause a silence-breach cannot have as object the exercise of powers of injunction since, before the deadline has expired, no breach is discernible, whereas afterwards the power in question ceases to exist. At the same time, however, there is a rejection of the idea that the same claim can involve only powers of self-regulation, assuming that, by their own discretionary nature, from which the immunity of the condition derives, and due to the strict limits to which they are considered to be subject even in the area of certified notice of commencement of operation, since the interest in restoring legality is not sufficient, the request to exercise them can never satisfy the conditions of the third party. It is argued that the claim is aimed at allowing the third party to activate repressive-restorative powers as described in Art. 21, clause 2, Law 241/90, given the multipolar nature of the relationship that emerges after submission of the certified notice of commencement of operation, as well as the independent consistency of the third party's legal position, which cannot be explained as a mere reflection of the applicant's situation¹⁰³.

In this view, the entitlement generated by the Administration's conduct creates an obligation only in its relationship with the applicant, prohibiting it from activating *ex officio* its own powers of injunction after the deadline has expired, but has no effect on the third party, who remains entitled to activate the sanctionary powers of the public administration. While the public administration is not legitimised in adopting *ex officio* repressive-restorative provisions after the deadline for exercising powers of injunction have expired, this legitimisation does exist when the exercise of these powers is requested by the third party, which has the right to demand the implementation of the current regulatory

¹⁰² For this reconstruction, in the legal theory, G. GRECO, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90)*, op. cit. In case law, in favour of the actionability of the powers of injunction even beyond the deadline, see Regional Administrative Tribunal Lecce, section III, 18 September 2013, no. 1937, and Council of State, section IV, 6 December 2013, no. 5822 at www.giustizia-amministrativa.it. In opposition, F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione. Lo strano caso della d.i.a.- s.c.i.a.*, at www.giustamm.it, 2014.

¹⁰³ In favour of this interpretation is F. TRIMARCHI BANFI, *Diritti, poteri e responsabilità nelle recenti riforme di alcuni procedimenti amministrativi*, op. cit., 49. Opposed is A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, op. cit.

framework, which includes the interest of the third party itself. Basically, this thesis tends to consider the repressive-sanctionary powers outlined in Art. 21, clause 2, Law 241/90 as restricted laws that do not have statutory limitations, since they are designed to oppose a permanent administrative fault independently of limits and discretionary nature of the powers of self-regulation¹⁰⁴.

There are also more extreme positions that argue that after the power of injunction has been exhausted, third-party protection is placed exclusively within the context of civil-law guarantees of the rights in a dispute between private parties, before an ordinary court and therefore recognised only in subordination to the possession of a subjective right¹⁰⁵.

5. CONCLUSIONS

If it is true, as has been written¹⁰⁶, that ‘administrative liberalisation’ means to eliminate or remove the administrative obstacles that get in the way of conducting private activities, it is undeniable that the model of notification of commencement of operation is very close to administrative simplification, which, as mentioned, is one of the main aims of the original introduction of Art. 19, despite the fact the numerous reforms mentioned have tried, and very often succeeded, in making the discipline more and more complicated¹⁰⁷.

There are many corollaries to this thesis.

One might argue, for example, as has been noted in the previous paragraphs, that the notification and notice of commencement of operation are nothing more than measures put in place by private parties as substitutes to the act of consent by the Administration, and which are undoubtedly aimed at protecting a private interest, but which “*the objective dynamic of the procedure forces to take on significant traits for achieving the public*

¹⁰⁴ Along these lines see also M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, op cit., 351; G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l’art. 19 della legge n. 241/1990*, op cit., 450.

¹⁰⁵ Cf. E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, op cit., 247. Along these lines see also A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, op cit., 519.

¹⁰⁶ Cf. G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, op cit., 3492, for whom in administrative liberalisation, as noted, the degree of freedom obtained by the private individual depends on a mitigation of the conditions on conducting business imposed by the authority (*ibid*, 3493).

¹⁰⁷ As noted, it would be mistaken to qualify liberalisation as a tool of simplification: “*the private business owner aspires to liberalisation not because it simplifies the administrative action, but rather (...) because it reduces his obligations and thereby makes him freer*”. In other words, simplification is referred to as a means of liberalisation, and not vice versa. Similarly, G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, op cit., 3494.

interest”, equal to or present at the same time as the private interest¹⁰⁸. In so doing, the interested party, far from adopting the point of view of the authority that protects the public interest, takes precautions against the possibility of inertia on the part of the public administration that might be damaging.

But one might also imagine that the ‘global’ nature of this technique of generalisation might cause the progressive disappearance of all restricted authorisation provisions¹⁰⁹ or even the acknowledgement of a legal situation of subjective right of the private applicant with regard to the legitimate exercise of the activity and the assessment phase of the Administration, assuming that from the reading of Art. 19 there is no doubt about the fact that the applicant can commence operation immediately after the submission of the notification/notice, and consequently there can be no recourse to meaningful silence once the deadline of 30 or 60 days has passed¹¹⁰.

As far as construction is concerned, lawmakers’ efforts to simplify (or, perhaps, liberalise) are appreciated. An example is ordinary maintenance of buildings, which initially required building permits, then planning permits, and later were categorised under free building activities¹¹¹. However, the regulatory framework is still very, perhaps excessively, fragmented. Alongside the general regulations outlined in Art. 19, the constitutionality of which is still debated¹¹², the framework outlined in Presidential Decree 380/2001 is still in effect. As noted, this still permeates the construction industry with nuances of liberalisation: from activities that need no further approval (Art. 6, clause 1) to a mere communication of notice (Art. 6, clause 2), to notification of commencement of operation as alternative to building permit (Art. 22, clause 3) to any regulations of ‘ordinary-statute’ Regions (Art. 22, clause 4).

From a procedural point of view, the lack of clarity on the nature of the powers that a third party is entitled to request from the public administration, and lawmakers’ silence with regard to the content of the specific action against silence-breach have in some

¹⁰⁸ Cf. M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, op cit., 260.

¹⁰⁹ Cf. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, op cit., 151.

¹¹⁰ Cf. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, op cit., 200. The author believes we can “fantasise” about a retroactive authorisation (*ibid.*, 199).

¹¹¹ See, respectively, the Law from 28 January 1977, no. 10, and the Law from 25 March 1982, no. 94, and finally Presidential Decree 380/2001, quoted above.

¹¹² On the subject cf. M. CLARICH, *Problemi di costituzionalità e molte incertezze applicative: ecco perché non funzionerà*, in *Edilizia e territorio*, *Sole 24 Ore*, 31 July 2010, sceptical about the possibility of the institution’s compliance with the principle of fair competition as described in Art. 117, clause 2, Constitution of the Italian Republic.

way facilitated the proliferation of hermeneutic operations which, in the attempt to avoid eroding the areas of legal protection for third parties, have often ended up forcing the literal facts, trying to remedy the consequences of the legislative choices through recourse to the procedural protection tools provided by the Administrative Procedure Code. This did not end up being an optimal choice, as already noted, for at least two reasons.

On the one hand there is a tendency to decouple the tools of jurisdictional protection from the configuration of the institution of substantive law, although these aspects are intimately intertwined with one another. If the legislation, in an attempt to simplify, intended to modify the legal order governing an activity, removing it from the traditional regulatory model, this can only be reflected in the contents of jurisdictional protection, and this change should not be neutralised through interpretations that, by forcing the literal facts, betray the substantive nature of the institute. What might end up occurring is a problem of ‘retention’ of the regulation with regard to the constitutional principles of the right to defence and effective protection¹¹³.

On the other hand, the system of the actions currently envisaged in the Administrative Procedure Code is unsuited to providing adequate third-party protection, since they are all conceived in relation to substantive disciplines within a regulatory regime, where the distinguishing feature of the institution consists in the upstream suppression of this *modus operandi*¹¹⁴.

It has been pointed out that the only solution to this lack of regulation might be for lawmakers to intervene, thereby acknowledging the existence of a gap within the Code¹¹⁵.

Other authors have pointed out, also in this context, the need to ensure that a tool conceived with the aim of simplifying does not end up turning into its opposite, entailing the recourse to ‘hybrid’ institutions such as ‘moderate’ liberalisation, ‘atypical’ self-regulation (non-discretionary in the conditions and free of the structural limitations established by Articles 21-*quinquies* and 21-*nonies*), the ‘*sui generis*’ procedure on silence (where the object of the judgement is dissociated from the object of the requests of a third party that brought it about and transformed it into a judgement aimed at ‘exhuming’ already

¹¹³ In this regard, see A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, 517 ff.

¹¹⁴ F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, *op. cit.*, 206.

¹¹⁵ For this, see M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, *op. cit.*, 330.

extinguished powers)¹¹⁶.

It is evident how, in this way, the logic of simplification and liberalisation of Art. 19 would be fatally betrayed, causing the substantial crisis and subsequent failure of an institution that for years, as we have seen, has been keeping lawmakers' drive towards reform constantly on the alert.

¹¹⁶ Cf. F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione. Lo strano caso della d.i.a.- s.c.i.a., op. cit.*, 31.

LA “GIURISDIZIONE” AMMINISTRATIVA DI MERITO

REPORT ANNUALE - 2014 - ITALIA

(Aprile 2015)

Paolo COTZA

INDICE

1.1 Crisi della “giurisdizione” di merito, fra la smitizzazione della “clausola generale” di separazione dei poteri ed il principio (costituzionale) di “pienezza” della tutela

1.2 Di alcune implicazioni, dell’idea di “procedimento aperto”, sul sindacato giudiziale

2 Per una nuova prospettiva della “giurisdizione” amministrativa di merito

3.1 Annotazioni di diritto processuale. Esercizio e limiti dei poteri “tipici” di decisione

3.2 Ulteriori profili di “tecnica processuale” ed “organizzativi”

1.1 Crisi della “giurisdizione” di merito, fra la smitizzazione della “clausola generale” di separazione dei poteri ed il principio (costituzionale) di “pienezza” della tutela

Il vigente codice del processo amministrativo statuisce che, nell’esercizio di una giurisdizione con cognizione estesa al merito, «il giudice amministrativo può sostituirsi all’amministrazione» (art. 7, co. VI, D.Lgs 2 luglio 2010 n. 104). Verosimilmente si tratta di una formulazione “ecumenica”: tesa al superamento delle profonde divisioni registratesi fra i commentatori, quali indotte anche dall’eccessiva laconicità delle precedenti

disposizioni normative concernenti il medesimo potere. Era dato così di distinguere: fra coloro che ponevano l'accento sulle peculiarità del relativo sindacato, in quanto esteso a profili extragiuridici di convenienza, utilità¹; e coloro che, invece, sul presupposto dell'insussistenza di ogni distinzione qualitativa ("per natura" cognitiva) fra giurisdizioni, ritenevano di sostare prevalentemente sul momento decisionale, in quanto comprendente altresì l'eventuale riforma dell'atto impugnato o, comunque, la "registrabilità" del rapporto giuridico dedotto².

Di là da quelle disquisizioni, sta di fatto che il più recente dato "positivo", seppure abbia sciolto il nodo interpretativo a favore del secondo termine dell'alternativa (per via di un'omologazione generalizzata dei mezzi di prova della giurisdizione amministrativa -art. 63 c.p.a.-)³, non pare essere valso:

¹V. OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in *La giustizia amministrativa -atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione-*, a cura di G. Miele, Vicenza, 1968, p. 189.

²A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939 (ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 369); G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo: scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975, p. 215.

³Dunque, a fronte del superamento di differenze di poteri istruttori rispetto alla giurisdizione di legittimità, nei casi di giurisdizione di merito, il giudice, ove accolga il ricorso e nei limiti della domanda, può "adotta[re] un nuovo atto, ovvero modifica[re] o riforma[re] quello impugnato" (art. 34, comma I, lett. "d" del c.d. Codice) *id est*, "può sostituirsi all'amministrazione" (art. 7, co. VI del c.d. Codice). Tale prerogativa è invece preclusa quando la giurisdizione amministrativa non sia estesa al merito, benché risulti di tipo esclusivo (T.A.R. Puglia, Bari, 29 dicembre 1989 n. 877).

Sul punto, cfr. R. CHIEPPA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo* (commentario), Milano, 2010, pp. 681-682, ove si pone in rilievo come, di là dal caso principale fra quelli enumerati dall'art. 134 c.p.a. -giudizio di ottemperanza-, per il resto l'"inclusione" sia stata dettata dalla necessità di permettere al giudice l'esercizio di poteri sostitutivi dell'amministrazione, piuttosto che dall'esigenza di rimettergli il sindacato su valutazioni "di merito".

- né a superare il tradizionale atteggiamento della giurisprudenza amministrativa, restia ad esercitare poteri istruttori, ulteriori rispetto a quelli spettanti in via “ordinaria”, così come ad emettere pronunzie fondate su ragioni di opportunità: opponendo, alle censure del ricorrente, vizi di ammissibilità ultronei al difetto di cognizione estesa al merito (quale confine su cui sono chiamate a vigilare le sezioni unite della Corte di Cassazione)⁴; ed essendo comunque invalsa (nelle circostanze in cui inequivocabilmente vi si sarebbe potuta spingere) la tesi della “pregiudizialità” di un sindacato sul legittimo uso del potere da parte dell’autorità⁵;

⁴«È inammissibile la censura che postuli l’esercizio di un sindacato di merito sulle scelte discrezionali adottate dall’Amministrazione Regionale nell’individuazione delle più idonee misure di contenimento della spesa sanitaria e nella relativa graduazione (essa, nella fattispecie, muove dall’indimostrata carenza del controllo di appropriatezza delle prestazioni, in ordine alla quale non viene offerta alcuna allegazione probatoria)» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 giugno 2013 n. 2862, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2013, pp. 2011-2012);

«Appartiene alla potestà programmatica regionale l’individuazione dei criteri di distribuzione dei fondi, il cui mancato rispetto è meramente ipotizzato dal ricorrente con doglianza inammissibile. È vero che la determinazione dei limiti di spesa non può essere disposta senza una preventiva istruttoria intesa a valutare le cause dei disavanzi ed a ponderare le misure idonee a coprirle e in particolare mediante un accurato controllo di appropriatezza delle prestazioni. Tuttavia, la censura, postulando l’esercizio di un sindacato di merito sulle scelte discrezionali adottate dall’Amministrazione Regionale nell’individuazione delle più idonee misure di contenimento della spesa sanitaria e nella relativa graduazione, oltre ad essere inammissibile, muove dall’indimostrata carenza del controllo di appropriatezza delle prestazioni, in ordine alla quale non viene offerta alcuna allegazione probatoria» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 marzo 2012 n. 1141, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 863-864).

Cfr. pure Cass., sez. un., 29 aprile 2005 n. 8882.

⁵Altrimenti detta della mera “aggiuntività” della giurisdizione di merito, nel senso che: il sindacato sulla legittimità dell’atto impugnato precede comunque quello sul merito; ed il suo esercizio, qualora conduca all’annullamento dell’atto, sottrae al giudice ogni potere sostitutivo (così, a partire da Cons. Stato, sez. V, n. 826/1960, in *Cons. St.*, 1960, I, p. 2267; n. 1256/1962, *ivi*, 1962, I, p. 2045).

Cfr. pure: *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa* (a cura di A. Romano), Padova, 2001, p. 397; *Codice del processo amministrativo* (a cura di Garofoli-Ferrara), Roma, 2010, III, p. 1849; A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa* - a cura di F. G. Scoca-, Torino, 2013, p. 97 s., segn. p. 104.

- né a “rivitalizzare” in genere l’istituto, dal momento che è andato progressivamente assottigliandosi il novero (per materie) di contenziosi cui risulta (inequivocabilmente) annesso un sindacato di merito⁶; laddove si registra, quale unica circostanza in

⁶Basterebbe un confronto tra la “casistica” (di volta in volta) enumerata dal Legislatore;

- a partire da quella più risalente commentata in:

G. FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato -studi in occasione del centenario-*, Roma, 1932, p. 1 s., segn., p. 94 s., il quale, nel lontano 1932, può ancora dedicare una ampia trattazione “casistica” (sulla base -oltretutto di alcune “leggi speciali”- degli artt. 27 e 29, T.U. Cons. St.; 1 e 4, T.U. Giunte prov. amm.), pur riconoscendo che «...la giurisdizione di merito ha poca importanza pratica e...in questi ultimi anni se ne è ristretto il campo di applicazione. Venuto meno il contenzioso sulle elezioni comunali e provinciali e limitata alla sola legittimità la giurisdizione in materia di sovrimposte e di spedalità, il contenzioso di merito verte quasi esclusivamente sui licenziamenti e sulle punizioni disciplinari degli impiegati degli enti locali. ...Approssimativamente si può dire che i ricorsi in materie, su cui sarebbe possibile giurisdizione di merito, non superano la quinta parte del totale e che di questi i quattro quinti concernono controversie di impiegati di enti locali» (ivi, p. 120 s.);

P. GASPARRI, *La crisi del sistema della giurisdizione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1968, II, p. 73 s., segn. pp. 82-83; ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito...*, p. 215 s.;

- per arrivare a quella vigente, di cui all’art. 134, D.Lgs n. 104/2010 cit.; risultante dalle prescrizioni dell’art. 44, co. 2, lett. “b)”, n. 2, L. n. 69/2009 che aveva dettato, quale criterio di delega, il riordino dei casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l’ordinamento attuale.

Significativamente così statuisce T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 aprile 2012 n. 423, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 1413-1414: «L’art. 134 c.p.a., a differenza del previgente art. 7 della l. n. 1034 del 1971, non include le ordinanze contingibili ed urgenti fra i provvedimenti relativamente ai quali la cognizione è estesa anche al merito, per cui si deve ritenere che esse siano sindacabili soltanto sotto il profilo della legittimità e non anche in relazione ai profili di merito, concernenti la veridicità dei presupposti di fatto considerati, la sufficienza e l’attendibilità delle disposte istruttorie e/o la convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni assunte».

Nell’attuale contesto, valga solo di aggiungere (per citare le ipotesi meno discusse) la riconduzione, ad altrettante forme di cognizione giudiziale estesa al merito (benché non necessariamente aggiuntiva rispetto alla giurisdizione generale, né autorizzante l’esercizio di poteri sostitutivi): sia della disciplina istitutiva della c.d. *class action* contro la pubblica amministrazione; sia di quella in materia espropriativa che concede al giudice amministrativo, qualora

accolga la domanda in quanto fondata, una autonoma valutazione circa l'opportunità di disporre (anziché la restituzione dell'area illegittimamente occupata e trasformata) una riparazione per equivalente; sia della normativa dedicata (dal codice del processo amministrativo), in punto di declaratoria di efficacia/inefficacia del contratto, nei casi di violazioni della disciplina in materia di appalti pubblici.

Quanto alla prima si è rilevato come, nonostante la formulazione di cui all'art. 4, L. 4 marzo 2009 n. 15 (di delega al governo), quale recante (fra l'altro) principi e criteri in materia di valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni pubbliche e di azione collettiva, risulti consentire ad ogni interessato di agire in giudizio «se dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori», con la correlata previsione di una «giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo»; il tenore letterale dell'art. 1, co. VII, D.Lgs. di attuazione, n. 198/2009, paia devolvere quell'azione al solo ambito della giurisdizione esclusiva. Ne risulta solo di non potersi escludere che l'attribuzione al giudice amministrativo sia qualificabile come estesa al merito, dal momento che egli deve: tenere conto delle risorse strumentali, finanziarie ed umane concretamente a disposizione delle parti intimiate; altresì accogliere la domanda se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento, ordinando alla pubblica amministrazione od al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e le "ragioni" dell'interesse pubblico* -atti delle giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad E. Cannada Bartoli-, Siena, 2009).

Circa la seconda, può rinviarsi alle annotazioni dedicate dal *Codice del nuovo processo amministrativo* (a cura di Caringella-Protto), Roma, 2013, pp. 1334-1335, anche all'art. 43, comma 3, D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327.

Quanto alla terza, è stato osservato che: «sempre in ragione della profondità del sindacato attribuito al giudice amministrativo e dei parametri alla stregua dei quali deve svolgersi il suo giudizio, si deve ritenere che anche le sentenze che facciano applicazione degli artt. 121 ss. del Codice [del processo amministrativo] si estendano ad apprezzamenti di merito» (POLICE, *Le forme della giurisdizione...*, p. 106).

Cfr. pure: *Codice del nuovo processo amministrativo* (a cura di Caringella-Protto), cit., pp. 1334-1335, in tema di giudizio risarcitorio in caso di lesione dell'interesse al bene della vita sotteso ad un interesse legittimo, pretensivo eppertanto, di correlata valutazione prognostica sull'effettiva spettanza di quel bene; nonché, F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, p. 42 e cap. IV.

controtendenza, una sempre più consolidata previsione d'impiego del giudizio per ottemperanza⁷.

Rinviando ai parr. “3” per ulteriori annotazioni di commento al dato positivo, il punto è che: ricalcando le sorti dell'omonima figura sostanziale (contraddistinta da una definizione “in negativo”), a fronte del travagliato percorso di “esternalizzazione-oggettivazione” della discrezionalità amministrativa (per cui sia consentito di rinviare ad apposita pubblicazione ospitata sul medesimo sito web⁸); i discorsi sulla giurisdizione di merito hanno costantemente risentito (al punto da ridurla ad una sorta di anomalia) di un profondo condizionamento esercitato dalla tradizionale concezione del modello “maggiore” (di legittimità), come incentrato su regole codificate nell'ordinamento e su di un conforme intendere il vizio dell'“eccesso di potere” (sindacato indiretto sui profili di conformità extragiuridica dell'atto)⁹. Ciò ha finito coll'imporre ai primi le categorie concettuali della

⁷Oltretutto, per recepimento di certa giurisprudenza della quale è emblematica Cons. Stato, Ad. pl., 30 luglio 2008 n. 9, per cui cfr. R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in www.giustamm.it, p. 1 s.

⁸P. COTZA, *Le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale (“merito amministrativo”)*, rapport annuel 2013 – Italie, in *Ius publicum network review* (www.ius-publicum.com).

Ultimamente, in ordine alle vicende di elaborazione dell'istituto e sulle sue “prospettive”, una esauriente disamina (avvalendosi anche di un “taglio” comparatistico esteso, dall'esperienza di altri ordinamenti nazionali e sovranazionali, ad analoghe fenomenologie interne di diritto sia costituzionale che privato) è offerta da B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, ed. CEDAM, 2013.

⁹Pur riconoscendo che il giudizio di “proporzionalità” tra effetti scaturenti dall'atto e sistemazione data agli interessi dei privati destinatari del medesimo, «consente un'estensione dell'ottica di indagine del giudice anche ai presupposti dell'atto impugnato e, dunque, una tutela più effettiva delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere nel processo»: A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, p. 398.

Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *(La giurisdizione amministrativa di merito -seminario organizzato a Perugia, il 3-4 novembre 1968, dalla sezione*

seconda; altresì precludendo, per via delle inevitabili “incrostazioni”, di trovare le strade per una autonoma caratterizzazione. Laddove, solo in progresso di tempo, ha cominciato a far breccia l’idea per cui quella di merito si risolverebbe in una sorta di “variazione sul tema” della giurisdizione di legittimità (stante la più completa conoscenza del fatto); quest’ultima, a sua volta, sottoposta a ridefinizione (per via del noto avvicendamento a favore del rapporto e della materialità dell’interesse)¹⁰.

Intendendo offrire una rappresentazione (pur approssimativa) di quella che evidentemente è andata assumendo le dimensioni di una “crisi d’identità” (funzionale e dogmatica) dell’istituto, non pare di potersi sottrarre innanzitutto ad un’operazione di aggiornamento del principio di “pienezza” della tutela giurisdizional-amministrativa, quale desumibile dall’art. 24 Cost. All’uopo, occorre prender le mosse dalla stessa ragion d’essere della giurisdizione: consistente nel (far cessare lo stato di fatto in contrasto col diritto e, comunque) ripristinare (nella misura possibile) uno stato di cose conforme al diritto¹¹. Convenendo su tale premessa: per un verso, il menzionato principio va ormai

umbra del Centro italiano di studi amministrativi-, Firenze, 1969 nonché, in) *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 499 s., segn. pp. 502-503.

¹⁰E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova rass.*, 1981, n. 14, pp. 1415-1416. Una conferma delle incertezze derivanti da tale sommovimento pare apprezzarsi, più che altrove, avuto riguardo ad uno dei “casi” che si vorrebbero riconducibili alla giurisdizione di merito nonostante il silenzio del Legislatore: si tratta della revoca di atti amministrativi (ad efficacia durevole od istantanea) incidenti su rapporti negoziali, corrispondentemente alla quale l’art. 21-*quiquies*, co. 1-ter, L. n. 241/1990 dispone che l’indennizzo liquidato dall’amministrazione agli interessati (parametrato al solo danno emergente) deve tener conto sia dell’eventuale conoscenza o conoscibilità, da parte dei contraenti, della contrarietà del primo all’interesse pubblico, sia dell’eventuale concorso dei contraenti o di terzi all’erronea valutazione della compatibilità di quello con l’interesse pubblico. Ciò che, evidentemente, implica il riconoscimento, in capo al giudice amministrativo, di una diretta conoscenza dell’interesse pubblico, nell’eventualità in cui venga adito dai privati contestatori.

¹¹Sulla nozione di giurisdizione, E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1979, p. 41.

inteso in chiave “antropocentrica”¹², riconoscendo la natura sostanziale delle situazioni giuridiche, soggettive e massimamente adeguandovi le forme (a partire da quelle apprestate dal Legislatore ordinario, anche in chiave di “effettività” -per cui cfr. *infra*-) mediante le quali viene perseguito¹³; per altro verso, non vi sono controindicazioni a che il sindacato

¹²Sull’affermarsi di un intendere la giustizia amministrativa come strumento volto non più a definire un equilibrio fra posizioni contrapposte bensì, ad assicurare la libertà dei cittadini, A. TRAVI, *Per una revisione dei limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Garcia de Enterría*, p. 4 della versione dattiloscritta.

¹³Ne sono esempi fra i più significativi:

- l’introduzione della sentenza di accertamento (altrimenti “propria” della giurisdizione esclusiva) in seno allo stesso giudizio di legittimità (quando l’annullamento non risulti più utile ed a fini risarcitori) nonché, attraverso di essa, di un criterio di valutazione imperniato sulla “legittimità-giustizia” (art. 34, co. III, D.Lgs n. 104/2010);

la circostanza per cui, in caso di silenzio-rifiuto, si contesta non un “cattivo-erroneo” esercizio del potere bensì, il potere stesso, il suo “ingiusto” modo di essere;

altrettanto significativamente, che il problema della decisione giurisdizionale di annullamento, diviene quello di ricavare, dal suo contenuto di accertamento, tutti gli effetti costitutivi, preclusivi e conformativi;

- il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi -pretensivi-, il cui giudizio, prognostico, riguarda un bene della vita;

- l’introduzione di un rito sul silenzio-rifiuto (cfr. artt. 34 e 117, D.Lgs n. 104/2010) e sulla reintegrazione in forma specifica (con correlata condanna dell’amministrazione ad un *facere* provvedimento satisfattivo dell’interesse azionato dal ricorrente -cfr. art. 30, D.Lgs n. 104/2010-);

- il riconoscimento sia dei caratteri propri del giudizio di ottemperanza alla tutela cautelare (con conseguente attrazione nella giurisdizione di merito); sia della revoca o modifica (motivate) dell’ordinanza cautelare (art. 58, D.Lgs n. 104/2010);

- l’introduzione dei motivi aggiunti in corso di giudizio (art. 43, D.Lgs n. 104/2010) nonché, di un’azione di condanna ad un *facere* dell’amministrazione, quale quella in materia di ostensione documentale (art. 116, D.Lgs n. 104/2010);

giudiziale, esorbiti dai confini del “conflitto fra interessi”, dal perfezionamento di un’“elasticità repressiva” sempre più adeguata all’“elasticità offensiva dei comportamenti dell’amministrazione”, per arricchirsi di contenuti ulteriori.

Se non che il menzionato aggiornamento, una volta traslato nello specifico discorso evolutivo sulla “giustizia amministrativa”, ha dovuto confrontarsi con almeno due ordini di problematiche tradottesi in altrettante remore ad un’“emancipazione” da pregiudizi del sindacato giudiziale di merito.

Ci si riferisce innanzitutto all’esercizio dei poteri di “cognizione applicativa” del giudice: se l’accertamento dello stato di fatto in rapporto al diritto comporta indagini, apprezzamenti e qualificazioni anche alla stregua di criteri tecnici o sociali; se il Legislatore ordinario vanta la prerogativa di selezionare le regole di cui sia deducibile la violazione, in occasione dell’esercizio della funzione di tutela giurisdizionale di una situazione soggettiva, giuridica¹⁴. Sotto il primo versante, basti rilevare che il ricorso a regole tecniche o sociali è indispensabile, nell’applicazione di norme giuridiche, ogniqualvolta queste ultime si riferiscano a concetti individuabili solo in base a quelle regole. Sotto il secondo versante, *«poiché la Costituzione non prevede un preciso criterio di discriminazione e, d’altra parte,*

- l’allargamento del bagaglio probatorio-istruttorio del giudice amministrativo (artt. 63-69, D.Lgs n. 104/2010);

- la riconfigurazione dell’ottemperanza (art. 112-115, D.Lgs n. 104/2010) come autentico “giudizio di esecuzione” delle sentenze del giudice amministrativo (dismettendo così l’originaria valenza di procedimento speciale, per assumere le vesti di estensione funzionale del giudizio di legittimità).

Ex pluribus, cfr.: E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1999, p. 689; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l’emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1207 s., segn. pp. 1216-1217.

¹⁴G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 s., segn. p. 1579.

l'affidamento al legislatore ordinario della determinazione di tale criterio equivarrebbe a privare di ogni valore sostanziale la garanzia di tutela giurisdizionale, deve concludersi che l'attuazione del diritto sostanziale con riguardo a una situazione giuridica soggettiva debba tradursi in attuazione di tutte le norme che, direttamente o indirettamente, disciplinano la situazione stessa»¹⁵.

Quanto riferito assume notevole rilievo in relazione alle norme “imprecise” (che necessitano di un completamento, in genere perchè ciò corrisponde all'intenzione di chi le pone): segnatamente, allorché il criterio di completamento implichi un riferimento a discipline “non esatte” o l'utilizzo di concetti determinabili solo mediante l'“opinione sociale media”. Ebbene, quando norme di tal genere disciplinano attività della pubblica amministrazione, per convenzione si conclude che (per l'appunto) il sindacato del giudice possa essere solo indiretto (ragionevolezza del criterio impiegato, completezza e serietà dell'istruttoria, esaustività della motivazione): non sia in grado, cioè, di spingersi fino alla preferibilità della valutazione amministrativa.

Se tale assunto tradizionalmente viene associato al principio di separazione dei poteri, è perchè non si riesce a spiegarne il fondamento: limitandosi ad evocare un modello di giustizia per cui il ruolo del giudice sarebbe definito dalla garanzia della corretta applicazione della legge, con esclusione dunque del “merito amministrativo”. Laddove diversi argomenti paiono opponibili in nome di una sindacabilità “piena”. In primo luogo, pare dubbia la previsione nella Costituzione italiana di una “riserva della pubblica

¹⁵VACIRCA, *Riflessioni...*, pp. 1584-1585. Prosegue l'a.: «Il principio della deducibilità in giudizio della violazione di tutte le norme disciplinanti una situazione giuridica soggettiva ... può dunque essere precisato chiarendo che il legislatore ordinario, normalmente libero di qualificare un interesse materiale come diritto o come interesse legittimo o anche di non qualificarlo affatto, è tenuto, quando la qualificazione sia stata operata, ad ammettere la rilevanza in sede giurisdizionale (ordinaria o amministrativa) di tutte le norme che disciplinano comportamenti di privati o di amministrazioni, comunque incidenti sull'interesse qualificato. Soltanto in tal modo trova concreta applicazione il principio di effettività della tutela e si assicura la realizzazione di una protezione giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive corrispondente alla loro disciplina sostanziale» (ivi, p. 1587).

amministrazione”¹⁶. *«Anche se, poi, si ammettesse una distinzione fra il “disporre in astratto” (riservato alla legge) e il “provvedere in concreto” (come proprio dell’atto amministrativo e ad esso riservato), se ne dedurrebbe un divieto di emanare leggi-provvedimento, ma non un divieto di vincolare l’amministrazione con norme che, sia pur mediante un’operazione di integrazione, dettino una disciplina più o meno specifica della sua attività. Occorre, infatti, considerare che una simile tecnica normativa viene usata nella stessa legge fondamentale, sicché deve escludersi, secondo i criteri desumibili dalle stesse disposizioni costituzionali, che tale tecnica comporti il pericolo d’invasione, da parte del giudice, di spazi garantiti, sia che si tratti della sfera di libertà del cittadino rispetto all’applicazione di sanzioni penali non previste da una legge, sia che si tratti dell’ambito riservato alla pubblica amministrazione»*¹⁷.

S’aggiunga che pare inaccettabile, pur su di un piano di logica deminuta quale quella “operazionale” (dunque, prescindendo persino dalla distinzione fra una discrezionalità in senso proprio -coinvolgente il profilo valorativo-ideologico- ed altra di livello basso), la circostanza per cui le ragioni del cittadino, quando meglio fondate, debbano soccombere

¹⁶Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Le pouvoir administratif...*, par. 1.1., nonché a: V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, p. 20, nt. 35; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 68 s.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 319.

¹⁷VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1597. Entro tale ottica andrebbe ricondotta la tesi per cui, a partire dall’art. 95 Cost. (che sancisce il potere d’indirizzo amministrativo), qualsivoglia forma d’“ingerenza giudiziale” negli affari dell’amministrazione confliggerebbe con la condizione di quest’ultima nello Stato contemporaneo (di matrice sociale ed interventista), quale “forza largamente autonoma nel complessivo sistema istituzionale” (cfr.: M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione -il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo-*, in *L’azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Comm. n. 1 *Problemi di amministrazione pubblica*, Formez, Napoli, 1981, p. 21; W. SCHMITT GLAESER, *Pretese, speranze e realizzazioni -Il procedimento amministrativo e la sua legge: un’osservazione introduttiva-*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, Quaderni Formez n. 2 -*La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania-* a cura di A. Masucci, Napoli, 1979, p. 377).

rispetto ad una scelta deteriore da parte dell'amministrazione, stante un preteso rilievo privilegiato da riconoscere a quest'ultima¹⁸.

D'altronde pare deporre, a favore di tali connessioni, il recente affermarsi (sempre a livello "codicistico") dei principi di "effettività" e di "concentrazione"¹⁹.

1.2 Di alcune implicazioni, dell'idea di "procedimento aperto", sul sindacato giudiziale

Ragioni di "economia espositiva" impongono di sorvolare sulle implicazioni estreme, dell'attuale orientamento del dato globale di esperienza, verso un obiettivo di "pienezza" della tutela in senso "antropocentrico", con particolare riguardo: alla relativizzazione del "peso" delle molteplici strutture sociali (in senso opposto al principio statalistico); nonché,

¹⁸Su tale fenomeno di "precomprensione" del giurista si sofferma TRAVI, *Per una revisione...*, par. 3 (p. 7 s. della versione dattiloscritta).

¹⁹Il primo (-già invocato da M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 3 s., segn. p. 6- a partire dalla L. n. 69/2009, di delega al Governo ai fini della redazione del Codice, sino a giungere all'art. 1 del medesimo), suggellando il passaggio da una giurisdizione "di legittimità" di un atto (o di liceità di una condotta) ad altra "di spettanza" (della pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente -azioni di esatto adempimento-) e/o di accertamento del danno ingiusto (in vista dell'eventuale reintegrazione, anche in forma specifica);

Il secondo (art. 7, co. VII, D.Lgs n. 104/2010 cit.), per cui, nanti il medesimo giudice, in seno alla medesima controversia e tramite lo stesso rito, possono farsi valere censure relative ad atti, rientranti nelle tre, asserite giurisdizioni (di legittimità, esclusiva, di merito); si da superare definitivamente certe dispute sul "difetto di giurisdizione" ...interne al medesimo giudice speciale.

al senso stesso (della conservazione), sui piani dogmatico e funzionale, di una figura “dimidiata” di situazione soggettiva, giuridica (nonché, di una giurisdizione “esclusiva”²⁰).

Piuttosto, quanto già esposto, a proposito di una progressiva attrazione del sindacato “sul merito” da parte della sfera della legittimità, pare avvalorato dalla congettura per cui l’esercizio delle facoltà connesse all’interesse legittimo, come può influenzare le scelte “di merito” prima e fuori dal giudizio, non si vede perché non possa fare altrettanto in quest’ultima sede.

All’uopo, valga di prender le mosse dalla “codificazione” di regole sulla partecipazione procedimentale²¹. Come noto, si è trattato di una soluzione di politica legislativa dall’inesorabile impatto “cristallizzante”: in quanto tale, fortemente discussa. Nondimeno, convenendo sulla concezione (di stampo gianniniano) di discrezionalità, nel senso di sintesi di tutti gli interessi -pubblici e privati- coinvolti, con quel dettato normativo si è inteso dar corpo all’“obiettivizzazione dal basso” dell’azione dei “pubblici poteri”, quale unica soluzione (in una realtà amministrativa fortemente differenziata e mutevole) per non “cadere nella previsione di uno schema rigido e astratto o nella genericità di una mera fissazione di principi”²². Così, si è reso possibile: da un canto, di “spezzare” quel circolo vizioso rappresentato dalla “copertura legale” ad un’amministrazione “esecutrice” (per ciò

²⁰Per il cui superamento recentemente si è schierato, con convincente argomentazione, anche M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 46 s., segn. p. 55 s.

²¹M. PALLOTTINO, *Alcune considerazioni sul merito e sul procedimento*, in *Nuova rass.*, 1981, n. 14, pp. 1422-1423.

²²Cfr. FRACCHIA – OCCHIENA, *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21-octies, L. n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giust. amm.*, 2005, n. 1, p. 48 pp. 50-53.

solo, legittimata); d'altro canto, assicurando il contraddittorio, di offrire una base giuridicamente controllabile all'esercizio del potere ("legalità-giustizia"²³). Ma vi è di più.

Infatti, se si conviene su quell'attuale modo di essere del momento sostanziale, può altresì sostenersi che il medesimo contribuisce a fare, di quello amministrativo, un giudice "non meramente ricognitivo", ma "attivo, creativo" (non un semplice "reintegratore di un ordine violato", ma "un costruttore, un coautore dell'ordine"); come colui che non si limita a tutelare situazioni soggettive, giuridiche di piena ed esclusiva attribuzione individuale, in condizioni di "naturale (istituzionale) squilibrio"; piuttosto, estraendo dalla realtà sociale l'oggetto della propria cognizione (dapprima, percependo un "conflitto d'interessi", per poi tradurlo in termini soggettivi -sussistenza o meno di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo pubblico-). In altri termini, se il centro vitale dell'azione amministrativa diviene l'esercizio della discrezionalità, il relativo sindacato giurisdizionale, non trovando sempre un compiuto ordine normativo: per un verso, finisce col venire a contatto col dispiegarsi della molteplicità degli interessi; per altro verso, si traduce, piuttosto che nell'attuazione

²³Sull'"interpretazione sostanzialista del principio di legalità", per cui, in presenza di vizi del procedimento, si potrà ravvisare un'illegittimità solo nel caso in cui l'interesse pubblico non sia stato adeguatamente curato, cfr.: CERULLI IRELLI – LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 s., segn. p. 618; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2002, p. 245 s.; F. LUCIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, p. 1248 s.; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 s., segn. p. 339; A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 229 s., segn. p. 250 s.

Cfr. pure: F. BENVENUTI, *Contraddittorio* (principio del), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 738; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 1978, p. 6; ID., *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, in *Studi economico-giuridici della facoltà di giurisprudenza di Cagliari* 1978-1979, Milano, 1980, p. 207; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 779; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 779; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996; L. TORCHIA, *Procedimento e processo dopo la legge n. 241 del 1990: tendenze e problemi*, in *Mondo econ.*, suppl. al n. 9/1993, p. 38.

logicistica della volontà concreta della legge (a partire da un'interpretazione "concettuale"), nell'individuazione dei "valori di giustizia"²⁴. Pertanto, quando il giudice amministrativo sindacava, al contempo crea il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione amministrativa: stabilendo così l'ambito di una nuova legalità in cui si fa evanescente il confine tra legittimità e merito(-discrezionalità)²⁵.

Pertanto, se tali connessioni sono sufficienti al superamento dell'idea che quella amministrativa di merito rappresenti una "giurisdizione" autonoma, non altrettanto può concludersi circa il riconoscimento di un *proprium* funzionale, "superstite" al sindacato "esteso" al merito.

2 Per una nuova prospettiva della "giurisdizione" amministrativa di merito

Tirando le somme del discorso provvisoriamente imbastito, la "riconversione" di un sindacato giudiziale "esteso al merito" non può che passare attraverso una concezione della ("pienezza" della) tutela che esorbita: dall'idea di composizione di un conflitto fra interessi,

²⁴M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, V, col. 161 s., segn. col. 164.

²⁵G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1861 s., segn. pp. 1890-1891: «si attenua, fin quasi a scomparire, la separazione fra legittimità e merito, che sono forme e mezzi attinenti alla conoscenza della validità formale del provvedimento. Eliminato il fattore di più incisiva alterazione dei termini del giudizio, quale è la riduzione dell'oggetto di esso ad un problema di validità formale, gli elementi del giudizio stesso ricompongono i loro rapporti e ritrovano la loro posizione secondo l'ordine postulato dalla funzione di giustizia. Sul piano della cognizione, mentre la legittimità diventa il criterio del controllo del rapporto amministrativo dal punto di vista delle garanzie (qui compresa la tutela del raggiungimento delle finalità di interesse collettivo), il merito diventa criterio di conoscenza dei fatti presupposti in relazione alle posizioni delle parti nel giudizio».

per quanto debba necessariamente trovar occasione in esso, in un contesto che resta comunque di “processo di parti”²⁶; ma, non per questo, da una “risposta di giustizia”.

Tale prospettiva, però, non può intraprendersi (se non in assoluto, comunque con la garanzia che discende da una rigorosa impostazione dogmatica) fintantoché non venga legata (oltretutto a soluzioni di politica legislativa) ad un discorso di “rivisitazione” della giuridicità, del tipo di quello epistemologico già proposto in uno studio complementare²⁷. L’obiettivo è, infatti, duplice: creare le condizioni onde annettere, alle locuzioni “merito amministrativo” e “giurisdizione amministrativa di merito”, propri quanto sinergici connotati contenutistici; sì da conferire cittadinanza (sul piano di amministrazione attiva come su quello processuale) ad un sindacato in funzione “migliorativa”, alla luce di un concetto “medio” di opportunità.

Da qui, la possibilità di superare, ad un tempo, eventuali obiezioni legate:

- sia alla configurabilità senz’altro, come vizio (allo stesso modo di quello di legittimità, in cui altrimenti finirebbe col risolversi), di qualunque contenuto “ottimizzabile”;
- sia (a fronte di una norma -generale ed astratta- imponente all’autorità un dovere di “buona amministrazione”) alla deducibilità, in sede giurisdizionale, dell’atto (in tal senso)

²⁶Il concetto per cui, di là da profili di colorazione “obiettiva”, quello amministrativo resti un processo la cui funzione principale è di risolvere la lite fra le parti, è vigorosamente ribadito in M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 249 s., segn. pp. 252-253, il quale ne riconosce la riconducibilità ai principi: della domanda; dell’iniziativa di parte, per gli aspetti in cui la medesima è necessariamente collegata alla disponibilità della situazione sostanziale; nonché, del contraddittorio.

Cfr. pure E. CANNADA BARTOLI, *Principio soggettivo nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1963, I, p. 334.

²⁷P. COTZA, *Le pouvoir administratif...*

“inopportuno”, di portata generale e non limitatamente a particolari materie²⁸; incorrendosi, altrimenti, nel divieto di limitazioni alla tutela giudiziale enunciato dall’art. 113 Cost.²⁹;

- sia alla legittimazione ad agire (interesse a ricorrere), la cui disciplina vigente non risulta intaccata; ferma restando la possibilità di un adeguamento ad eventuali interventi “revisionisti” che dovessero mettersi in pratica (peraltro, coerentemente con la “dimensione sociale” connaturata alla giurisdizione amministrativa); e, comunque, tenendo conto del nocumento che può ricevere la ricerca della verità da un “giudizio senza contrasto”³⁰;

- sia ad artificiose costruzioni tese a “giustificare” più del dovuto differenze di rilievo giuridico rispetto al ricorso amministrativo di tipo gerarchico; quest’ultimo, infatti, presenta il carattere d’“istanza” rivolta alla stessa amministrazione e, come tale, si presta ad una prospettazione non solo di ciò che al diritto od all’interesse del ricorrente torna in danno, ma anche di quel che -mediante un contemperamento tra pubblico e privato- potrebbe tradursi in vantaggio “gestionale”; sì da giustificare -in quest’ultimo caso- l’inclusione di motivi di merito che, come doglianze “in via esclusiva”, sono precluse quando la “sede di giustizia” sia quella giurisdizionale³¹.

Per converso, proficue implicazioni consisterebbero:

²⁸Sull’attuale permanere di un carattere “eccezionale” della giurisdizione estesa al merito: Cass., sez. un., 17 ottobre 2002 n. 14751, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2002, p. 2329. In linea, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2010 n. 1468, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2010, pp. 553-554: «La giurisdizione di merito, al pari di quella esclusiva, ponendosi come derogatoria rispetto a quella di legittimità nella trama costituzionale improntata al principio di separazione dei poteri, necessita di una puntuale e tassativa previsione normativa».

²⁹Quanto risulta paventato da VACIRCA, *Riflessioni...*, pp. 1599-1600.

³⁰G. PALEOLOGO, *Merito, prove e riparto di giurisdizione*, in *Nuova rass.*, 1981, n. 14, pp. 1424-1427.

³¹G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 130 s., segn. pp. 140-141.

- nell'articolare più nitidamente (e, se del caso, oggettivamente) quel potere "aggiuntivo-sostitutivo" che (come riferito) è stato in parte fagocitato dal sindacato di legittimità e che tradizionalmente gli era addirittura inibito³²; mentre potrebbe estendersi (di là dal novero delle materie) onde sopperire, ad es., ad un contegno inerte (di silenzio) da parte dell'amministrazione³³;

- per l'effetto (complici i pregiudizi del principio di riparto), nel consentire di porre un freno (ed anzi, d'invertire la rotta) alla tendenza del giudice amministrativo e dello stesso Legislatore, a far regredire progressivamente quella di merito, a fronte di una giurisdizione di legittimità sempre più estesa e guarnita³⁴.

³²Cons. Stato, sez. V, n. 1256/1962, in *Cons. St.*, 1962, I, p. 2045; n. 826/1960, in *Cons. St.*, 1960, I, p. 2267. L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 s., segn. pp. 48-49: «...la verifica della sussistenza o meno nel concreto del rispetto dei parametri del risultato, in quanto corrispondenti a parti, componenti o frammenti dello stesso, sembra riconducibile a un sindacato di tipo oggettivo di ordine fattuale e tecnico, operante in quanto tale sul piano della legittimità».

³³R. CHIEPPA, *Scelte politiche ed amministrative e rafforzamento delle responsabilità e dei controlli anche di merito*, in *Nuova Rass.*, 1981, n. 14, pp. 1420-1422.

³⁴T.A.R. Lazio, sez. III, n. 262/1988, in *Trib. amm. reg.*, 1988, II, p. 799; sez. I, n. 709/1995, in *Foro it.*, 1996, III, col. 193; Cons. Stato, sez. IV, n. 139/1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1240 (in tema di censura cinematografica); Cons. Stato, sez. V, n. 220/1996, in *Cons. St.*, 1996, I, p. 222, *ibidem*, in *Foro amm.*, 1996, p. 553 (circa le ordinanze contingibili ed urgenti *ex art.* 38, co. II, L. n. 142/1990).

Cfr. pure CORAGGIO, *Merito amministrativo...*, p. 144.

Da qui, la tendenza della giurisprudenza, più che ad enucleare i contenuti della competenza di merito, a segnalare il limite che a quella di legittimità non è ammesso di varcare: Cass., sez. un., n. 1387/1976; n. 1736/1984; Cons. Stato, sez. IV, n. 816/89, in *Foro amm.*, 1989, p. 3029; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 maggio 2012 n. 4169, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 1607-1608 («Sono inammissibili le doglianze volte a censurare le valutazioni di merito, di carattere discrezionale, effettuate dall'Amministrazione»); T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 settembre 2012 n. 7489, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 2728-2729 («Non sussiste alcuno spazio nell'ambito dello scrutinio di legittimità per apprezzare direttamente ed autonomamente ulteriori valutazioni consulenziali, afferenti al merito

3.1 Annotazioni di diritto processuale. Esercizio e limiti dei poteri “tipici” di decisione

Un’indagine di “giustizia amministrativa” è parsa prioritaria, in considerazione delle irrisolte questioni d’identità (funzionale) che hanno segnato la storia stessa dell’istituto, specie a fronte di una sempre maggior “pienezza” di prerogative (in punto sia di cognizione sia decisionali) che l’ordinamento riconosce alla giurisdizione di legittimità: tanto da rafforzare il diffuso convincimento che il c.d. Codice approvato con D.Lgs. n. 104/2010 cit., nonostante i “correttivi”, non abbia fornito soddisfacente risposta all’istanza di un autentico (organico) *processus iudicii* all’insegna della specialità.

Resta il fatto che, in ultimo, una sia pur ridimensionata previsione “positiva”³⁵, e (non per caso) un benché ridotto panorama giurisprudenziale (a conferma della sostanziale

delle questioni vagliate dall’organo procedente, previo contraddittorio con l’interessato, in inammissibile sostituzione della sede giudiziale a quella amministrativa competente»); T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 24 ottobre 2012 n. 380, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, p. 3087 («E’ impedito al giudice amministrativo entrare nel merito della sufficienza o insufficienza della qualità del servizio assicurato da alcune emittenti RAI alternative»); T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 1° luglio 2013 n. 6493, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2013, pp. 2321-2322 («La richiesta di riesame di una valutazione di merito è notoriamente estranea allo scrutinio di legittimità»).

Cfr. pure: G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 s., segn. pp. 1610-1611 s.; G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1861 s., segn. p. 1888; OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito...*, p. 195.

³⁵L’art. 7, co. VI, D.Lgs. n. 104/2010 cit., nel disporre che “il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge” in generale, rinvia nello specifico all’art. 134 ove sono contemplate appena cinque *species* aventi ad oggetto: a) l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell’ambito del giudizio di ottemperanza (disciplinato dal Libro IV, Titolo I); b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa (*ex artt.* 126 s. c.p.a.); c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle autorità amministrative, indipendenti e quelle previste dall’art. 123 relativo alle sanzioni alternative; d) le

invarianza del dato di esperienza), non possono esimere dal trascorrere verso considerazioni di diritto processuale. In particolare, a partire dalle ulteriori implicazioni che fanno eco agli esiti principali del discorso “attualizzante” testé riportato: quali inerenti all’esercizio ed ai limiti dei poteri “tipici” di decisione che, essendo in armonia “di fondo” con quanto osservato da risalenti dottrine, non v’è ragione perché non vengano riproposte con le stesse, chiare espressioni di quelle.

Così, per quello spunto di riflessione in forza del quale (ai sensi dell’art. 27, n. 4, T.U. 26 giugno 1924 n. 1054) *«anche il giudice amministrativo possiede una facoltà di valutazione che, talvolta, potrebbe consigliarlo, in vista dell’interesse pubblico dell’azione amministrativa, ad astenersi dal procedere all’annullamento dell’atto»*³⁶.

Ancora, per quell’ordine di connessioni per cui: *«si può chiedere ...se il giudice di merito sia tenuto in ogni caso ad emettere una pronuncia che superi il mero annullamento dell’atto, nel senso che, anche quando il giudice si limiti ad annullare il provvedimento impugnato come illegittimo, si debba da ciò implicitamente dedurre una decisione secondo merito, equivalente alla decisione che, nel caso, la miglior tutela, contemperante l’interesse pubblico con il privato, consisterebbe nel non prendere alcun altro provvedimento. Pur condividendo l’opinione che in taluni casi il giudice possa così disporre, la nostra risposta è che il giudice non è tenuto necessariamente ad emettere una pronuncia che superi il mero annullamento, non solo perché il giudice di merito è sempre un giudice di legittimità, ma anche perché una pronuncia di reintegrazione piena deve*

contestazioni sui confini degli enti territoriali; e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all’art. 8, L. n. 161/1962.

³⁶P. BODDA, *Sull’obbligo di annullare d’ufficio o su denuncia gli atti amministrativi illegittimi* -nota a sent. Cons. Stato, sez. IV, 24 settembre 1941 n. 304-, in *Foro amm.*, 1942, I, 1, col. 1 s., segn. col. 6.

essere concessa in funzione del “petitum” delle parti e anche influenzata da considerazioni di opportunità»³⁷. In altri termini:

- se il deferire alla giurisdizione di merito certe controversie risponde all'esigenza di tutelare in modo più pieno particolari situazioni soggettive (che possono avere anche rilievo costituzionale); per cui il giudice amministrativo, di norma, non può prescindere dall'esercizio degli speciali poteri che gli spettano;

- cionondimeno, va tenuto conto che:

quanto ai poteri di cognizione, quel giudice non potrà rinnovare qualsiasi apprezzamento discrezionale, ma solo quelli che richiede la tutela dei particolari interessi presi in considerazione dal Legislatore con il deferire certe controversie alla sua competenza; parimenti, quanto ai poteri di ricostruire la situazione di fatto dalla quale è scaturito l'atto impugnato³⁸;

circa i poteri di statuizione (modifica e sostituzione dell'atto impugnato), dovranno esercitarsi in coerenza con quelli cognitori; per cui vi si procederà qualora dalla ricognizione della situazione di fatto e del suo apprezzamento discenda l'opportunità che l'atto venga modificato o sostituito affinché l'interesse del ricorrente trovi piena soddisfazione³⁹; peraltro, senza per questo escludere la possibilità di atti consequenziali da parte dell'amministrazione, stante il superamento del regime contenuto nel T.U. Cons. St.

³⁷A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 370 s., segn. pp. 461-462.

³⁸ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito...*, p. 221.

³⁹OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito...*, pp. 193-194.

(art. 45) che ammetteva l'eventualità di questi ultimi solo nell'ambito di spettanza della giurisdizione di legittimità⁴⁰.

In funzione di questi stessi elementi pare debba venir risolto anche un ulteriore ordine di questioni. Così, rispetto alla tesi per cui, in caso di riforma o sostituzione dell'atto impugnato, la relativa pronuncia sarebbe equivalente allo stesso provvedimento che l'autorità amministrativa avrebbe adottato; si condivide quella per cui il contenuto della pronuncia andrebbe posto, invece, in relazione con la controversia sottoposta al vaglio del giudice. *«L'attività del giudice infatti, deve contenersi nel tema della controversia, e quindi la pronuncia non deve uscire da questo ambito. Vero è però che, tutelandosi il diritto o l'interesse con la riforma o sostituzione di un atto amministrativo, che è atto per definizione determinato ad interessi pubblici, è ovvio che il giudice questo interesse debba considerare. La pronuncia del giudice quindi, dovendo contenere una determinazione in cui entra come coefficiente anche l'interesse pubblico, dovrà a questo interesse pubblico tornar conveniente, non esser soltanto una pronuncia ispirata a criteri di equità; naturalmente non dovrà essere non equa, ma come equa dovrà essere anche opportuna»*⁴¹.

«Infine l'essere la pronuncia del giudice, in quanto diretta a reintegrazione piena, circoscritta al solo tema della controversia, può servire a spiegare, da un lato, perché l'attività del giudice in materia rimanga nell'ambito dell'attività giurisdizionale [rectius, giudiziale], pur importando esercizio di potestà discrezionale; da un altro, aiutare a comprendere il difficile problema della efficacia di cosa giudicata delle sentenze costitutive emesse dal giudice di merito. E questo sia perché mal si comprende come un provvedimento amministrativo, vero e proprio, una tale efficacia possa acquistare benché

⁴⁰G. CORREALE, *Atti consequenziali al giudizio di merito*, in *Nuova rass.*, 1981, n. 14, pp. 1417-1418.

⁴¹AMORTH, *Il merito...*, pp. 462-463. Cfr. pure P. G. PONTICELLI, *Appunti intorno al problema della compatibilità fra divieto costituzionale di controlli di merito e giurisdizione di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito* (seminario organizzato a Perugia, il 3-4 novembre 1968, dalla sezione umbra del Centro italiano di studi amministrativi), Firenze, 1969, p. 53 s., segn. p. 57.

dovuto ad autorità giurisdizionale, sia perché l'attività amministrativa dalla pronuncia del giudice non resta affatto ostacolata, il rispetto della cosa giudicata limitandosi al solo punto in cui l'interesse privato incide nell'interesse pubblico e potendo, nella restante parte, spaziare e muoversi secondo il mutevole interesse amministrativo»⁴².

3.2 Ulteriori profili di “tecnica processuale” ed “organizzativi”

In definitiva, possono così ritenersi lumeggiati gli aspetti dogmatici (con le relative implicazioni), in forza dei quali dovrebbe invertirsi l'orientamento della parabola del sindacato (giudiziale) di merito, alla luce dell'attuale modo d'essere dell'intervento amministrativo nella vita sociale. Cionondimeno tale discorso rischia di risultare solo astrattamente giustificato e plausibile; a meno di superare (di là da una tralatizia resistenza dello stesso giudice amministrativo all'esercizio di quella competenza e dei poteri istruttori connessi) certa inidoneità, sul piano sia della “tecnica processuale” che “organizzativo”, probabilmente elusa dal momento che (con certa disinvoltura) ci si è limitati a ravvisare, fra i tratti “distintivi” della giurisdizione di merito (oltre a quelli, già trattati, della “tipicità-eccezionalità” e dell’“aggiuntività”), di non alterare la struttura processuale, “ordinaria” (quale sottesa al sindacato di legittimità)⁴³. Fra le soluzioni, in tal senso prefigurabili a livello legislativo, possono segnalarsi:

il riconoscimento dettagliato di una legittimazione delle parti del giudizio a concorrere alla ricostruzione dell'atto, sì da ricondurre l'attività “sostitutiva” entro la sfera del

⁴²AMORTH, *Il merito...*, pp. 463-464.

⁴³Cfr. GAROFOLI-FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo* (annotato), Roma, 2010, vol. III, pp. 1848-1849.

contraddittorio, scongiurando il rischio di apprezzamenti (per quanto prudenti, equi) slegati fra di loro e soprattutto privi di nessi con la complessiva azione amministrativa⁴⁴;

l'integrazione dei collegi con esperti dei diversi settori che, di volta in volta, affianchino i "giudici di carriera"; altrimenti il ricorso, da parte dell'"ufficio" giudicante (in via collegiale o presidenziale), ad organi tecnico-consultivi appositamente istituiti presso l'amministrazione ovvero estranei a quest'ultima⁴⁵.

Si tratterebbe, comunque, di adeguare, all'introduzione di tali meccanismi, la stessa responsabilità del giudice (in quanto inamovibile ai sensi dell'art. 107 Cost.), anche in relazione alla tempistica delle sue decisioni.

Solo a queste condizioni operative potrebbero fugarsi le (altrimenti fondate) perplessità circa maggiori garanzie (in concreto) di buon andamento dell'attività amministrativa, derivanti dal sostituire ad una determinazione "discrezionale" (dell'amministrazione, come tale sottoposta ad una verifica di coerenza e razionalità da parte del giudice), altra determinazione ("discrezionale", stavolta del giudice) sottratta a sindacato "esterno"⁴⁶.

≈

⁴⁴Rischio paventato da M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, V, col. 59 s., segn. col. 64.

⁴⁵M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 249 s., segn. p. 257. Cfr. pure VACIRCA, *Riflessioni...*, pp. 1592-1593.

⁴⁶VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1604. G. VIGNOCCHI, *Problemi della giurisdizione di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito* (seminario organizzato a Perugia, il 3-4 novembre 1968, dalla sezione umbra del Centro italiano di studi amministrativi), Firenze, 1969, p. 134 s., segn. p. 137. Secondo GASPARRI, *La crisi...*, p. 82, il silenzio riservato dalla Costituzione alla giurisdizione di merito (a differenza che per quelle di legittimità ed esclusiva) non sarebbe da ritenere casuale.

**LA “JURIDICTION” ADMINISTRATIVE
EN APPRÉCIATION ULTRA-LÉGALE ("DI MERITO")**

RAPPORT ANNUEL - 2014 - ITALIE

(Avril 2015)

Paolo COTZA

TABLE DES MATIÈRES

1.1 Crise de la “juridiction” en appréciation ultra-légale, entre la destruction du mythe de la “clause générale” de séparation des pouvoirs et le principe (constitutionnel) de “plénitude” de la tutelle

1.2 Quelques-unes des implications, de l’idée de “procédure ouverte”, sur le contrôle judiciaire

2 Pour une nouvelle perspective de la “juridiction” administrative en appréciation ultra-légale

3.1 Annotations de droit du procès. De l'exercice et des limites des pouvoirs “typiques” de décision

3.2 Pour un supplément de profils de “technique du procès” et d’“organisation”

1.1 Crise de la “juridiction” en appréciation ultra-légale, entre la destruction du mythe de la “clause générale” de séparation des pouvoirs et le principe (constitutionnel) de “plénitude” de la tutelle

Le code en vigueur du procès administratif établit que, dans l'exercice d'une juridiction avec connaissance étendue à l'appréciation ultra-légale, «*le juge administratif peut se substituer à l'administration*» (art. 7, co. VI, Décret Législatif du 2 juillet 2010 n. 104). Vraisemblablement, il s'agit d'une formulation "œcuménique" : tendue au dépassement des divisions profondes enregistrées parmi les commentateurs, telles que celles favorisées également par le laconisme excessif des précédentes dispositions normatives concernant le même pouvoir. Ainsi, on pouvait distinguer : entre ceux qui mettaient l'accent sur les particularités du relatif syndicat, en tant qu'étendu aux profils extra-juridiques de convenance, d'utilité¹ ; et ceux qui, au contraire, partant de la prémisse de l'inexistence de toute distinction qualitative (d'ordre cognitif) entre les juridictions, croyaient s'arrêter surtout sur le moment décisionnel qui comprend aussi la réforme éventuelle de l'acte attaqué ou, de toute façon, la possibilité de "régler" le rapport juridique qu'on peut en tirer².

Au-delà de ces débats, toujours est-il que le droit positif le plus récent, même s'il a défait le nœud interprétatif en faveur du deuxième terme de l'alternative (grâce à une homologation répandue des moyens de preuve de la juridiction administrative -art. 63 du [c.]ode du [p.]rocès [a.]dministratif-)³, il ne semble pas valable :

¹V. OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, *La giustizia amministrativa* -actes du congrès commémoratif du centennal des lois administratives d'unification-, par G. Miele, Vicenza, 1968, p. 189.

²A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939 (actuellement *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 369); G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, *Studi in onore di Antonino Papaldo: scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975, p. 215.

³Donc, en face du dépassement de différences de pouvoirs instructeurs par rapport à la juridiction de légalité, dans les cas de juridiction en appréciation ultra-légale, le juge, là où il a accueilli un recours et dans les limites de la demande, peut adopter un nouvel acte, ou bien modifier ou réformer ce qui a été attaqué (art. 34, comma I, lett. "d" du c.p.a.) c'est-à-dire, il peut se substituer à l'administration (art. 7, comma VI du c.p.a.). Cette prérogative est au contraire exclue lorsque la juridiction administrative n'est pas étendue à l'appréciation ultra-légale, bien qu'elle soit exclusive (Tribunal Administratif Régional de la Puglia, Bari, 29 décembre 1989 n. 877).

- ni à dépasser l'attitude traditionnelle de la jurisprudence administrative, peu encline à l'exercice de pouvoirs d'instruction, ultérieurs par rapport à ceux qui lui reviennent de droit à titre "ordinaire", ainsi qu'à l'émission d'arrêts fondés sur des raisons d'opportunité : opposant, aux censures de l'appelant, des vices d'admissibilité ultérieurs en ce qui concerne le défaut d'appréciation ultra-légale (tel que limite sur laquelle l'assemblée plénière de la Cour de Cassation est appelée à veiller)⁴ ; et de toute façon étant établie la thèse (dans les

Sur le point, cf. R. CHIEPPA (dir. par), *Il codice del processo amministrativo* (commentaire), Milano, 2010, p. 681-682, où on met l'accent sur la façon dont, au-delà du cas principal parmi ceux énumérés à l'art. 134 c.p.a. - jugement d'obtempérance-, pour le reste, l'"inclusion" a été dictée par la nécessité de permettre au juge l'exercice de pouvoirs substitutifs de l'administration, plutôt que par l'exigence de lui remettre le contrôle sur des appréciations ultra-légales.

⁴«La censure qui postule l'exercice d'un contrôle ultra-légal sur les choix discrétionnaires adoptés par l'Administration Régionale dans la détermination des mesures les plus appropriées pour la restriction des dépenses sanitaires et pour la graduation correspondante, est inadmissible (la même, en l'espèce, se justifie par la carence non démontrée du contrôle de justesse des prestations, en se référant à laquelle aucune allégation probatoire n'est offerte)» (Tribunal Administratif Regional de la Campania, Napoli, sect. I, 3 juin 2013 n. 2862, *Foro amm. - T.A.R.*, 2013, p. 2011-2012) ;

«Il appartient à la puissance de programmation régionale d'individualiser les critères de répartition des fonds, dont le non-respect est purement supposé par l'appelant avec une plainte inadmissible. Il est vrai que la détermination des limites de frais ne peut pas être établie sans une préventive instruction entendue à évaluer les causes des déficits et à pondérer les mesures appropriées à les couvrir et en particulier au moyen d'un minutieux contrôle de justesse des prestations. Toutefois, la censure, postulant l'exercice d'un contrôle ultra-légal sur les choix discrétionnaires adoptés par l'Administration Régionale dans la détermination des mesures les plus appropriées pour la restriction des dépenses sanitaires et pour la graduation correspondante, non seulement est inadmissible, mais pousse par la carence non démontrée du contrôle de justesse des prestations, par rapport à laquelle il n'est offert aucune allégation probatoire» (Tribunal Administratif Regional de la Campania, Napoli, sect. I, 7 mars 2012 n. 1141, *Foro amm. -T.A.R.*, 2012, p. 863-864).

Cf. aussi Cass., assemblée plénière, 29 avril 2005 n. 8882.

circonstances dans lesquelles sans possibilité d'erreur on aurait pu s'aventurer) de la "préjudicialité" d'un contrôle sur l'usage légitime du pouvoir de la part de l'autorité⁵ ;

- ni à "revitaliser" en général l'institution, du moment que le nombre (par matières) des contentieux, dont résulte annexe (sans possibilité d'erreur) un contrôle en appréciation ultra-légale, a été progressivement diminué⁶ ; là où on enregistre, comme unique circonstance en

⁵Appelée aussi de la fonction simplement "ajoutée" de la juridiction en appréciation ultra-légale, dans le sens que : le contrôle sur la légalité de l'acte attaqué précède de toute façon celui en appréciation ultra-légale ; et son exercice, dans le cas où il mène à l'annulation de l'acte, soustrait au juge tout pouvoir substitutif (ainsi, à partir de Cons. Etat, sect. V, n. 826/1960, *Consiglio di Stato*, 1960, I, p. 2267 ; n. 1256/1962, *ivi*, 1962, I, p. 2045).

Cf. aussi : *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa* (dir. par A. Romano), Padova, 2001, p. 397 ; *Codice del processo amministrativo* (dir. par Garofoli-Ferrara), Roma, 2010, III, p. 1849 ; A. POLICE, *Le forme della giurisdizione, Giustizia amministrativa* -dir. par F. G. Scoca-, Torino, 2013, p. 97 s., p. 104.

⁶Il suffirait d'une comparaison entre les cas (de temps en temps) énumérés par le Législateur ;

- à partir de ceux les plus anciens commentés dans :

G. FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, Il Consiglio di Stato -studi in occasione del centenario-*, Roma, 1932, p. 1 et suivantes, p. 94 et suivantes, qui, il y a longtemps de cela, en 1932, peut encore consacrer un ample développement des cas (sur la base -non seulement de quelques "lois d'exception"- des artt. 27 et 29, T.U. Consiglio di Stato ; 1 et 4, T.U. Giunte provinciali amministrative), quoiqu'on reconnaisse que «...la juridiction en appréciation ultra-légale a peu d'importance pratique et ...pendant ces dernières années on en a réduit le domaine d'application. Du moment où le contentieux sur les élections communales et provinciales manque et du moment où la juridiction en matière de centimes additionnels et d'hospitalisation se limite à la seule légalité, le contentieux en appréciation ultra-légale porte presque exclusivement sur les licenciements et sur les sanctions disciplinaires des employés des administrations locales. ...Approximativement on peut dire que les recours en matières, sur lesquelles une juridiction en appréciation ultra-légale serait possible, ne dépassent pas le cinquième du total, dont les quatre cinquièmes concernent le contentieux des employés des administrations locales» (*ivi*, p. 120 et suivantes) ;

P. GASPARRI, *La crisi del sistema della giurisdizione amministrativa, Consiglio di Stato*, 1968, II, p. 73 et suivantes, p. 82-83 ; ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito...*, p. 215 et suivantes ;

- pour arriver à celle en vigueur, visée à l'art. 134, D.Lgs n. 104/2010 cit. ; qui résulte des prescriptions de l'art. 44, comma 2, lett. "b)", n. 2, L. n. 69/2009 qui avait dicté, en tant que critère de délégation, le reclassement des cas de juridiction en appréciation ultra-légale, également par l'abolition des cas non plus cohérents avec le système juridique actuel.

Significativement ainsi établi le Tribunal Administrativo Regionale de la Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 aprile 2012 n. 423, *Foro amm. - T.A.R.*, 2012, p. 1413-1414 : «Contrairement à l'art. 7 de la l. n. 1034 du 1971 précédemment en vigueur, l'art. 134 c.p.a. n'inclut pas les ordonnances de circonstance et urgentes parmi les mesures pour lesquelles la cognition est étendue aussi à l'appréciation ultra-légale, c'est pourquoi on doit considérer que celles-là sont contrôlables seulement sous l'angle de la légalité et non aussi en ce qui concerne les profils d'appréciation ultra-légale, sur la véracité des prémisses de fait considérées, la suffisance et la crédibilité des instructions établies et/ou l'avantage, l'opportunité et l'équité des déterminations prises».

Dans le contexte actuel, il faut seulement ajouter (pour citer les hypothèses les moins discutées) la reconduction, à autant de formes de connaissance judiciaire étendue à l'appréciation ultra-légale (bien que non nécessairement additive par rapport à la juridiction générale, ni autorisant l'exercice de pouvoirs substitutifs) : soit de la discipline constitutive de la soi-disante *class action* contre l'administration publique ; soit de celle en matière d'expropriation qui accorde au juge administratif, dans le cas où il accueille la demande en tant que fondée, une appréciation autonome en ce qui concerne l'opportunité de disposer (plutôt que la restitution du terrain illégitimement occupée et transformée) une réparation par équivalent; comme de la réglementation dédiée (par le c.p.a.), à propos de la déclaratoire d'efficacité/inefficacité du contrat, dans les cas de violations de la discipline en matière de adjudications publiques.

A propos de la première on a remarqué comment: malgré que la formulation de l'art. 4, L. 4 marzo 2009 n. 15, de délégation au gouvernement (laquelle apporte -entre autres- des principes et des critères en matière d'appréciation des structures et du personnel des administrations publiques et d'action collective), permette à tous les intéressés d'agir en justice «si par la violation de *standard* qualitatifs et économiques ou des obligations contenues dans les Chartes des services, à cause du manque d'exercice de pouvoirs de vigilance, de contrôle ou de sanctions, par la violation des termes ou par la non-émanation d'actes administratifs généraux, s'ensuit la lésion d'intérêts juridiquement considérables pour une pluralité d'usagers ou consommateurs», avec la prévision interdépendante d'une "juridiction exclusive et en appréciation ultra-légale du juge administratif" ; aux termes de l'art. 1, comma VII, D.Lgs. d'exécution, n. 198/2009, il semble attribuer cette action au seul domaine de la juridiction exclusive. Il en résulte seulement qu'il n'est pas possible d'exclure que l'attribution au juge administratif soit qualifiable en tant qu'étendue à l'appréciation ultra-légale, du moment qu'il doit : tenir compte des ressources instrumentales, financières et humaines concrètement à disposition des parties intimées ; faire droit aussi à la demande s'il établit la violation, l'omission ou l'inaccomplissement, ordonnant à l'administration publique ou au concessionnaire de

tendance opposée, une prévision d'emploi du jugement d'obtempérance de plus en plus consolidée⁷.

En se référant aux paragraphes “3” pour annotations ultérieures de commentaire du droit positif, le fait est que : en reproduisant les destinées de l’homonyme institution substantielle (caractérisée par une définition “en négatif”), par rapport au parcours tourmenté d’“extériorisation-objectivation” du pouvoir discrétionnaire de l’administration (pour lequel on peut renvoyer à une publication spéciale qui se trouve sur le même site web⁸) ; les

porter remède dans un terme convenable, dans les limites des ressources instrumentales, financières et humaines déjà destinées à titre ordinaire et sans de charges nouvelles ni de charges plus lourdes pour les finances publiques (A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo, La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e le “ragioni” dell’interesse pubblico* -actes des journées d’étude sur la justice administrative dédiées à E. Cannada Bartoli-, Siena, 2009).

En ce qui concerne la deuxième, on peut renvoyer aux annotations indiquées par le *Codice del nuovo processo amministrativo* (dir. par Caringella-Protto), Roma, 2013, p. 1334-1335, aussi à l’art. 43, comma 3, D.P.R. 8 juin 2001 n. 327.

À propos de la troisième, il a été observé que: «toujours en raison de la profondeur du contrôle attribué au juge administratif et des critères à la manière desquels son jugement doit se dérouler, on doit considérer que les arrêts aussi qui font application des artt. 121 et suivantes du Code [du procès administratif] s’étendent à des appréciations ultra-légales» (POLICE, *Le forme della giurisdizione...*, p. 106).

Cf. aussi : *Codice del nuovo processo amministrativo* (dir. par Caringella-Protto), cit., p. 1334-1335, en matière de jugement de dédommagement en cas de lésion de l’intérêt au bien de la vie sous-tendu à un “intérêt légitime”, prétensif donc, appréciation pronostique d’interdépendante sur le ressort effectif de ce bien ; ainsi que, F. D’ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, p. 42 et chap. IV.

⁷Entre autre, pour admission de certaine jurisprudence dont est emblématique Cons. Etat, séance plénière, 30 juillet 2008 n. 9, par laquelle cf. R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, www.giustamm.it, p. 1 et suivantes.

⁸P. COTZA, *Le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale (“merito amministrativo”)*, rapport annuel 2013 – Italie, *Ius publicum network review* (www.ius-publicum.com).

discours sur la juridiction en appréciation ultra-légale ont constamment ressenti (au point de la réduire à une sorte d'anomalie) d'un profond conditionnement exercé par la conception traditionnelle du modèle "plus grand" (de légalité), comme centré autour de règles codifiées dans le système et autour d'une conception conforme du vice de l'excès de pouvoir (contrôle indirect sur les aspects de conformité extrajuridique de l'acte)⁹. Ceci a fini par imposer aux premiers les catégories conceptuelles de la deuxième ; ainsi en excluant, à cause des inévitables "incrustations", de trouver les routes pour une caractérisation autonome. Là où, seulement avec le temps, l'idée selon laquelle celle en appréciation ultra-légale se résoudrait en une espèce de "variation sur le thème" de la juridiction de légalité (à cause de la connaissance du fait, la plus complète), a commencé à gagner l'estime (des interprètes) ; cette dernière, à son tour, soumise à une redéfinition (vu l'alternance, comme chacun sait, au bénéfice du rapport et de la matérialité de l'intérêt)¹⁰.

Dernièrement, en se référant aux vicissitudes d'élaboration de l'institution et aux "perspectives" corrélatives, un examen attentif (en se servant même d'un "style" comparatif étendu, grâce à l'expérience d'autres systèmes nationaux et supranationaux, à d'analogues phénoménologies intérieures de droit soit constitutionnel soit privé) est offert par B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, ed. CEDAM, 2013.

⁹Bien que reconnaissant que le jugement de "proportionnalité" entre effets qui sont nés de l'acte et aménagement donné aux intérêts des particuliers destinataires de celui-ci, «permet une extension de l'optique d'enquête du juge également aux prémisses de l'acte attaqué et, donc, une tutelle plus effective des situations juridiques, subjectives revendiquées dans le procès»: A. ROMANO (dir. par), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, p. 398.

Cf. U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, (*La giurisdizione amministrativa di merito* -séminaire organisé à Perugia, 3-4 novembre 1968, par la section ombrienne du Centre italien d'études administratives-, Firenze, 1969 ainsi que) *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 499 et suivantes, p. 502-503.

¹⁰E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, *Nuova rass.*, 1981, n. 14, p. 1415-1416. Une confirmation des indécisions qui dérivent de ce trouble semble s'apprécier, plus que partout ailleurs, par rapport à l'un des "cas" qu'on voudrait ramener à la "juridiction" en appréciation ultra-légale malgré le silence du Législateur : il s'agit de la révocation d'actes administratifs (à efficacité durable ou instantanée) qui ont une incidence sur les rapports de négociation, en correspondance à laquelle l'art. 21-*quinquies*, comma 1-*ter*, L. n.

Ayant l'intention d'offrir une représentation (bien qu'approximative) de celle qui évidemment a pris les dimensions d'une "crise d'identité" (fonctionnelle et dogmatique) de l'institution, il semble impossible de se soustraire avant tout à une opération de mise à jour du principe de "plénitude" de la tutelle juridictionnelle-administrative, telle qu'on peut en déduire de l'art. 24 Constitution. Au besoin, il faut commencer par la même raison d'être de la juridiction: consistant à (faire cesser l'état de fait en contradiction avec le droit et, de toute façon) rétablir (dans la mesure du possible) un état de choses conforme au droit¹¹. A condition d'être d'accord sur de tels préliminaires: d'un côté, le principe ci-dessus mentionné va désormais entendu en termes "anthropocentriques"¹², en reconnaissant la nature substantielle des situations juridiques, subjectives et surtout en conformant à ces dernières les formes (à partir de celles préparées par le Législateur ordinaire, aussi en termes d'"effectivité" - cf. *infra*-) par lesquelles il est poursuivi¹³; d'un autre, il n'y a pas de

241/1990 dispose que l'indemnisation liquidée par l'administration aux intéressés (paramétré seulement à la perte subie) doit tenir compte soit de la connaissance éventuelle ou cognoscibilité, de la part des contractants, de la contrariété du premier à l'intérêt public, soit de l'éventuel concours des contractants ou des tiers à l'appréciation erronée de la compatibilité de celui-ci avec l'intérêt public. Ceci, évidemment, implique la reconnaissance, au bout du juge administratif, d'une connaissance directe de l'intérêt public, dans l'éventualité où il soit engagé par les contestateurs particuliers.

¹¹Sur la notion de juridiction, E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1979, p. 41.

¹²À propos du succès d'une conception de la justice administrative en tant qu'instrument qui n'est plus tendu à établir un équilibre entre des positions opposées mais plutôt, à assurer la liberté des particuliers, A. TRAVI, *Per una revisione dei limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, *Scritti in memoria di Garcia de Enterría*, p. 4 du texte dactylographié.

¹³Parmi les exemples les plus significatifs :

- l'introduction de la sentence en constatation de droit (autrement "typique" de la juridiction exclusive) dans le sein du même jugement de légalité (lorsque l'annulation ne se révèle plus utile et à titre de dédommagement) ainsi que, par elle, d'un critère d'évaluation centré sur la "légalité-justice" (art. 34, comma III, D.Lgs n. 104/2010) ;

contre-indications à ce que le contrôle judiciaire, sorte des limites du “conflit d'intérêts”, du perfectionnement d'une “élasticité répressive” de plus en plus adéquate à l’“élasticité offensive des comportements de l'administration”, pour s'enrichir de contenus ultérieurs.

la circonstance dans laquelle, en cas de silence-refus, on ne conteste pas un exercice “mauvais-erronné” du pouvoir mais plutôt, le pouvoir même, sa manière d'être “injuste” ;

il est également significatif, que le problème de la décision juridictionnelle d'annulation, devient celui de déduire, de son contenu de vérification, tous les effets constitutifs, de forclusion et de conformité ;

- la reconnaissance de la possibilité de dédommagement des “intérêts légitimes” -de prétention-, dont le jugement pronostique, concerne un bien de la vie ;

- l'introduction d'un rite sur le silence-refus (cf. artt. 34 e 117, D.Lgs n. 104/2010) et sur la réintégration en forme spécifique (avec la relative condamnation de l'administration à un *facere* au moyen de mesures, satisfaisant l'intérêt actionné par l'appelant -cf. art. 30, D.Lgs n. 104/2010-) ;

- la reconnaissance soit des caractères typiques du jugement d'observance à la tutelle conservatoire (avec la conséquent attraction dans la juridiction en appréciation ultra-légale) ; soit de la révocation ou modification (motivées) de l'ordonnance conservatoire (art. 58, D.Lgs n. 104/2010) ;

- l'introduction des moyens adjoints en cours de jugement (art. 43, D.Lgs n. 104/2010) ainsi que, d'une action de condamnation à un *facere* de l'administration, telle que celle en matière d'ostension documentaire (art. 116, D.Lgs n. 104/2010) ;

- l'élargissement du bagage probatoire et d'instruction du juge administratif (artt. 63-69, D.Lgs n. 104/2010) ;

- la reconfiguration de l'observance (art. 112-115, D.Lgs n. 104/2010) comme authentique “jugement d'exécution” des sentences du juge administratif (n'utilisant plus ainsi la valeur originaire de la procédure spéciale, pour endosser les qualités d'extension fonctionnelle du jugement de légalité).

Ex pluribus, cf. : E. CASETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, Riv. it. dir. proc. civ., 1999, p. 689 ; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, Dir. proc. amm., 2011, p. 1207 et suivantes, notamment p. 1216-1217.

Sauf que la mise à jour mentionnée, une fois transférée dans le discours évolutif spécifique sur la “justice administrative”, a dû se mesurer avec au moins deux ordres de problématiques qui se sont traduites en autant de délais à une “émancipation” de préjugés du contrôle judiciaire en appréciation ultra-légale.

On se réfère avant tout à l'exercice des pouvoirs de “connaissance dans le but d'appliquer” de la part du juge : si la constatation de l'état de fait par rapport au droit comporte des recherches, des appréciations et des qualifications même au moyen de critères techniques ou sociaux ; si le Législateur ordinaire peut revendiquer la prérogative de sélectionner les règles dont est déductible la violation, à l'occasion de l'exercice de la fonction de tutelle juridictionnelle d'une situation subjective, juridique¹⁴. D'un côté, il suffit de relever que le recours à des règles techniques ou sociales est indispensable, dans l'application de normes juridiques, chaque fois que ces dernières se rapportent à des concepts qu'on peut déterminer seulement sur la base de ces règles. D'autre côté, *«puisque la Constitution n'a pas prévu un critère précis de discrimination et, d'autre part, la remise au Législateur ordinaire de la détermination de tel critère équivaldrait à priver de toute valeur substantielle la garantie de tutelle juridictionnelle, on doit conclure que l'exécution du droit substantiel à l'égard d'une situation juridique subjective doit se traduire en exécution de toutes les normes qui, directement ou indirectement, disciplinent la situation même»*¹⁵.

¹⁴G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato, III, Roma, 1981, p. 1573 et suivantes, notamment p. 1579.

¹⁵VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1584-1585. L'auteur poursuit : «Le principe de la possibilité de déduire en justice la violation de toutes les normes qui disciplinent une situation juridique subjective ...peut donc être précisé en éclairant que le législateur ordinaire, normalement libre de qualifier un intérêt matériel tel que droit ou tel qu'“intérêt légitime” ou même de ne pas le qualifier du tout, est tenu, lorsque la qualification a été faite, à admettre l'importance en siège juridictionnel (ordinaire ou administrative) de toutes les normes que disciplinent les comportements de particuliers ou d'administrations, qui de toute façon ont un'incidence sur l'intérêt qualifié. Seulement d'une telle façon trouve une concrète application le principe d'effectivité de la tutelle et on assure la

Ce qui a été référé assume un remarquable relief en relation aux normes “imprécises” (qui nécessitent un complètement, en général parce que ceci correspond à l’intention de celui qui les impose) : notamment, lorsque le critère de complètement implique une référence à des disciplines “non exactes” ou l’utilisation de concepts déterminables seulement au moyen de l’“opinion sociale moyenne”). Eh bien, lorsque des normes d’un tel genre disciplinent des activités de l’administration publique, par convention on conclut que (justement) le contrôle du juge peut être seulement indirect (le bien-fondé du critère employé, le caractère exhaustif et le sérieux de l’instruction, l’exhaustivité de la motivation) : c’est-à-dire, il n’est pas à même d’arriver jusqu’à la possibilité de préférer l’appréciation administrative.

Si telle assertion est traditionnellement associée au principe de séparation des pouvoirs, c’est parce qu’on ne réussit pas à en expliquer les fondements : on se limite à évoquer un modèle de justice selon lequel le rôle du juge serait défini par la garantie de l’application correcte de la loi, avec, par conséquent, l’exclusion du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale. Là où divers arguments semblent opposables au nom d’une possibilité d’un “pleine” contrôle. En premier lieu, la prévision, dans la Constitution italienne, d’une “réserve de l’administration publique”, semble douteuse¹⁶. *«Même si, ensuite, on admettait plus probable une distinction entre la “disposition dans l’abstrait” (réservée à la loi) et la prise de mesures concrètes (propre à l’acte administratif et réservé à ce dernier), on déduirait une défense de promulguer des lois-mesures, mais non pas une défense de lier l’administration par des normes qui, même si par une opération d’intégration, dictent une discipline plus ou moins spécifique à son activité. En effet, il faut considérer qu’une technique normative semblable est employée dans la même loi fondamentale, de façon telle*

réalisation d’une protection juridictionnelle des situations juridiques subjectives qui corresponde à leurs disciplines substantielle» (ivi, p. 1587).

¹⁶On peut renvoyer à P. COTZA, *Le pouvoir administratif...*, par. 1.1., ainsi qu’à : V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, p. 20, nt. 35 ; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 68 et suivantes ; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 319.

à exclure, selon les critères qu'on peut déduire des mêmes dispositions constitutionnelles, que telle technique comporte le danger d'invasion, de la part du juge, d'espaces garantis, soit qu'il s'agit de la sphère de liberté du citoyen par rapport à l'application de sanctions pénales non prévues par une loi, soit qu'il agit du domaine réservé à l'administration publique»¹⁷.

On peut ajouter qu'il semble inacceptable, bien que sur un plan de logique moindre telle que celle "opérationnelle" (donc, en faisant même abstraction de la distinction entre un pouvoir discrétionnaire au sens propre -intéressant le profil de valeur et idéologique- ainsi que d'autre de bas niveau), la circonstance pour laquelle les raisons des particuliers, les mieux fondées, doivent succomber devant un choix de mauvaise qualité de la part de l'administration, à cause d'un prétendu relief privilégié qui devrait être reconnu à cette dernière¹⁸.

D'ailleurs, la récente affirmation (toujours au niveau "codicistique") des principes d'"effectivité" et de "concentration", semble déposer, en faveur de telles connexions¹⁹.

¹⁷VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1597. Dans une telle optique on devrait se reporter à la thèse par laquelle, à partir de l'art. 95 Const. (qui établit le pouvoir d'orientation administrative), n'importe quelle forme d'"ingérence judiciaire" dans les affaires de l'administration serait en conflit avec la condition de cette dernière dans l'Etat contemporain (d'origine sociale et interventionniste), en tant que "force largement autonome dans le global système institutionnelle" (cf.: M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione -il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo-, L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Comm. n. 1 *Problemi di amministrazione pubblica*, Formez, Napoli, 1981, p. 21; W. SCHMITT GLAESER, *Pretese, speranze e realizzazioni -Il procedimento amministrativo e la sua legge: un'osservazione introduttiva-, Problemi di amministrazione pubblica*, Cahiers Formez n. 2 -La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania- dir. par A. Masucci, Napoli, 1979, p. 377).

¹⁸Sur ce phénomène de "précompréhension" du juriste, un auteur qui arrête son attention est TRAVI, *Per una revisione...*, par. 3 (p. 7 et suivantes du texte dactylographié).

¹⁹Le premier (-déjà invoqué par M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 3 et suivantes, notamment p. 6- à partir de la L. n. 69/2009, de

1.2 Quelques-unes des implications, de l'idée de "procédure ouverte", sur le contrôle judiciaire

Des raisons d'"économie descriptive" imposent de glisser sur les implications extrêmes, de l'orientation actuelle de la donnée globale d'expérience, envers un objectif de "plénitude" de la tutelle au sens "anthropocentrique", particulièrement en ce qui concerne: la relativisation du "poids" des nombreuses structures sociales (en sens opposé au principe étatiste) ; ainsi que, au sens même (de la conservation), sur les plans dogmatique et fonctionnel, d'une espèce "moindre" de situation subjective, juridique (ainsi que, d'une juridiction "exclusive" -concernant soit des droits subjectifs soit des "intérêts légitimes"-²⁰).

Comme déjà exposé, une attraction progressive du contrôle "sur l'appréciation ultra-légale" de la part de la sphère de la légalité, il semble plutôt confirmée par la conjecture selon laquelle l'exercice des facultés liées à l'"intérêt légitime", de la même façon que peut influencer les choix "en appréciation ultra-légale" avant et hors du jugement, on ne voit pas pourquoi on ne peut pas faire la même chose dans ce dernier siège.

délégation au Gouvernement dans le but de la rédaction du Code, jusqu'à arriver à l'art. 1 du même), en ratifiant le passage d'une juridiction "de légalité" d'un acte (ou du caractère licite d'une conduite) à un'autre "de ressort" (de la prétention substantielle avancée par l'appelant -actions d'exact accomplissement-) et/ou de vérification du préjudice injuste (en vue de l'éventuelle réintégration, même en forme spécifique) ;

Le deuxième (art. 7, comma VII, D.Lgs n. 104/2010 cit.), dont, devant le même juge, au sein du même litige et par le même rite, les censures relatives à des actes, qui rentrent dans les trois, juridictions soutenues (de légalité, exclusive, en appréciation ultra-légale) peuvent se faire valoir ; si on dépasse définitivement certaines discussions sur le "défaut de juridiction" ...intérieures au même juge spécial.

²⁰Pour le dépassement de laquelle récemment et avec une argumentation convaincante, M. MAZZAMUTO aussi s'est rangé (*A cosa serve l'interesse legittimo?*, *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 46 et suivantes, notamment p. 55 et suivantes).

Au besoin, il peut être utile de commencer par la “codification” de règles sur la participation aux procédures administratives²¹. Comme chacun sait, il s'est agi d'une solution de politique législative à l'inexorable impact “cristallisant” : en tant que telle fortement discutée. Néanmoins, étant d'accord sur la conception de pouvoir discrétionnaire, dans le sens de synthèse de tous les intérêts -publics et privés- impliqués, au moyen de cette dictée normative on a poursuivi l’“objectivation du bas” de l'action des “pouvoirs publics”, en tant que solution unique (dans une réalité administrative fortement différencié et changeante) pour ne pas “tomber dans la prévision d'un schéma rigide et abstrait ou dans l'indétermination d'une pure fixation de principes”²². Ainsi, il a été rendu possible : d'une part, de “briser” ce cercle vicieux représenté par la “couverture légale” à une administration “exécutrice” (légitimée seulement pour cela) ; d'autre part, en assurant le contradictoire, d'offrir une base juridiquement contrôlable à l'exercice du pouvoir (“légalité-justice”²³). Mais il y a davantage.

²¹M. PALLOTTINO, *Alcune considerazioni sul merito e sul procedimento*, Nuova rass., 1981, n. 14, p. 1422-1423.

²²Cf. FRACCHIA – OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, L. n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, Giust. amm., 2005, n. 1, p. 48, p. 50-53.

²³Sur l’“interprétation substantielle du principe de légalité”, par laquelle, en présence de vices de la procédure, on pourra reconnaître une illégalité seulement dans le cas où l'intérêt public n'a pas été convenablement soigné, cf. : CERULLI IRELLI – LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, Dir. amm., 2000, p. 617 et suivantes, notamment p. 618 ; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, Giust. amm., 2002, p. 245 et suivantes ; F. LUCIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giornale dir. amm., 2001, p. 1248 et suivantes ; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, Dir. proc. amm., 1998, p. 299 et suivantes, notamment p. 339 ; A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, Dir. amm., 1996, p. 229 et suivantes, notamment p. 250 et suivantes.

Cf. aussi : F. BENVENUTI, *Contraddittorio (principe du)*, Enc. dir., IX, Milano, 1961, p. 738 ; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, Riv. trim. scienza amm., 1978, p. 6 ; ID., *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, Studi economico-giuridici della facoltà di giurisprudenza di Cagliari 1978-1979, Milano, 1980, p. 207 ; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, Studi in memoria di E. Guicciardi,

En effet, si on convient sur cette façon d'être actuelle du profil substantiel, on peut soutenir aussi que celui-ci contribue à faire, de celui administratif, un juge "non purement réognitif", mais "actif, créatif" (non pas un juge qui simplement "rétablit un ordre enfreint", mais "un constructeur, un co-auteur de l'ordre") : comme celui qui ne se limite pas à tuteler des situations subjectives, juridiques de pleine et exclusive attribution individuelle, en conditions de "naturel (institutionnel) déséquilibre" ; mais, à tirer de la réalité sociale l'objet de la propre connaissance (d'abord, en percevant un "conflit d'intérêts", pour ensuite le traduire in termes subjectifs -qu'il y aie ou non un "intérêt légitime" ou un droit subjectif public-). En d'autres termes, si le centre vital de l'action administrative devient l'exercice du pouvoir administratif, le relatif contrôle juridictionnel, ne trouvant pas toujours un ordre normatif accompli : d'une part, finit par entrer en contact avec la multiplicité des intérêts ; d'autre part, se traduit, plutôt que dans la réalisation logicistique de la volonté concrète de la loi (à partir d'une interprétation "conceptuelle"), dans la détermination des "valeurs de justice"²⁴. Donc, lorsque le juge administratif contrôle, il crée, en même temps, le paramètre que l'action administrative aurait dû respecter : en établissant ainsi le domaine d'une nouvelle légalité dans laquelle devient évanescence la limite entre légalité et appréciation ultra-légale (- pouvoir discrétionnaire)²⁵.

Padova, 1975, p. 779 ; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, *Dir. amm.*, 2007, p. 779 ; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996 ; L. TORCHIA, *Procedimento e processo dopo la legge n. 241 del 1990: tendenze e problemi*, *Mondo econ.*, supplément au n. 9/1993, p. 38.

²⁴M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, *Foro it.*, 1978, V, col. 161 et suivantes, notamment col. 164.

²⁵G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1861 et suivantes, notamment p. 1890-1891: «la séparation entre légalité et appréciation ultra-légale qui sont des formes et des moyens relatifs à la connaissance de la validité formelle de la mesure, s'atténue, jusqu'à presque disparaître. Éliminé le facteur d'altération plus incisive des termes du jugement, telle que la réduction de l'objet de ce dernier à un problème de validité formelle, les éléments du jugement même recomposent leurs rapports et retrouvent leur position selon l'ordre postulé par la fonction de justice. Sur le plan de la connaissance, tandis que la légalité devient le critère du contrôle du rapport administratif du point de vue des garanties (ici comprise la tutelle de

D'ailleurs, si de telles connexions sont suffisantes pour le dépassement de l'idée que celle administrative en appréciation ultra-légale représente une "juridiction" autonome, on ne peut pas conclure de la même façon à propos de la reconnaissance d'un *proprium* fonctionnel, "survivant" en ce qui concerne l'appréciation ultra-légale.

2 Pour une nouvelle perspective de la "juridiction" administrative en appréciation ultra-légale

En tirant les conclusions du discours provisoirement ébauché, la "reconversion" d'un contrôle judiciaire "étendue à l'appréciation ultra-légale" ne peut que passer à travers une conception de la ("plénitude" de la) tutelle qui émane : de l'idée de composition d'un conflit entre les intérêts, bien qu'elle doive nécessairement y trouver l'occasion, dans un contexte qui reste de toute façon de "procès de parties"²⁶ ; mais, non pour cela, d'une "réponse de justice".

Celle perspective, cependant, ne peut pas s'envisager (si non en absolu, de toute façon avec la garantie qui vient d'une rigoureuse position dogmatique) jusqu'à ce qu'elle ne soit pas liée (non seulement à des solutions de politique législative, mais) à un discours de "révision" de la légalité, du type de celui épistémologique déjà proposé dans une étude

l'obtention des finalités d'intérêt collectif), l'appréciation ultra-légale devient critère de connaissance des faits supposés par rapport aux positions des parties du jugement».

²⁶L'idée pour laquelle, au-delà de profils de coloration "objective", celui administratif reste un procès dont la fonction principale est de résoudre le litige entre les parties, est vigoureusement confirmée par M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, Riv. dir. proc., 1978, p. 249 et suivantes, notamment p. 252-253, qui en reconnaît la possibilité de la reconduire aux principes : de la demande ; de l'initiative de la partie, en ce qui concerne les aspects auxquels elle est nécessairement reliée à la disponibilité de la situation substantielle ; ainsi que, du contradictoire.

Cf. aussi E. CANNADA BARTOLI, *Principio soggettivo nel processo amministrativo*, Foro amm., 1963, I, p. 334.

complémentaire²⁷. En effet, l'objectif est double : la création des conditions pour joindre, aux locutions "pouvoir administratif en appréciation ultra-légale" et "juridiction administrative en appréciation ultra-légale", propres telles que synergiques connotations par rapport au contenu ; de façon telle à donner citoyenneté (sur le plan d'administration active aussi bien que sur celui de procès) à un contrôle en fonction "améliorative", à la lumière d'une conception "moyenne" d'opportunité.

D'où, la possibilité de dépasser, en même temps, d'éventuelles objections, liées :

- soit à la possibilité de configurer sans faute, en tant que vice (de la même façon de celui de légalité, dans lequel autrement il finirait par se résoudre), de n'importe quel contenu "optimisable" ;

- soit (en comparaison d'une norme -générale et abstraite- qui impose à l'autorité un devoir de "bonne administration") à la possibilité de déduire, en siège juridictionnel, de l'acte (en un certain sens) "inopportun", de portée générale et non dans les limites de matières particulières²⁸ ; en s'exposant, sinon, à la défense de limitations à la tutelle judiciaire énoncée par l'art. 113 Const.²⁹ ;

- soit à la légitimation à agir en justice (intérêt à introduire un recours), dont la discipline en vigueur ne résulte pas entamée ; restant bien entendue la possibilité d'une

²⁷P. COTZA, *Le pouvoir administratif...*

²⁸À propos de l'actuelle permanence d'un caractère "exceptionnel" de la juridiction étendue à l'appréciation ultra-légale : Cass., assemblée plénière, 17 octobre 2002 n. 14751, *Foro amm. -C.d.S.-*, 2002, p. 2329. Conformément, Cons. Stato, sect. IV, 12 mars 2010 n. 1468, *Foro amm. -C.d.S.-*, 2010, p. 553-554 : «La juridiction en appréciation ultra-légale, aussi bien que celle exclusive, en se posant comme dérogatoire par rapport à celle de légalité dans la trame constitutionnelle caractérisée par le principe de séparation des pouvoirs, rend nécessaire une prévision normative, précise et impérative».

²⁹Ce qui résulte craintu par VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1599-1600.

adaptation d'éventuelles interventions "révisionnistes" qu'on devait mettre en pratique (d'ailleurs, conformément à la "dimension sociale" propre à la juridiction administrative) ; et, de toute façon, en tenant en considération le dommage que peut subir la recherche de la vérité d'un "procès sans désaccord"³⁰ ;

- soit à de spacieuses constructions tendues à "justifier" plus de ce qui est dû les différences de relief juridique en comparaison du recours administratif de type hiérarchique ; ce dernier, en effet, présente le caractère d'"instance" adressée à la même administration et, en tant que tel, se prête à un'exposition non seulement de ce qui au droit ou à l'intérêt de l'appelant revient à des dommages, mais aussi de ce qui -au moyen d'une pondération entre public et privé- pourrait se traduire en avantage "de gestion" ; ainsi à justifier -en ce dernier cas- l'inclusion de moyens d'appréciation ultra-légale qui, en tant que plaintes "en voie exclusive", sont exclues lorsque le "siège de justice" est celui juridictionnel³¹.

Au contraire, des implications profitables consisteraient :

- en l'articulation plus nette (et, si c'était nécessaire, objective) de ce pouvoir "additionnel-substitutif" qui (comme rapporté) a été partiellement absorbée par le contrôle de légalité et qui traditionnellement à lui était même interdit³² ; tandis qu'on pourrait

³⁰G. PALEOLOGO, *Merito, prove e riparto di giurisdizione*, Nuova rass., 1981, n. 14, p. 1424-1427.

³¹G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, Enc. dir., XXVI, Milano, 1976, p. 130 et suivantes, notamment p. 140-141.

³²Cons. Etat, sect. V, n. 1256/1962, Cons. St., 1962, I, p. 2045 ; n. 826/1960, Cons. St., 1960, I, p. 2267. L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, Dir. proc. amm., 2005, p. 1 s., segn. pp. 48-49 : «...la vérification de la persistance ou moins concrètement du respect des critères du résultat, en tant que correspondants à des parties, à des composantes ou à des fragments de celui-ci, semble rapportable à un contrôle de type objectif, de fait et technique, qui agit comme tel sur le plan de la légalité».

s'étendre (au-delà du nombre des matières) pour suppléer, par exemple, à une conduite inerte (de silence) de la part de l'administration³³ ;

- par l'effet (complices les préjugés du principe de répartition), en permettant de mettre un frein (et même, de faire demi-tour) à la tendance du juge administratif et du Législateur même, à faire régresser progressivement celle en appréciation ultra-légale, par rapport à une juridiction de légalité de plus en plus étendue et garnie³⁴.

³³R. CHIEPPA, *Scelte politiche ed amministrative e rafforzamento delle responsabilità e dei controlli anche di merito*, Nuova Rass., 1981, n. 14, p. 1420-1422.

³⁴Tribunal Administratif Regionale du Lazio, sect. III, n. 262/1988, *Trib. amm. reg.*, 1988, II, p. 799 ; sect. I, n. 709/1995, *Foro it.*, 1996, III, col. 193 ; Cons. Etat, sect. IV, n. 139/1996, *Giur. cost.*, 1996, p. 1240 (sur la censure cinématographique) ; Cons. Etat, sect. V, n. 220/1996, *Cons. St.*, 1996, I, p. 222, *ibidem*, *Foro amm.*, 1996, p. 553 (sur les ordonnances pour des cas fortuits et urgentes *ex art.* 38, comma II, L. n. 142/1990).

Cf. aussi CORAGGIO, *Merito amministrativo...*, p. 144.

D'où, la tendance de la jurisprudence, plutôt qu'à dégager le contenu de la compétence en appréciation ultra-légale, à signaler la limite qu'il n'est pas admis, à la compétence de légalité, de franchir : Cass., assemblée plénière, n. 1387/1976 ; n. 1736/1984 ; Cons. Etat, sect. IV, n. 816/89, *Foro amm.*, 1989, p. 3029 ; Tribunal Administratif Regionale du Lazio, Roma, sect. I, 9 mai 2012 n. 4169, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, p. 1607-1608 («Les plaintes dirigées à censurer les évaluations ultra-légales, de caractère discrétionnaire, effectuées par l'Administration, sont inadmissibles») ; Tribunal Administratif Regionale du Lazio, Roma, sect. I, 3 septembre 2012 n. 7489, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, p. 2728-2729 («Il n'y a aucun espace dans le domaine du contrôle de légalité pour évaluer directement et en voie autonome ultérieures évaluations consulentiels, qui se réfèrent à l'appréciation ultra-légale des questions examinées par l'autorité qui procède, par le contradictoire avec l'intéressé, en substitution inadmissible du siège judiciaire à celui de l'administration compétente») ; Tribunal Administratif Regionale du Friuli Venezia Giulia, sect. I, 24 octobre 2012 n. 380, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, p. 3087 («Il est interdit au juge administratif de contrôler la suffisance ou l'insuffisance de la qualité du service assuré par quelques station RAI alternatives») ; Tribunal Administratif Regionale du Lazio, Roma, sect. I, 1^o juillet 2013 n. 6493, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2013, p. 2321-2322 («La demande de réexamen d'une appréciation ultra-légale est naturellement étrangère au contrôle de légalité»).

*3.1 Annotations de droit du procès. De l'exercice et des limites des pouvoirs
"typiques" de décision*

Des recherches sur la "justice administrative" ont semblé prioritaires, en considération des questions d'identité (fonctionnelle) irrésolues qui ont marquée l'histoire même de l'institution, en particulier par rapport à une toujours plus grande "plénitude" de prérogatives (soit de cognition soit décisionnelles) que le système reconnaît à la juridiction de légalité : au point de renforcer la conviction générale que le Code approuvé avec D.Lgs. n. 104/2010 cit., malgré les "correctifs", n'a pas fourni de réponse satisfaisante à l'instance d'un authentique (organique) *processus iudicii* sous le signe de la spécialité.

Le fait demeure que, finalement, une prévision de droit positif bien que réduite³⁵, et (pas par hasard) un panorama jurisprudentiel bien que réduit (à l'appui de la substantielle stabilité de la donnée d'expérience), ne peuvent pas exempter d'une transposition des propos sur le plan du droit du procès. En particulier, à partir des ultérieures implications qui font écho aux issues principales du discours "actualisant" ci-dessus mentionné : en tant

Cf. aussi : G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato, III, Roma, 1981, p. 1573 et suivantes, notamment p. 1610-1611 et suivantes ; G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, Riv. trim. dir. pubbl., 1972, p. 1861 et suivantes, notamment p. 1888 ; OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito...*, p. 195.

³⁵L'art. 7, comma VI, D.Lgs n. 104/2010 cit., en disposant que "le juge administratif exerce la juridiction avec cognition étendue à l'appréciation ultra-légale dans les différends indiqués par la loi" en général, renvoie en détail à l'art. 134 où sont prévues à peine cinq *species* qui ont pour objet : a) l'exécution des arrêts juridictionnels exécutoires ou des sentences passées en vertu de chose jugée dans le domaine du jugement d'obtempérance (discipliné par le Livre IV, Titre I) ; b) les actes et les opérations en matière électorale, attribués à la juridiction administrative (*ex art. 126 et suivantes c.p.a.*) ; c) les sanctions pécuniaires la contestation desquelles est assignée à la juridiction du juge administratif, y comprises celles appliquées par les autorités administratives, indépendant et celles prévues par l'art. 123 relatives aux sanctions alternatives ; d) les contestations sur les limites des administrations territoriales ; e) le refus de dessaisissement de permis cinématographique aux termes de l'art. 8, L. n. 161/1962.

qu'inhérentes à l'exercice et aux limites des pouvoirs "typiques" de décision qui, étant en harmonie "de fond" avec ce qui a été observé par des remontantes doctrines, ne peuvent pas être proposées à nouveau par les claires expressions de celles-ci.

Ainsi, pour cette occasion de réflexion en vertu de laquelle (aux termes de l'art. 27, n. 4, T.U. 26 giugno 1924 n. 1054) *«même le juge administratif possède une faculté d'évaluation qui, quelquefois, pourrait le conseiller, en vue de l'intérêt public de l'action administrative, à s'abstenir de l'annulation de l'acte»*³⁶.

Encore, pour cet ordre de connexions selon lesquelles : *«on peut demander ...si le juge de l'appréciation ultra-légale est tenu dans tous les cas à rendre un arrêt que dépassait la pure annulation de l'acte, dans le sens que, même lorsque le juge se limite à annuler la mesure attaquée en tant qu'illégale, on doit de ceci implicitement déduire une décision en appréciation ultra-légale, équivalente à la décision (conciliante l'intérêt public avec le privé) selon laquelle, dans ce cas, la meilleure tutelle, consisterait à ne prendre aucune autre mesure. Pourtant en partageant l'opinion qu'en certains cas le juge pouvait ainsi disposer, notre réponse est que le juge n'est pas tenu nécessairement à l'émission d'un arrêt qui dépasserait la pure annulation, non seulement car le juge de l'appréciation ultra-légale est toujours un juge de légalité, mais aussi parce qu'un arrêt de pleine réintégration doit être accordé en fonction du "petitum" des parties et même être influencé par appréciations ultra-légales»*³⁷. En d'autres termes :

- si le renvoi à la juridiction en appréciation ultra-légale de certains litiges répond à l'exigence de défendre en manière plus pleine des situations particulières subjectives (qui peuvent avoir le même relief constitutionnel) ; de sorte que le juge administratif, comme

³⁶P. BODDA, *Sull'obbligo di annullare d'ufficio o su denuncia gli atti amministrativi illegittimi* -note à Cons. Etat, sect. IV, 24 septembre 1941 n. 304-, *Foro amm.*, 1942, I, 1, col. 1 et suivantes, notamment col. 6.

³⁷A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, actuellement *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 370 et suivantes, notamment p. 461-462.

d'habitude, ne peut pas faire abstraction de l'exercice des pouvoirs d'exception que sont de sa compétence ;

- néanmoins, on tient compte que :

à propos des pouvoirs de connaissance, ce juge ne pourra pas renouveler un'évaluation discrétionnaire quelconque, mais seulement celles qu'exige la tutelle des intérêts particuliers pris en considération par le Legislatore au moyen du renvoi de certains litiges à sa compétence ; de la même façon, à propos des pouvoirs de reconstitution de la situation de fait de laquelle est né l'acte contesté³⁸ ;

les pouvoirs de décision (modification et substitution de l'acte contesté), devront s'exercer en cohérence avec ceux de connaissance ; donc on agira dans le cas où de la reconnaissance de la situation de fait et de son appréciation dérive l'opportunité que l'acte soit modifié ou remplacé afin que l'intérêt de l'appelant puisse trouver pleine satisfaction³⁹ ; d'ailleurs, sans pour ça exclure la possibilité d'actes conséquents de la part de l'administration, à cause du dépassement du régime contenu dans le T.U. Cons. Etat (art. 45) qui admettait l'éventualité de ces derniers seulement dans le domaine du ressort de la juridiction de légalité⁴⁰.

En fonction de ces mêmes éléments il semble qu'un ordre ultérieur de questions doit être également résolu. Ainsi, en ce qui concerne la thèse selon laquelle, dans le cas de réformation ou de substitution de l'acte attaqué, l'arrêt relatif serait équivalent à la même décision que celle prise par l'autorité administrative ; on partage celle d'après laquelle, au contraire, le contenu de l'arrêt devrait être placé en relation avec le litige soumis à l'examen

³⁸ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito...*, p. 221.

³⁹OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito...*, p. 193-194.

⁴⁰G. CORREALE, *Atti consequenziali al giudizio di merito*, *Nuova rass.*, 1981, n. 14, p. 1417-1418.

du juge. *«L'activité du juge, en effet, doit se limiter au thème du litige, et par conséquent l'arrêt ne doit pas sortir de ces limites. C'est vrai que néanmoins, en défendant le droit ou l'intérêt avec la réforme ou la substitution d'un acte administratif, qui est un acte par définition caractérisé par des intérêts publics, il est évident, que le juge devrait considérer cet intérêt. L'arrêt du juge donc, en devant contenir une détermination dans laquelle entre également comme coëfficient l'intérêt public, devrait être adéquate à cet intérêt public, ne pas être seulement un arrêt inspiré par des critères d'équité ; naturellement il ne devra pas être non équitable, mais en tant qu'équitable il devra être aussi opportun»*⁴¹.

*«Enfin la circonstance par laquelle l'arrêt du juge, en tant que dirigé vers la pleine réintégration, circonscrite seulement au thème du litige, peut servir à expliquer, d'un côté, la raison pour laquelle l'activité du juge en la matière reste dans le domaine de l'activité juridictionnelle [rectius, judiciaire], même si elle comporte l'exercice de pouvoir discrétionnaire ; de l'autre, [elle peut] aider à comprendre le difficile problème de l'efficacité de la chose jugée des sentences constitutives émises par le juge de l'appréciation ultra-légale. Et ceci soit parce qu'il est difficile de comprendre comment une disposition administrative, vraie et propre, peut acquérir une telle efficacité bien que dûe à l'autorité juridictionnelle, soit parce que l'activité administrative par l'arrêt du juge ne reste pas du tout entravée, le respect de la chose jugée se limitant seulement au point où l'intérêt privé grave sur l'intérêt public et en pouvant, quant à la partie restante, embrasser et se mouvoir selon le changeant intérêt administratif»*⁴².

⁴¹AMORTH, *Il merito...*, p. 462-463. Cf. aussi P. G. PONTICELLI, *Appunti intorno al problema della compatibilità fra divieto costituzionale di controlli di merito e giurisdizione di merito, La giurisdizione amministrativa di merito* (séminaire organisé à Perugia, 3-4 novembre 1968, par la section ombrienne du Centre italien d'études administratifs), Firenze, 1969, p. 53 et suivantes, notamment p. 57.

⁴²AMORTH, *Il merito...*, p. 463-464.

3.2 Pour un supplément de profils de “technique du procès” et d’“organisation”

En définitive, les aspects dogmatiques (avec les relatives implications), sur leur base l'orientation de la parabole du contrôle (judiciaire) en appréciation ultra-légale devrait s'invertir, peuvent être ainsi éclairés à la lumière de l'actuelle façon d'être de l'intervention administrative dans la vie sociale. Néanmoins un tel discours risque de résulter justifié et plausible seulement en abstrait ; à moins de dépasser (au-delà d'une traditionnelle résistance de la part du même juge administratif à l'exercice de cette compétence et des pouvoirs instructeurs connexes) certaine inaptitude, sur le plan aussi bien de la "technique du procès" que d'"organisation", probablement éludé du moment que (avec une certaine désinvolture) on s'est limités à reconnaître, parmi les traits "distinctifs" de la juridiction en appréciation ultra-légale (non seulement ceux, déjà traités, de la "caractéristique typique-exceptionnelle" et "additive"), la non altération de la structure du procès, "ordinaire" (telle que sous-tendu au contrôle de légitimité)⁴³. Parmi les solutions qui, en tel sens, peuvent se présenter au niveau législatif, sont susceptibles de signalisation :

la reconnaissance détaillée d'une légitimation des parties du procès à contribuer à la reconstruction de l'acte, de façon à ramener l'activité “substitutive” dans la sphère du contradictoire, en conjurant le risque d'appréciations (bien que prudentes, équitables) décousues entre elles et surtout dépourvues de liens avec l'ensemble de l'action administrative⁴⁴ ;

l'intégration des collègues au moyen d'experts des divers secteurs qui, de temps en temps, se joindraient aux “juges de carrière” ; autrement, le recours, de la part du “bureau”

⁴³Cf. GAROFOLI-FERRARI (dir. par), *Codice del processo amministrativo* (annoté), Roma, 2010, vol. III, p. 1848-1849.

⁴⁴Risque craint par M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, *Foro it.*, 1969, V, col. 59 et suivantes, notamment col. 64.

chargé de juger (par voie collégiale ou présidentielle), aux organes techniques-consultatifs spécialement institués dans l'administration ou étrangers à cette dernière⁴⁵.

Il s'agirait, de toute façon, de conformer, à l'introduction de tels mécanismes, la même responsabilité du juge (puisque'il est inamovible aux termes de l'art. 107 Const.), aussi par rapport aux temps ordinaires de ses décisions.

Seulement à ces conditions "de manœuvre" on pourrait dissiper les (autrement fondées) perplexités à propos de plus grandes garanties (en concret) d'efficacité de l'activité administrative, qui résultent du remplacement d'une détermination "discrétionnaire" (de l'administration, telle que soumise à un contrôle de cohérence et rationalité de la part du juge), par autre détermination ("discrétionnaire", cette fois-ci du juge) soustraite à contrôle extérieur⁴⁶.

≈

⁴⁵M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, Riv. dir. proc., 1978, p. 249 et suivantes, notamment p. 257. Cf. aussi VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1592-1593.

⁴⁶VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1604. G. VIGNOCCHI, *Problemi della giurisdizione di merito*, *La giurisdizione amministrativa di merito* (séminaire organisé à Perugia, 3-4 novembre 1968, par la section ombrienne du Centre italien d'études administratifs), Firenze, 1969, p. 134 et suivantes, notamment p. 137. Selon GASPARRI, *La crisi...*, p. 82, le silence réservé par la Constitution à la juridiction en appréciation ultra-légale (à la différence de celles de légalité et exclusive) ne serait pas à considérer casuel.