iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW

N.2 2014

ISSN 2039-2540

Issue n. 2 - 2014-ISSN 2039 2540

Index

Articles

1. Alessandro Cioffi - Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie
2. Maria Beatrice Vanni - Understanding the Commons: the Reception of Elinor Ostrom's Work in Italian Legal Scholarship
3. Francesca Trimarchi Banfi - The Principle of Competition: Properties and Foundations. Its Impact on Italian Law
4. Francesco Manganaro - La corruption en Italie
5. Rafael Caballero Sánchez - La selección del profesorado universitario en España
6. Giuseppe Tropea - El acto político como un problema todavía abierto a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia italiana
7. Silvia Ponzio - Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects

Reports

8. Public Bodies - Civil Service
    a. FRA: Charles Fortier, La fonction publique francese naviga a vista?
    b. FRA: Charles Fortier, La fonction publique française, le bateau ivre?
9. Public Law and Economics (Competition and Regulation) and Public Utilities
    a. ITA: Martina Conticelli, La disciplina dell'accreditamento nel settore sanitario e la sua attuazione
    b. ITA: Martina Conticelli, Accreditation in Healthcare: National Standards and Regional Implementation
10. European Law, Comparative Law, Constitutional Law and International Law - Human Rights
    a. ITA: Miriam Allena, Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale
    b. ITA: Miriam Allena, Art. 6 ECHR: New Horizons for Domestic Administrative Law

IUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

INTÉRÊT GÉNÉRAL ET INTÉRÊT PUBLIC EN DROIT ADMINISTRATIF.
RAPPORT SUR LA FRANCE ET L'ITALIE.

Alessandro CIOFFI

SOMMAIRE:

1. PRÉFACE
2. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL- LA FRANCE
3. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL, LA LOI ET LE RÈGLEMENT
4. L'INTÉRÊT PUBLIC- L'ITALIE
5. CONCLUSION: UNE CERTAINE IDÉE DU DROIT ADMINISTRATIF

1. PRÉFACE

Ce rapport doit son origine à un livre italien[1], qui se base sur une idée de fond: la légalité est conformité à la Loi, mais la légalité peut aussi se rapporter à autre chose, la légalité est, surtout, conformité à « l'intérêt public ». Donc, la considération de l'intérêt public constitue le fondement de la légalité en droit administratif italien. Telle est l'idée de fond cet ouvrage.

Comme dans tous les livres, seulement lorsqu'on a terminé, l'auteur s'aperçoit de quelque chose qui est restée en dehors: la définition de l'intérêt public. Son exactitude est essentielle à l'idée de légalité. Il s'agit d'une notion implicite, mais fondamentale. A cet

[1] Titre italien: A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Cedam, Padova, 2012.

Copyleft – Ius Publicum

égard, en Italie, une idée reçue demeure: la filiation de l'intérêt public de l'intérêt général, tel qu'il a été conçu en France[2].

Mais là, sur la relation entre l'intérêt public et l'intérêt général, une question tout d'abord se pose: sont-ils la même notion ? On verra que l'intérêt général et l'intérêt public partagent des relations complexes, des similitudes, des différences. Mais, sans insister sur cette comparaison, il nous semble que, par une certaine similitude et par leurs différentes applications, ces notions posent la même exigence: l'évaluation des besoins sociaux dans le droit administratif. Il en suit une certaine réponse en terme de légalité administrative. Ce qui permet de faire apparaître une certaine idée du droit administratif, dans les pages finales de ce rapport.

2. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL- LA FRANCE

En France le Conseil d'État a consacré une attention spéciale à ce sujet, en publiant un Rapport intitulé: *«L'intérêt général»*[3]. Il s'agit d'une étude systématique, dont la première partie considère l'intérêt en tant que concept fondateur de l'État et la deuxième partie en tant que finalité et limite de l'action publique.

Dans la première partie, dans ses premières pages, en remontant vers les bases, le Rapport remarque que l'intérêt général est le fondement de l'État moderne et du droit public[4]. Selon le Rapport, l'intérêt général fait son apparition au début de la pensée juridique moderne, en tant qu'intérêt et en tant que général. En tant qu'intérêt, il s'annonce comme le ressort du

[2] v. M. VOGLIOTTI, *Legalità, Enc. dir., Annali*, 2013, VI, 371 ss., 406-407.

[3] v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50*, 1998, Paris, La documentation française, 1999.

[4] Dans le rapport on lit que l'intérêt général est la « pierre angulaire » et « l'épine dorsal », la « justification primordiale » du droit public v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50…* 247, 251, 282.

Copyleft – Ius Publicum

comportement de l'homme moderne[5] ; en tant que général, il s'annonce comme le principal moteur du progrès social, comme l'ensemble des aspirations humaines. La réalisation de l'harmonie entre ces aspirations devient une fonction dévolue à l'État [6].

Dans ce cadre, selon le Rapport, l'intérêt général donne origine à deux conceptions opposées: la conception utilitariste et la conception volontariste. Dans la conception utilitariste et libérale, l'intérêt général est la somme des intérêts particuliers, organisée sur la liberté économique individuelle, en réduisant l'intervention de l'État. Dans la conception volontariste et rousseauiste, l'intérêt général fait abstraction des intérêts des individus: l'intérêt personnel s'efface devant la Loi, expression de la volonté générale[7]. Ainsi le contenu de l'intérêt général est défini par la Loi, « expression de la volonté générale », selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ainsi l'intérêt général s'inscrit dans la tradition volontariste et républicaine française[8].

Dans cette perspective, selon le Rapport du Conseil d'État, l'intérêt général constitue le fondement de l'action publique: il justifie l'action de l'administration publique et l'attribution de pouvoirs exorbitants[9]. L'exercice de ces pouvoirs est déterminé par la Loi et il est posé sous le contrôle de légalité du juge administratif.

[5] v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50…* 247

[6] v. CONSEIL d' ÉTAT, *Etudes et documents n. 50…* 248-249

[7] v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50…* 249

[8] v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50…* 265 ss ; le Rapport ajoute que l'intérêt général représente le « point de rencontre » entre réalité sociale et régime juridique, donnant inspiration au système institutionnel établi par la Constitution de 1958 ; il s'agirait d'une véritable «modalité institutionnelle» de l' État.

[9] v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50…* 266

Copyleft – Ius Publicum

Dans ce cadre se déroule la deuxième partie du Rapport du Conseil d'État. Selon le Rapport, l'intérêt général constitue la « finalité » de l'action publique [10]. Précisément, en tant que finalité, l'intérêt général entre dans le contrôle de légalité sur l'excès de pouvoir. On lit, dans le rapport du Conseil d'État, que l'intérêt général est « objet d'une utilisation constante par le juge, et singulièrement par le juge administratif, qui l'érige en critère d'appréciation de la légalité des actes » [11]. Cela fait apparaître la jurisprudence avec une « absolue constance depuis la décision *Pagès* du 22 janvier 1901, dans laquelle le Conseil d'État affirme que l'administration ne doit se décider que pour des motifs d'intérêt général, et à partir de laquelle le juge de l'excès de pouvoir va systématiquement vérifier que la puissance publique n'agit pas en vue de fins étrangères à l'intérêt général. La première tâche du juge est bien de vérifier l'existence de l'intérêt général invoqué à l'appui de la décision contrôlée »[12].

Par conséquence, selon le Rapport, une telle considération de l'intérêt général amène le juge administratif à deux résultats. D'une part, le juge peut effectuer un contrôle sur l'existence de l'intérêt, c'est-à-dire un contrôle sur l'exactitude matérielle des faits. Par delà, le syndicat arrive à l'appréciation de la mesure: dans quelle mesure l'acte est capable de satisfaire le but public. Il s'agirait d'une appréciation de la proportionnalité ou de l'opportunité[13]. D'autre part, le contrôle du juge administratif tend à faire un « bilan » entre intérêt général et intérêt individuel, ou bien entre divers intérêts publics[14].

[10] v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50…* 271

[11] v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50…*305

[12] v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50…*306

5 v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50…* 308 : « la notion d'intérêt général entretien des relations complexes avec celle d'utilité publique. D'un point de vue jurisprudentiel, l'intérêt général se constate alors que l'utilité publique s'apprécie. … Une telle démarche n'est pas étrangère à une forme de contrôle de l'opportunité» .

[14] v. CONSEIL d' ÉTAT. *Etudes et documents n. 50…* 308.

Copyleft – Ius Publicum

Le souci de l'intérêt général serait donc une véritable technique du contrôle de légalité. Selon le Rapport du Conseil d'État, tout cela constitue le rôle essentiel de l'intérêt général.

Au niveau théorique, le rôle joué par l'intérêt général s'explique par quelques observations, suggérées par les études de D. Truchet. Il est connu que D. Truchet a dédié au thème deux études: « *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État* »[15] ; *« L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre* » [16]; enfin, l'Auteur a revisité la notion de l'intérêt général dans un essai rétrospectif, qui encadre le droit administratif à travers l'intérêt général[17].

Si on voit le rôle de l'intérêt général selon la dogmatique tracée par D. Truchet [18], on en vient à l'idée de fond de la notion. Dans sa première étude, D. Truchet arrive à supposer un

[15] v. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État*, Paris, LGDJ, 1977.

[16] v. D. TRUCHET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État: retour aux sources et équilibre,* contribution annexée, publiée dans CONSEIL d'ÉTAT. *Etudes et documents n. 50*, 1998, Paris, La documentation française, 1999, 361 ss.

[17] v. D. TRUCHET, *Le droit administratif vu par un professeur de droit,* AJDA, 2013, n. 7, 404 ss. Cet article considère l'intérêt général comme un critère valable à designer les particularités du droit administratif et du droit public français. Une partie de la doctrine française s'y oriente, en parlant d'un « *Irréductible intérêt général*» : v. M. LOMBARD, *Irréductible intérêt général, AJDA*, 2006, 1809. Cependant, il ne faut pas oublier que l'intérêt général attire aussi plusieurs remarques en négatif et qu'il a été objet d'une critique profonde, à cause de sa vocation politique et idéologique, et d'une nature logique presque indéfinissable: v. D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif,* LGDJ, Paris, 2000, spéc. 320 ss. et 516-517- où l'intérêt est considéré le résultat d'une fiction juridique, qui appartient à la volonté, à la idéologie, à un jugement de valeur- v. *amplius infra*.

[18] Le Rapport du Conseil d' État a une source d'inspiration déclarée dans les thèses de D. Truchet -v. par exemple la deuxième partie du Rapport, *L'intérêt général, finalité et limite du droit public,* p.271 ss., spéc. 273, note 52 ; et, en plus, dans la troisième partie du dossier on peut lire une contribution annexée de D. Truchet- v. supra.

Copyleft – Ius Publicum

rang de l'intérêt dans la hiérarchie des normes juridiques[19] et il conçoit la suivante classification:

1-. Intérêt général exigé par le texte de la loi ;

2-. Intérêt général implicitement contenu dans le texte de la loi;

3-. Intérêt général exigé indépendamment de tout texte[20].

Dans les trois hypothèses, l'administration ne peut exercer ses pouvoirs que si l'intérêt l'exige; ainsi l'intérêt général apparaît comme une condition ou bien une «norme de droit public »[21].

En tant que «norme», selon la dogmatique tracée dans la deuxième étude, la notion d'intérêt général joue un triple rôle: «norme de mesure» , «norme de contrôle», «norme de raison»[22].

[19] D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État…*, 110.

[20] D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État*., 124-129.

[21] D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État…*, 160. Dans le premier cas, l'intérêt exigé par le texte, le juge se borne à contrôler l'existence de l'intérêt, en lui reconduisant l'existence de certains conditions de fait. Dans le deuxième cas, intérêt implicite, l'imposition de l'intérêt est une création originale du juge, valable comme condition de légalité implicite. Dans le troisième cas, l'intérêt comme facteur légal d'accroissement des pouvoirs, l'intérêt donnerait lieu à une véritable « règle de droit public » capable d'ajouter un pouvoir implicite à un pouvoir déjà existant, ou bien capable d'imposer l'exercice d'un pouvoir existant. Il s'agirait donc de l'intérêt comme « facteur d'initiative». Dans ces trois cas l'intérêt est considéré comme condition de légalité de l'action administrative, comme facteur de la relation de conformité. On en souligne aussi le caractère objectif : « en réalité le caractère objectif du recours en excès de pouvoir tient au fait qu'il ne défend pas les droits des administrés, mais le respect de la légalité erga omnes»… Mais le recours en excès de pouvoir est « également objectif en tant qu'il amène le juge à confronter une décision administrative à un corps de règles positives » (pag. 99, note). Tout cela est fortement critiqué par D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif, …* , 325 ss., 513 ; v. *amplius infra.*

Copyleft – Ius Publicum

En conclusion, dans ce cadre, la notion de l'intérêt général est une composante de la légalité administrative[23].

3. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL, LA LOI ET LE RÈGLEMENT

La conclusion précitée ouvre une perspective diverse: si l'intérêt général entre dans la légalité, la notion de légalité change. Par exemple, l'introduction de l'intérêt pousse la légalité vers l'opportunité[24] : «estampiller d'intérêt général un objectif est une opération proprement politique»[25].

[22] v. D. TRUCHET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État: retour aux sources et équilibre…* 362.

[23] D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État…* préc., 167, où on admet que l'intérêt est une « source directe de la légalité administrative ». Dans cette perspective, la légalité est toute autour du but, et elle est « compatibilité » avec l'intérêt général -v. CH. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité,* CONSEIL d' ÉTAT, *Etudes et documents,* 1957, Paris, La documentation française, 1957, 25 ss. La notion de légalité en ressente en tant que relation: le but d'intérêt public impose un « rapport de conformité entre l'intérêt général et les motifs d'un acte administratif »; surtout l'intérêt devient un critère, le « principal paramètre », de la évaluation juridique de l'action administrative C'est-à-dire qu'un « rapport de conformité entre l'intérêt général et les motifs d'un acte administratif est parfois nécessaire » - v. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État…*., 111. En Italie v. ALB ROMANO, *Introduzione,* in AA. VV., *Diritto amministrativo,* Modena, Monduzzi, 2005, I, 1 ss., 11: la "finalizzazione" al pubblico interesse costituisce il "primo parametro di valutazione" della "liceità" e della legittimità" (à propos de la position de l'Administration publique dans l'ordre général).

[24] La notion d'intérêt, enfin, finirait à changer la notion de légalité, en contribuant à effacer la distinction entre légalité et opportunité v. D. TRUCHET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre,* contribution annexée à CONSEIL d'ÉTAT. *Etudes et documents n. 50,* 361 ss., 368 : « L'intérêt général fait apparaître avec une netteté particulière combien la distinction entre la légalité et l'opportunité est délicate. Pour tout dire, il conduit à la remettre en cause… ». Ainsi « une autre lecture est possible… Elle consiste à donner de la légalité et de l'opportunité des définitions objectives, indépendantes des prudences du juge : la première désignerait alors la fidélité de l'acte attaqué aux règles qui s'imposaient à son

Copyleft – Ius Publicum

Que veut-il dire ? La réponse suggère de remonter aux bases de la légalité, aux sources du droit administratif[26]. On verra, à cet égard, que les solutions du droit administratif français et les solutions du droit italien, jusqu'ici convergentes, sont aujourd'hui divergentes. Il suffira d'observer que, selon la tradition française, le contenu de l'intérêt général est défini par la Loi. Exclusivement par la loi, il nous semble aujourd'hui que le rapport entre la loi et le règlement semble modifié par la Constitution de 1958. Sur les articles 34 et 37 de la Constitution la doctrine française s'est bien interrogée . Toute l'attention se concentrait sur les formules que les textes présentent : l'énumération des matières de l'art. 34 et la formule « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi » de l'art. 37[27]. Dans les premières lectures à chaud, la doctrine y voyait un « objet » et donc elle tirait une conséquence : comme la loi se définit « par son objet »[28], il y aurait une « compétence

auteur, la seconde l'adaptation de l'acte aux circonstances dans lesquelles il est intervenu. Dès lors il y aurait notamment de l'opportunité contrôlée par le juge de l'excès de pouvoir (mais pour ce dernier, il s'agirait de légalité) : il me semble précisément que l'intérêt général entre dans cette catégorie ».

[25] D. TRUCHET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre…* 370 ; et encore on ajoute que « le juge administratif répugne à avouer qu'il substitue sa propre vision à celle de l'administration … *a fortiori* à celle du législateur ».

[26] D. TRUCHET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre…* 370, 375.

[27] M. WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958*, RDP, 1959, 699 ss. , spéc. 699.

[28] M. WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958…*, 709 : « La loi ne peut plus se définir par la qualité de son auteur, mais par son objet. En termes plus savants (ou plus pédants), la conception formelle ou organique de la loi a fait place à la conception objective ou matérielle ». Ainsi on est à la « conception objective ou matérielle de la loi ». De même façon, on parle d'un « élément matériel du règlement »- v. J.-M. AUBY, *Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'administration en droit administratif français, Mélanges Stassinopoulos,* Paris, LGDJ, 1974, 9 ss., 19: « Il reste enfin à évoquer les problèmes posés à l'époque actuelle par le règlement administratif envisagé dans ses *éléments matériels. …* Ce caractère traditionnel est toujours valable».

Copyleft – Ius Publicum

exclusive » de la loi et il y aurait un domaine réservé du règlement [29]. Ainsi les compétences de la loi et du règlement seraient « exclusives l'une de l'autre »[30]. Ce qui pousserait à douter de la traditionnelle supériorité de la loi sur le règlement[31]. Mais aujourd'hui la doctrine majoritaire sait bien que la révolution - la primauté de la loi qui cède à celle du règlement- n'a pas eu lieu[32]. D'ailleurs, il est aussi bien connu que la lecture des articles 34 e 37 de la Constitution a été l'objet de révision par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État[33].

[29] M. WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958…*, 712-713 : la « loi *seule* fixe ces règles… Il y a une compétence exclusive du législateur »- mais cela selon les premières lectures des textes.

[30] M. WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958…*, 716.

[31] Il convient d'insister quelque peu sur ce passage. Ce passage est dû à un facteur de base qui semble venir du passé: l'idée qu'il existe un caractère intrinsèque, de la loi et du règlement v. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1911 : il reconnaît une « Matière des règlements ou caractère des règles réglementaires » (p. 49) et il se vise à « déterminer le caractère matériel des règles contenues dans les règlements, ce qui entraîne forcément une comparaison entre le règlement et la loi ... » ; le règlement a pour objet « l'intérêt du gouvernement et de l'administration… » et « les situations juridiques qui ne seront consacrées que par des règlements n'auront pas le même caractère que celles consacrées par la loi » (p. 50) ; et il ajoute qu'il s'agit d'un « objet propre » du règlement (p.57), dressé en opposition avec la loi. Ainsi au terme opposé se trouve la loi ; selon la définition de R. CARRE' DE MALBERG, *Théorie générale de l' État*, Paris, Sirey, 1920, 334 : la loi se caractérise par une « force formelle », qui résulte de la « supériorité de l'organe » (p. 328-329) ; la loi ne se caractérise pas par son contenu, mais par sa « forme et par la force inhérente à cette forme » (p.329) ; la loi donc doit être définie non par sa matière propre, mais « par sa puissance spéciale de décision initiale». Ainsi le règlement n'a pas un caractère propre, mais possède la « même efficacité générale que la loi » (p. 334).

[32] L. FAVOREU, *Rapport introductif, Le domaine de la loi et du règlement…*, 37 : « Il ne me semble pas qu'il y ait eu, en 1958, la rupture et le bouleversement que l'on accordait à déceler dans notre ordre juridique » ; B. MATHIEU, *La part de la loi, la part du règlement, La loi*, Numéro spécial n. 114, *Pouvoirs*, 2005, 73 ss., 74 : « La révolution visant à faire du règlement édicté par l'exécutif un concurrent de la loi expression de la volonté générale est pour l'essentiel restée lettre morte » ;

[33] L. FAVOREU, *Rapport introductif, Le domaine de la loi et du règlement…* , 26 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Dans ce rapport il ne s'agit pas de reconstruire tout le débat. On peut cependant isoler un point, qui semble le véritable objet de concordance. Selon une théorie, à la loi ressort la « mise en cause », au règlement la « mise en œuvre ». La formule «mise en cause-mise en œuvre» serait donc le critère[34]. Ce qui serait valable à garantir la traditionnelle supériorité de la loi sur le règlement[35]. Mais, surtout, la doctrine observe que cette supériorité s'exerce sur les matières législatives : la liste des matières n'est pas limitée mais ouverte[36] et lorsque la loi vise à la « mise en cause » d'un principe, elle n'a pas de limites[37]. La compétence de la loi peut donc s'étendre aux principes généraux du droit et à l'intérêt général[38]. Il s'en suit

[34] J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif,* Dalloz, 1994, 56 : « Le Conseil constitutionnel a donné, des dispositions de l'art. 34, une interprétation le plus souvent favorable à la compétence législative. … en adoptant comme critère général de répartition des compétences, la distinction entre *mise en cause* des dispositions antérieures, réservée au Parlement, et leur *mise en œuvre*, qui relève du pouvoir réglementaire … La jurisprudence du Conseil d' État s'est orientée dans les mêmes directions» ; v. aussi L. FAVOREU, *Rapport introductif, Le domaine de la loi et du règlement…*, 33-34 : « Il n'y a donc plus de domaine du règlement … Conseil constitutionnel et Conseil d' État lui reconnaissent comme secteur propre tout ce qui est « mise en œuvre » et que le législateur ne peut, en principe, toucher ».

[35] Le règlement demeure subordonné à la loi et aux principes généraux du droit, ainsi la supériorité de la loi « demeure » juridiquement indiscutable (J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif….*, 57-58) ; v. aussi L.FAVOREU, *Rapport introductif, Le domaine de la loi et du règlement…*, 33 « c'est la technique du cantonnement par l'importance » ; B. MATHIEU, *La part de la loi, la part du règlement…*, 74, on admet le maintien de la « prééminence de la loi » ; « aujourd'hui comme hier, la loi est une expression plus directe du principe démocratique que le règlement » (p. 82).

[36] D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État…* préc., 167.

[37] L. FAVOREU, *Rapport introductif, Le domaine de la loi et du règlement…* préc., 31 « le domaine de la loi n'est pas limité à l'énumération de l'art. 34… il peut aussi s'étendre au-delà … Conseil d'État et Conseil constitutionnel ont considéré qu'il suffisait d'invoquer l'atteinte à un principe général du droit pour justifier la compétence législative quelle que soit la matière considérée».

[38] v. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État…*, 160. Dans cette perspective on observe que la loi, selon une tradition consolidée, a le domaine sur la « liberté » et sur

Copyleft – Ius Publicum

que l'intérêt général appartient encore à la loi et, au contraire, qu'il échappe au règlement. La doctrine contemporaine semble accepter ce critère et ses conséquences[39].

4. L'INTÉRÊT PUBLIC- L' ITALIE

Au niveau de théorie générale, l'intérêt public, en tant qu'intérêt, a été étudié par les auteurs italiens qui pensent que l'intérêt est le facteur de base, la « cause », de l'acte juridique[40].

« l'égalité » des citoyens : c'est le domaine qui correspond à l'intérêt général, celui qui donne la « supériorité » de la loi-v. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif….*, 38 : la loi est la «garantie de l'égalité et de la liberté… la garantie des tous les droits individuels… la loi est, par définition, une règle égale pour tous et elle est une règle égale pour tous parce qu'elle exprime les relations d'individus déjà très assimilés ou qui veulent, en supprimant des inégalités sociales, s'assimiler » ; R. CARRE' DE MALBERG, *Théorie générale …*., 336: «Le règlement et la loi sont tous deux des sources du droit : mais le la règle émise par la voie législative a une force supérieure … ». Dans la doctrine contemporaine : M. COUDERC, *Les fonctions de la loi …*., 29: « la généralité est de la nature de la loi puisque celle-ci a pour objet de régler l'ensemble de la vie sociale »; B. MATHIEU, *La part de la loi, la part du règlement…*, 82 : « Indépendamment des règles de compétence fixées par la Constitution, aujourd'hui comme hier, la loi est une expression plus directe du principe démocratique ». v. aussi P. BRUNET, *Que reste-t-il de la volonté générale* ? *Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français, Pouvoirs*, 2005, n. 114, « La Loi », 5 ss. où il fait l'hypothèse critique que « Tout le droit sera compris dans la loi et tout acte émanant d'un autre organe sera réputé en être l'application; ainsi la volonté des actes des administrateurs … ils ne pourraient revendiquer cette expression d'une volonté générale car seule la loi possède un caractère initial »

[39] P. BRUNET, *Que reste-t-il de la volonté générale* ? *Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français… passim*.

[40] E. BETTI, *Interesse, Noviss. Dig. It.,* VIII, 838 ss. ; P. GASPARRI, *Gli interessi umani e il diritto,* Bologna, Zuffi, 1951.

Copyleft – Ius Publicum

Dans cette perspective, dans le droit administratif italien, l'intérêt entre comme intérêt public, en tant qu'intérêt confié aux soins de l'administration publique. Une telle entrée de l'intérêt public a été consacrée par l'article *« Interesse (Dir. amm.) »* de l'Encyclopédie du droit[41]. Il s'agit d'une idée toute dogmatique, qui finit par imposer l'intérêt comme notion en soi. Le véritable développement de l'idée d'intérêt public se déroule au plan positif, dans le système des normes et des sources du droit administratif. Ce dernier montre que l'intérêt public est l'objet d'une certaine attraction. Selon une théorie, dans le système italien, il y aurait deux types d'intérêt public[42]. Le premier type d'intérêt est le résultat dérivé d'un ensemble de lois, une véritable synthèse[43]. Au nom de cet intérêt, le législateur établit un certain équilibre entre les intérêts des individus et l'intérêt de l'administration; normalement il penche en faveur des individus, de manière à protéger leurs droits et à limiter les pouvoirs de l'administration publique[44]. Il s'agit d'un équilibre vital et pourtant il échoit au domaine de la loi[45]. On a donc un intérêt public au sens large, ordonné en faveur des individus. Mais, dès qu'il y a un intérêt général en faveur des individus, il y aussi un deuxième type d'intérêt, qui est en faveur de l'administration

[41] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.),Enciclopedia del diritto,* XXII, 1 ss. ; ALB. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo. Atti del convegno per il 150 ° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato,* Milano, 1983, 95 ss.; F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico,* in *Studi in onore di F. Benvenuti,* Modena, 1996, I, 243 ss; aujourd'hui v. M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale, Riv. trim. dir. pubbl.,*2010, 347 ss.

[42] ALB. ROMANO, *<<L'ordinamento giuridico>> di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione, Dir. amm.*, 2011, 241 ss, 262.

[43] En plus on verra que sur ce plan du droit commun et des relations il y a aussi les normes d'attribution du pouvoir administratif- v. infra.

[44] ALB. ROMANO, *<<L'ordinamento giuridico>> di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione…* 262.

[45] ALB. ROMANO, *<<L'ordinamento giuridico>> di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione…* 262.

Copyleft – Ius Publicum

publique: c'est l'intérêt public au sens strict[46]. Il est fixé par la loi et il est confié aux soins de l'administration publique, mais il est dressé en opposition à l'intérêt du premier type et en guise de limitation, cette fois, de la sphère juridique des individus. Ainsi défini, cet intérêt est attribué à l'Administration en tant que sujet de droit et il est conçu en tant que « finalité » de l'action publique: c'est-à-dire comme but lui-même et cause finale des décisions de l'administration.

De là, la doctrine italienne rattache les sources du droit administratif à ce dernier type d'intérêt[47]. Là il faut placer une distinction: la distinction entre normes législatives qui confèrent les pouvoirs et les normes qui en règlent l'exercice. C'est la distinction entre *« normes d'attribution des pouvoirs »* et *« normes d'exercice des pouvoirs »* [48]. La norme d'attribution des pouvoirs surgit de la loi. La norme qui règle l'exercice des pouvoirs surgit du règlement.

La norme qui règle l'exercice des pouvoirs est strictement rattachée à l'intérêt public: ce dernier y entre en tant que but spécifique de la norme même. L'idée qu'y est rattachée est qu'on ne peut pas penser à un pouvoir administratif dont la fonction ne serait pas indexée à l'intérêt public[49].

[46] ALB. ROMANO, *<<L'ordinamento giuridico>>di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione…* 262. En droit constitutionnel v. A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti*, Milano, 1977, 316 ss. et A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 2009.

[47] ALB. ROMANO, *Introduzione, Diritto amministrativo* (AA.VV.), Modena, Monduzzi, 2005, I, 1 ss., 13: per le norme che dei poteri "regolano l'esercizio deve essere accennato un collegamento col sistema delle fonti ".

[48] C'est la théorie de ALB. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*…, 97 ss.

[49] C'est la théorie de ALB. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*…, 97 ss.

Copyleft – Ius Publicum

La distinction entre « *normes d'attribution des pouvoirs* » et « *normes d'exercice des pouvoirs* » est reconnue au niveau de droit positif[50]. Elle se rattache à la distinction entre la Loi et le Règlement, en tant que sources du droit.

Dans cette lumière, une réflexion finale s'impose: la légalité administrative est le résultat de la technique par laquelle le droit positif italien protège l'intérêt public mis en œuvre et protégé par l'administration publique[51], comme s'il était un intérêt externe à elle-même[52]. Le résultat est la légalité en fonction de l'intérêt public, la « *legittimità* » [53]. Rien d'autre, enfin, qu'une technique de garantie de l'intérêt public dans l'ordre juridique [54].

[50] La Loi de réforme générale de l'organisation administrative (la loi n. 59/1997, renouvelée par l'art. 1 de la loi n. 223/2003) pose une distinction quant aux attributions: à la loi il échoit de s'occuper des droits des individus et de conférer les pouvoirs aux administrations publiques; au règlement il échoit de s'occuper de l'organisation et de l'action administrative et, surtout, de garantir que la première soit « *en fonction* » de la seconde. La distinction posé par la Loi de réforme suit exactement la distinction théorique posée dans le texte. Dans cette perspective, en plus, la loi générale sur l'action administrative (legge 7 agosto 1990 n. 241) dispose que des parties importantes de l'action et de l'organisation administratives soient réglées « selon les ordres des administrations publiques» (Formule italienne : "secondo i rispettivi ordinamenti"). Dans ce cadre, selon les ordres des administrations publiques, on détermine, par exemple, les termes finales pour édicter la décision administrative, les organes responsables, certains critères préalables de décision (cette formule figure dans les textes des articles 2, 4, 12, à propos des sujets cités dans le texte).

[51] ALB. ROMANO, I*nteresse legittimo e ordinamento amministrativo*…, 97 ss; et aussi ALB. ROMANO, *<<L'ordinamento giuridico>> di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione…* 262; v. aussi J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif …*, 199 : le but d'intérêt public appartient « aux moyens et à la technique » du droit administratif ; v. aussi A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototschnig), Dir. amm.*, 2013, 1 ss., 6: "Quando si ha a che fare con l'amministrazione, che esercita un potere giuridico, la correttezza nelle modalità di svolgimento del potere è di per sé una garanzia essenziale".

[52] L'ordre juridique considère les intérêts de l'Administration publique « come propri dei soggetti che esplicano la funzione esecutiva »: v. SANTI ROMANO, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo, Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, II, 361 ss., 363. Dans ce cadre, Au propos de la personnalité, on remarque un point: l'intérêt public au sens strict est confié aux soins du pouvoir administratif comme son but-même et si on considère

Copyleft – Ius Publicum

5. CONCLUSIONS – UNE CERTAINE IDÉE DU DROIT ADMINISTRATIF

Les données mises en évidence amènent à formuler quelques observations finales. L'intérêt général n'est pas l'intérêt public. Toutefois, qu'il soit général ou public,

cet intérêt public à la lumière d'une certaine idée du droit, on voit que cet intérêt est conféré à l'Administration publique en tant que « sujet de droit ». Il en suit que l'intérêt public au sens strict est l'expression d'une certaine capacité juridique ou personnalité reconnue à l'Administration par le droit. En Italie v. ALB. ROMANO, *Autonomia pubblica*, *Dig. Disc. pubbl.*, II, 30 ss. et surtout ALB ROMANO, *Introduzione….*, 9-11: "L'ordinamento generale, dunque, istituisce o riconosce le Amministrazioni come soggetti di diritto, determina le loro capacità, tanto quella privatistica che quella pubblicistica, e, in particolare, attribuisce loro i poteri...in quanto col loro esercizio possano, e quindi debbano, perseguire un interesse collettivo specifico per ciascuno di essi… quel che si deve porre in risalto è che questa finalizzazione è caratteristica delle autonomie delle Amministrazioni e non la si ritrova in quella dei soggetti di diritto privato." En France, par exemple, J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif,* Dalloz, Paris, 1994, 15 : « Le droit français attribue ainsi, à certaines collectivités … la qualité de sujets de droit, ou, en autres termes, la *personnalité morale :* c'est à elles que sont imputés les effets juridiques – droits ou obligations- des actes accomplis par leurs agents». Ainsi s'observent au point de vue du système les pouvoirs administratifs, comme si ce point de vue permettait de constater une certaine *identité* de l'administration publique, dans le droit et dans la société ».

[53] D. Truchet reconnaît une certaine « unité fonctionnelle » à l'intérêt général, à propos du control de légalité (D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État…*, 370).

[54] En tant que garantie juridique posée par le droit face au pouvoir juridique de l'Administration, en Italie, dans la doctrine contemporaine, v. F.G. SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse…., 38 :* « La ragion d'essere dell'interesse legittimo è di consentire la « difesa », a fronte del potere unilaterale (autoritativo) dell'amministrazione, dell'interesse sostanziale del privato (bene della vita) »; v. aussi A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototschnig)…*, 6: "Il secondo punto fermo è rappresentato dalla convinzione che la relazione fra interesse legittimo e potere giuridico dell'amministrazione rimanga comunque qualificante… la dimensione rappresentata dalla possibilità di verificare la legittimità nella produzione dell'effetto giuridico è importante anche sul piano dei valori, di cui in fondo siamo tutti consapevoli, perché dà il senso del principio di legalità… "Quando si ha a che fare con l'amministrazione, che esercita un potere giuridico, la correttezza nelle modalità di svolgimento del potere è di per sé una garanzia essenziale".

Copyleft – Ius Publicum

l'intérêt entre dans la légalité et, précisément, l'intérêt devient une composante de la légalité administrative.

Tout cela repose sur la considération suivante: l'intérêt général et l'intérêt public posent la même exigence, c'est à dire l'évaluation des besoins sociaux dans le droit administratif [55]. A une telle exigence le droit administratif français et le droit administratif italien donnent une certaine réponse. En France, l'intérêt général – on l'a vu- est défini par le contrôle du juge administratif. En Italie, on admet la même méthode. En plus, le système italien – on l'a vu- place l'intérêt public dans les sources du droit administratif: On considère l'intérêt public en tant que but spécifique de la « norme d'action » et, ainsi, on en fait un critère de l'action publique[56]. Ce critère, dans sa version concrète, dépend d'une règle « administrative », étant placé dans la « norme d'action », la norme qui, en réglant l'exercice du pouvoir administratif, souvent surgit d'un règlement[57]. Au contraire, en France, l'intérêt général est défini au niveau de la loi ou au niveau des principes généraux du droit, par le juge administratif ; ainsi, en tous les cas, l'intérêt général échappe au règlement et à toute évaluation administrative.

[55] D. TRUCHET, *Le droit administratif vu par un professeur de droit…*, 405 : dans une société française libérale « les pouvoirs public doivent fixer un cadre, imposer des disciplines, mener des actions de sécurité et de solidarité pour des raisons très variées que l'on a coutume de résumer par l'intérêt général » ; E. SCHIMDT ASSMAN, *Principes de base d'une réforme du droit administratif…,* 437: tout le droit administratif répond à l'intérêt général.

[56] v. par. 4.

[57] Ainsi la doctrine italienne dit que l'exercice du pouvoir administratif est « fonctionnalisé » au plan normatif. Voici donc la *relation fonctionnelle* avec ce type d'intérêt public au sens strict. C'est quelque chose d'essentiel dans la légalité administrative, telle qu'elle est conçue en Italie- v. ALB. ROMANO, *<<L'ordinamento giuridico>>di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione…* 262.

Copyleft – Ius Publicum

En conclusion, qu'il soit général ou public, l'intérêt devient une notion juridique et non seulement une notion politique[58]. Il entre dans la légalité et, précisément, il constitue la « finalité » et le « critère » de l'action publique. Son essence est toute là: l'intérêt, en tant que finalité et utilité, devient critère de validité, «vinculum juris». Pour cela, l'intérêt appartient à légalité[59].

Cela s'explique aussi, il nous semble, au niveau théorique. Dans la perspective italienne, il faut abandonner certaines idées reçues et il faut chercher autre chose: il ne s'agit pas d'une filiation de l'intérêt public de l'intérêt général et de la volonté générale. Il s'agit, au contraire, de l'exigence d'évaluation des besoins sociaux. Il faut supposer cette exigence comme exigence de base du système juridique même, qui remonte à la tradition de droit romain. A ce propos, si on conduit le raisonnement par ordre, en remontant vers la cause primordiale, la doctrine italienne observe que la considération de l'intérêt de la société fait son apparition dans le Digeste, dans la définition du Droit et dans la distinction classique entre « jus publicum » et « jus privatum »: « *Huius studii duae sunt positiones, publicum et*

[58] Ainsi l'intérêt public se distingue nettement de l'action pratique et de l'ordre politique : il tend à la validité juridique. Il en suit un phénomène essentiel: en Italie l'intérêt public entre dans la définition de la notion juridique de "administration publique" – v. SANTI ROMANO, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo…*, 361 : "Un ramo amplissimo del diritto pubblico italiano è specificamente costituito dall'ordinamento della pubblica amministrazione e perciò prende il nome di diritto amministrativo. L'elemento fondamentale della sua definizione è, quindi, dato dal concetto di pubblica amministrazione … Nel suo primo e originario significato, la parola amministrazione indica un'attività e precisamente l'attività che ha per oggetto la cura, la gestione di interessi propri o altrui.". Dans la doctrine contemporaine, v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 1: « Amministrazione non è di per sé un concetto giuridico. Il termine, lessicalmente inteso, indica la cura in concreto degli interessi … l'amministrazione regolata da norme giuridiche e svolta per la soddisfazione di interessi pubblici … è il concetto di amministrazione-attività, ossia il concetto di amministrazione in senso oggettivo. Esso è intimamente collegato alla nozione di amministrazione in senso soggettivo, in quanto è amministrativa l'attività posta in essere dalle persone giuridiche pubbliche e dagli organi che hanno competenza alla cura degli interessi ».

[59] Ou bien, la légalité lui appartient.

Copyleft – Ius Publicum

privatum. Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem : sunt enim quaedan publice utilia, quaedam privaim »[60].

La distinction du Digeste indique que la notion d'intérêt désigne la notion de *utilitas,* publique ou privée, non seulement comme une partie du Droit, mais comme sa composante essentielle[61]. Cette formule demeure en droit moderne, surtout en Italie: elle introduit l'idée que la nature même de l'intérêt constitue le Droit et ses composantes[62]. Donc, grâce à un enseignement qui survit, l'intérêt des particuliers constitue le droit privé, l'intérêt public constitue le droit public. Au plan dogmatique, la doctrine italienne observe qu'il s'agit d'un principe général de l'ordre juridique[63]. Dans une telle perspective, en droit administratif italien, l'intérêt public tend à s'imposer partout: dans les sources, dans les normes, dans les principes, dans la personnalité morale des administrations publiques[64].

[60] Dig., 1, I, 1 - Ulpianus, I, 1, Inst.

[61] v. G. NOCERA, *Privato e pubblico (dir. rom.),* Enc. del diritto, XXXV, 615 ss., , 649: telle distinction a "carattere logico-dogmatico… si ricorre al toccasana della diversa rilevanza che gli interessi hanno per il diritto, onde lasciare alle diverse condizioni storiche la spiegazione della mutevole misura, secondo la quale la sfera pubblicistica si espande rispetto a quella privatistica."

[62] F. CALASSO, *Jus publicum e jus privatum nel diritto comune classico*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, 53

[63] Que la grande distinction droit public-droit privé réponde à un principe général du droit est demontré par SANTI ROMANO, *Principii di diritto costituzionale*, ora in *L'ultimo Santi Romano,* Milano, rist., 2013, 265-268; v. ausssi S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato,* Enc. del diritto, XII, 697 ss., 739, la "utilitas" : "questo elemento cominceremo con l'assumerlo per sé, senza riferimento a un termine reciproco. E piuttosto che di utilità parleremo di interesse… E' questa l'impostazione tradizionale… Interesse pubblico e interesse privato non sono separabili ; la loro separazione comprometterebbe l'unità del diritto ».

[64] Dans cette lumière, quelle que soit la théorie préférée, il est évident que toute solution autour de l'intérêt dépend de la conception qu'on a du Droit. Toute pensée aboutit là. A' la lumière de la théorie institutionnelle du Droit, on trouve que l'intérêt public est le facteur de base, *als Ordnungsidee* de l'Administration publique et du droit administratif même. Pour la définition de *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* v. E. SCHMIDT

Copyleft – Ius Publicum

Quant au droit administratif français, le rôle de l'utilité est bien connu dans la définition du droit administratif de Marcel Waline: le droit administratif est «l'ensemble des règles… dans l'intérêt de la satisfaction des besoins publics »; et, à propos de l'autonomie du droit administratif, M. Waline écrit: « L'idée d'utilité publique est à la base du droit administratif » [65].

ASSMAN, *Principes de base d'une réforme de droit administratif…*, 432 et 437, où on formule la théorie de la direction, qui impose que tout le Droit administratif réponde aux exigences de l'intérêt général » (p.437) et que l'administration publique procède à des « pondérations d'intérêts » (p.446), afférentes à une « norme derrière le concept d'intérêt public » (446), et par delà il en suit une « *légitimation institutionnelle et fonctionnelle* » de l'Administration (p. 437). En France, M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1911, 39 : « Il est bien évident que la loi ne contient pas que des règles de liberté ou d'égalité » ; « Les autorités administratives tiennent leur pouvoir réglementaire directement de la Constitution et de l'organisation administrative et, par delà, de la nature même des choses » (p. 43). En Italie, dans la doctrine contemporaine, ALB. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo,…* , 97 ss.; ALB. ROMANO, *Autonomia pubblica*, *Dig. Disc. pubbl.*, 1987, II, 30 ss.; pour le développement au niveau de théorie générale, v. ALB. ROMANO, *Nota bio-bibliografica, "L'ultimo" Santi Romano,* Milano, Giuffrè, 2013, 843 ss.; ALB. ROMANO, *<<L'ordinamento giuridico>> di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione* …, 241 ss. Pour les conséquences sur la théorie de la validité, v. R. CAVALLO PERIN, *Validità, del provvedimento e dell'atto amministrativo*, *Dig. disc. pubbl.*, XV, 617 ss., spéc., 618-619. Au point de vue historique et à confirmation de telle perspective v. G. J. GUGLIELMI, *L'histoire du droit administratif français érigée en objet,* JEV, 2007, 299 ; A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo, Dir. amm.*, 2010, 761 ss., spec., 776, 788 ; et aussi R. CAVALLO PERIN, *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia,* in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2011,* Napoli, Esi, 2012, 265. Ce qui est nécessaire est que le lecteur soit averti de la position qu'on prend à cet égard et aussi qu'il existe une critique par laquelle une partie de la doctrine n'accepte pas cette conception- v. F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, Puf, 1995, 332; pour une critique profonde de la théorie de l'intérêt général v. D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif…*, spéc. 320 ss. ; 511 ss. (v. note). En Italie, une lecture critique est dans les suivantes ouvrages: M.S. GIANNINI, *Autonomia (teoria generale e diritto pubblico)*, *Enc. dir.*, IV, 356 ss.; M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici, Riv. trim dir. pubbl.*, 1958, 219 ss., M.S. GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 997 ss.; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, *Enc. del dir.*, XXXIV, 1ss.; F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, XXX, 678 ss.

[65] v. M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 1950, VI éd., p.9, 10.

Copyleft – Ius Publicum

Toutefois, il est aussi connu que la doctrine française s'est éloignée du critère de l'utilité formulé par M. Waline dans son *Traité élémentaire* [66]. Aujourd'hui la doctrine française fait de multiformes efforts vers son objet et elle arrive à identifier des critères divers, dont une certaine manière contemporaine de faire du droit administratif. Toutefois, certaines exigences demeurent: « l'analyse centrée sur l'administration publique » [67], la nécessité de considérer la dimension du public dans la sphère de l'administration[68]. Tout cela se pose à travers la formule « intérêt général ». Tout cela se pose seulement si on accepte ce point de départ[69]. Dans cette perspective, la formule qui nous semble la plus proche est celle de

[66] v. X. SOUVIGNET, *Le Traité élémentaire de Marcel Waline, « vecteur du droit administratif moderne »*, Rev. fr. de Droit administratif, 2014, 174.

[67] v. F. MELLERAY, *Présentation. Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire de faire du droit administratif, Rev. fr. de Droit Adm.*, 2014, n. 1, 145 s., 147 : « L'analyse centrée sur l'administration publique » figure entre les critères qui informent la manière contemporaine de faire du droit administratif : « Cette conception, sans s'aventurer ici à la qualifier de paradigme, nous paraît reposer sur trois éléments complémentaires: une analyse centrée sur l'administration ; une démarche résolument positiviste ; une investigation essentiellement jurisprudentielle ».

[68] v. J.B. AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, AJDA, 2013, 407 ss., 408 : « Le droit administratif français va au-delà, car il considère qu'il y a un pan de droit public dans toutes les dimensions de l'administration ».

[69] C'est là aussi qu'on trouve les critiques que souvent on adresse à l'intérêt général et à la jurisprudence « inventée » par le Conseil d'Etat : il s'agirait d'une « fiction », de quelque chose d'étrange, qui pourrait altérer la légalité- v. D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif...*, 513-517 : l'intérêt général est la conséquence ou l'expression de volonté, d'idéologie, d'un jugement de valeur, d'ordre politique ; il s'agirait donc d'une fiction juridique exogène et dogmatique ; cette fiction arriverait donc au résultat que le droit administratif se plie aux nécessités de l'intérêt (p. 304), en causant une adaptation du principe de légalité (p.320), une véritable substitution de l'appréciation du juge à celle de l'administration (p. 321), en ajoutant aux conditions de légalité des conditions supplémentaires de régularité. Une lecture critique est dans l'essai de F. BEROUJON, *Evolution du droit administratif: avancée vers la modernité ou retour aux temps modernes ?, Rev. Fr. Droit Adm.*, 2008, 449, 454-455, où on parle d'une « désintégration de l'intérêt général » (454) et d'une « nouvelle conception » : « plaçant l'individu en son centre, elle défend un humanisme cher aux Lumières, symbole de la modernité » . Mais, exactement à cet ègard, en Italie, on observe: « Si nota invece una radicale differenza tra il dibattito che si

Copyleft – Ius Publicum

Didier Truchet: le droit administratif est un droit « téléologique », finalisé aux besoins sociaux[70]. L'invention du droit administratif serait toute là: si le système juridique reconnaît aux besoins sociaux ses «vertus sociales »[71], une «dimension symbolique » de l'intérêt général [72], comme intérêt rattachable à tous [73], les conséquences sont évidentes: le besoin

svolge nella dottrina francese e quello che si svolge in Italia : nel primo vengono coinvolti principi generali (il rispetto della *puissance publique,* la sacralità dell' *intérêt général*) e profili ideologici (liberalismo, neoliberalismo); nel secondo gli argomenti di discussione sono esclusivamente tecnici"- ainsi F.G. SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse…,* 43, note 135 ; v. aussi D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État…*, 370 : « Raisonner ainsi c'est remettre en cause non l'usage que fait le juge de l'intérêt général, mai l'existence et la légitimité du droit administratif, de tout le droit administratif » ; et J.B. AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé…* ., 409 : « Habitués à une vision assez politique de l'intérêt public, qui se fie aux élus, aux experts et aux juges pour en définir le contenu, ils doivent intégrer les logiques ».

[70] D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d' État…*, 369-370, où on souligne que le droit administratif est le droit « tendu vers la satisfaction des besoin de chacun et de tous ».

[71] D. TRUCHET, *Le droit administratif vu par un professeur de droit…*, 405.

[72] J. CHEVALLIER, *La dimension symbolique du principe de légalité,* RDP, 1990, 1651 ss., 1652 « Le principe de légalité est fondé sur une représentation idéalisée de la Loi, par sa puissance évocatrice propre et les résonnences qu'elle suscite présente tous les aspects d'un authentique *mythe»* .

[73] v. ALB. ROMANO, *Relazione di sintesi,* in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (a cura di C. PINELLI), Milano, 2000, 95 ss, spéc., 105. Cette formule juridique peut bien s'encadrer dans la perspective tracée par B. CROCE, *Breviario di estetica,* Laterza, Bari, 1958, 137-138: l'atto dello spirito è il dare all'individuale " il carattere della totalità"; sicchè l'atto "individualizzando, armonizza l'individualità con l'universalità e perciò nell'atto stesso universalizza…" e addiviene così allo "sciogliersi da ogni interesse (la *Interessenlosigkeit,* come formolò il Kant), ossia da ogni interesse pratico"; in questa "liberazione non si tratta di una soppressione di tutti quegli interessi, ma piuttosto di *farli valere tutti insieme* nella rappresentazione individuale, uscendo dalla particolarità".

Copyleft – Ius Publicum

de règles diverses, un régime autonome[74]. Il s'agit donc d'organiser un ordre juridique qui possède cette propriété, dans le droit positif[75]. C'est « l'esprit » de la légalité en droit administratif contemporain. Surtout, enfin, ce serait l'horizon: au delà de l'État[76], par rapport au droit de l'Union européenne. On y trouve des traces considérables, par exemple dans l'art. 17 du Traité de l'Union: «La Commission promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin»[77].

[74] J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?* Rev. Droit Public, 1953, 179 ss., 199 : le but d'intérêt public amène à causer des dérogations au droit commun . En Italie v. ALB. ROMANO, *Nota bio-bibliografica, "L'ultimo" Santi Romano …*, 860-861: "Molte delle materie la cui ricostruzione è già stata compiuta, o potrebbe compiersi nella prospettiva della teoria istituzionale, paiono appartenere al diritto pubblico latamente inteso… E, per quel che riguarda il diritto pubblico interno, anche per il diritto amministrativo, sulla base di essa potrebbe essere raggiunta una maggiore comprensione delle sue linee generali e portanti, nella dialettica contraddittoria tra i fattori che le precisano. Proprio perché queste sono caratterizzate da questa dialettica, quella prospettiva parrebbe poterla spiegare e quindi comporre: tra la tendenziale unitarietà di una nozione di amministrazione in senso soggettivo e oggettivo, e la molteplicità dei soggetti che ne esercitano le funzioni, nonché la relativa eterogeneità di queste; tra la visione maggioritariamente in senso altrettanto monastico delle norme anzitutto legislative che queste attribuiscono e disciplinano, e la irriducibile diversità di certi loro contenuti, che ad altri occhi parrebbe innegabile; tra la conclamata pretesa della collocabilità delle nostre situazioni giuridiche soggettive giurisdizionalmente tutelabili di una categoria tendenzialmente unitaria ed evolutivamente sempre meno disomogenea, e la perdurante scissione di essa in due concetti per certi aspetti contrapposti; fino alla tuttora non superata devoluzione e distribuzione della relativa tutela a due giurisdizioni distinte- il riparto tra le quali è stato storicamente anzitutto causa di questa contrapposizione medesima, ma ora ne pare più effetto- soprattutto nel quadro di un orientamento culturale che si è fatto nostro diritto positivo".

[75] v. E. SCHIMDT ASSMAN, *Principes de base d'une réforme du droit administratif, Rev. fr. de Droit Administratif.,* 2008, 427, 446: « l'intérêt général peut être incorporé dans les donnés de fait afférentes à une norme derrière le concept d'intérêt public » ; v. aussi E. BETTI, *Interesse...,* 839: « gli interessi che sono in gioco nel problema di convivenza risolto dalla norma giuridica , si qualificano come fattori determinanti la normogenesi della norma (in quanto prevalenti), o fattori tali che vengono colpiti dalla sua disciplina (in quanto subordinati) »

[76] v. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive,* Milano, 2010, 45 ss.

[77] Version consolidée.

Copyleft – Ius Publicum

Au niveau théorique, cet intérêt général est défini comme une « réalisation sociale axée sur l'avenir »[78]. Cette idée pourrait être la clé pour anticiper une vision de dressage systématique, en vue d'un avenir qui n'est pas loin d'être imaginé.

[78] La formule de l'intérêt public en tant que « réalisation sociale axée sur l'avenir » est de J. SCHWARZE, *Droit administratif européen,* Bruxelles, Bruylant, 2009, 21. Surtout, on parle d'un intérêt communautaire qui est d'abord composé par les intérêts des citoyens et les objectifs du traité de la Communauté. L'idée que la légalité se présente d'abord en vue d'atteindre les objectifs de la U.e. est de L. AZOULAI**,** *Le principe de légalité,* en J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit administratif européen,* Bruxelles, Bruylant, 2007, 393, 395-398. L'idée que l'intérêt des citoyens européens soit intégré avec les intérêts généraux de l'Union est de M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effetività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali,* Napoli, Jovene, 2013, 316-317 : « Il diritto europeo riconosce tutela ad interessi dell'individuo, collocato in una dimensione economica, sociale, fortemente integrata nella struttura dell'Unione…la tutela dell'interesse alla concorrenza, alla salubrità dell'ambiente, alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, non perde la sua componente di soggettività anche se risulta essere comune a vaste cerchie di soggetti e coincidere con gli obiettivi dell'Unione europea". Là on marque un point final, en employant l'intérêt et l'idée institutionnelle précitée. En général il faut considérer que l'intérêt peut bien se différencier: lorsque l'intérêt arrive à la différence et cherche le pluralisme, il arrive à composer un ordre juridique différent. Cet ordre différent serait dérivé de l'ordre juridique général et placé en relation avec celui-ci. De même façon on pourrait considérer le droit administratif national et le droit administratif européen : ils seraient en relation réciproque, l'un pouvant dériver de l'autre- v. C. PINELLI, *Limiti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano, Giur. cost.,* 1986, 1856 ss. ; ANTONIO ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra ordinamento europeo ed ordinamenti statali in materia di tutela processuale*, *Dir. Amm., 2012,* 491 ss. En jurisprudence v. la décision 30 juin 2009 n. 630 du BUNDESVERFASSUNGSGERICHT: « Das Grundgesetz ermächtigt mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union. Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker - das heißt die staatsangehörigen Bürger - der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben».

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

UNDERSTANDING THE COMMONS: THE RECEPTION OF ELINOR OSTROM'S WORK IN ITALIAN LEGAL SCHOLARSHIP[1]

Maria Beatrice VANNI

1. PREMISE

Since the award of the Nobel prize in 2009, Elinor Ostrom's work has been gaining headline fame, which only in a small measure accounts for the importance of her work, and which has suddenly brought the subject of commons and their governance, and especially the seminal work *Governing the Commons. The Evolution of Collective Action*, to World stage spotlight. On the one hand, this allowed greater visibility and wider interest for the accomplishments of her research and their potential outcomes, on the other hand, from night to morning commons entered into a 'buzzword bingo' scenery alongside other fashionable words, like sustainability. According to Google Scholar, *Governing the Commons.The Evolution of*

[1] This paper is the elaboration of the lecture held at *The Vincent and Elinor Ostrom Workshop on Political Theory and Policy Analysis* by the author as a visiting scholar in April 2014. The Author is a PhD student in Administrative law at the University of Milano.

Copyleft – Ius Publicum

Collective Action, has been cited over 16.000, "in almost a thousand different journals that vary in subject matter from engineering to eco-criticism, mathematics to music, and information sciences to cellular biology". There has been a steady progress in the number of citations since 1990, with a rate of increase, between 2009 and 2010 – that is, right after the Nobel prize award - superior to the rate of the previous 19 years[2].

Over the last ten years, and particularly after 2009, Italy has been experiencing a cultural wave revolving around the expression "common goods". Motivated by the increasing global environmental issues, and the generally poor state of the national administration of public goods and services, facing distrust and wariness from people, Italian scholars and policymakers have turned to Ostrom's work. While Italian scholarship in political science and in economics is quite familiar with Elinor Ostrom's work[3], and has been for a while, legal scholarship is struggling with it and its vocabulary. This is partly due to the existence of concurring legal concepts attached to the expression "common goods". At the same time, this also partly reflects the generally poor state of Italian law, politics, and administration: the debate over common goods and their regulation – a trend in current legal literature[4] – is flawed by an original vice,

[2] D. Kaunekis, "Researching Complex Governance Arrangements: Elinor Ostrom's Legacy for Research Methods and the Analysis of Institutional Design", in *Policy Matters*, n. 19, 2014, p. 71.

[3] This is true both of works addressed to the general public and of specialistic works addressed to experts. For an example of the former, see T. Vitale, "Societa locali e governo dei beni comuni. Il Nobel per l'economia a Elinor Ostrom", in *Aggiornamenti sociali*, 2009; S. Ristuccia, "L'importanza di una riflessione sui beni collettivi. A proposito del premio Nobel a Elinor Ostrom", in *Bancaria*, n. 12/2009. For an example of the latter, see *Tempo di beni comuni. Studi interdisciplinari*, Annali della Fondazione Lelio e Lisli Basso 2010-2012, Ediesse, 2013, and particularly the contributions by C. Montesi, "I beni comuni al crocevia tra simpatia per il prossimo ed interesse personale", in *Tempo di beni comuni. Studi interdisciplinari*, *cit*., 2013, pp. 217-255 and by M. Donolo, "Sui beni comuni virtuali e sul loro ruolo nella governabilità dei processi sociali", in *Tempo di beni comuni. Studi interdisciplinari*, *cit*., 2013, pp. 257-304.

[4] A. Gambaro, "Note in tema di beni comuni", AEDON, 1/2013.

Copyleft – Ius Publicum

finding its fuel in the hasty search for a patched up solution to the lack of financial resources and the dispersion of the few available[5].

In this paper, I will first review some basic concepts on Common Pool Resources (CPRs), both in general and in relation to Elinor Ostrom's work. I will then illustrate the concurring concepts attached to the expression "common goods", which is the literal translation of the Italian "beni comuni", and from there proceed to the second part, which is focused on the reception of Elinor Ostrom's work in Italian legal scholarship. In my conclusions, I will sum up the reasons for the misrepresentations reported and briefly illustrate how Elinor Ostrom's work may be useful to address the issues Italy is facing.

2. COMMON POOL RESOURCES, SOCIAL DILEMMAS, AND COMMON PROPERTY REGIMES IN ELINOR OSTROM'S WORK

In economics, goods can be classified according to the presence and degree of two features, or lack thereof: excludability, meant as the degree to which access to them can be prevented, and rivalry, which means that consumption by one person prevents others from enjoying that same unit. CPRs are characterized by a low degree of excludability and by rivalry[6].

Thus framed, a CPR has features that expose it to the risk of triggering a social dilemma. A Social Dilemma is a situation in which the rational behavior of an individual in economic terms – the tendency to maximize his gain – leads to suboptimal outcomes from the collective

[5] S. Marotta, "La via italiana ai beni comuni", AEDON, 1/2013.

[6] The latter is also referred to as subtractability.

Copyleft – Ius Publicum

standpoint, meaning that the individuals are collectively worse off[7]. Renowned examples of social dilemmas are the Prisoner's Dilemma, the Public Good Dilemma and the Commons Dilemma. The latter, also known as the Tragedy of the Commons, depicts a situation in which a resource owned in common is managed by each owner with a individualistic short-term, maximizing approach – an approach which leads to the depletion or destruction of the resource.

According to mainstream political economy, there would be only two ways to prevent such an (inevitable) outcome: either by privatizing the resource into proprietary subunits, the owner of each unit maximizing his/her self-interest to the benefit of all, or by "mutual coercion, mutually agreed upon by the majority of the people affected"[8].

Elinor Ostrom's lifetime field research brought to light a wide number of cases in the most diverse settings, which proved that, certain conditions being met, people would be able to cooperate in order to collectively manage CPRs in an effective and optimal way, yielding benefits for participants and possibly also for others. These situations had been neglected precisely because nobody thought they would exist: therefore, they were underrepresented in scholarship, which focused only on failures of collective action strategies to confirm conventional beliefs. Following initial findings, Elinor Ostrom's research was aimed at understanding how these collective strategies would work, and subsequently at identifying the conditions which allow for their success.

When dealing with a CPR, we must bear in mind the difference between natural scarcity and economic scarcity, the latter being a different way to frame rivalry. Mere natural scarcity does not make a resource a CPR, just as much as its natural abundance does not imply thats it's not

[7] R. M. Dawes, "Social dilemmas", in *Annual Review of Psychology*, p. 170; P. Kollock, "Social dilemmas: Anatomy of cooperation", in *Annual Review of Sociology*, 1998, 24, p. 183.

[8] G. Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science*, 162/1968, p. 1247.

Copyleft – Ius Publicum

scarce in the economic sense. Furthermore, we must bear in mind the difference between the economic framing of goods and the allocation of rights over them: "Shared resource systems – called common-pool resources – are types of economic goods, independent of particular property rights. Common property on the other hand is a legal regime – a jointly owned legal set of rights"[9]. Given certain physical features of the resource and certain social conditions of the group depending upon the resource, a CPR may be subject to a common property regime. As Elinor Ostrom reminds us, "using 'property' in the term used to refer to a type of good, reinforces the impression that goods sharing these attributes tend everywhere to share the same property regime"[10]. Yet, not every CPR is subject to a common property regime, nor is necessarily owned by a communal group[11]. The term generally used to frame resources held in common, or shared by a group – resources which are, too, vulnerable to social dilemmas – is "commons". With specific regard to the issue of property rights, "conventional theory distinguished among communal property, private property and state property and equated communal property with the absence of exclusive rights"[12]. However, in the course of the Twentieth century the very idea of property was re-conceptualized: the monolithic concept of ownership as comprising all powers over its object was replaced by the idea of a property as a bundle of rights – access, withdrawal, management, exclusion, alienation – held in various

[9] Hess and E. Ostrom, *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, 2011, p. 6.

[10] Hess and E. Ostrom, *Private and Common Property Rights*, 2007, p. 9.

[11] "Common pool resources may be owned by national, regional, or local governments; by communal groups; by private individuals or corporations; or used as open access by whomever can gain access", Hess and E. Ostrom, cit., 2007, p. 9.

[12] Poteete, Jansson, E. Ostrom, *Working together. Collective Action, the Commons, and Multilple Methods in Practice*, 2010, p. 45.

Copyleft – Ius Publicum

combinations[13]. In this new perspective, communal property is recognized when a group of individuals forms and organization which "exercises at least the collective-choice rights of management and exclusion"[14] over the units produced by a defined resource system. Full ownership exists when "members of the group have the further right to sell their access, use, exclusion and management rights to others, subject in many systems to the approval of the other members of the group"[15]. Therefore, it was shown that a communal property regime does not necessarily imply open access: rather, open access may be the result of an unsuccessful claim to exclusion, of a conscious public policy choice, or of ineffective exclusion[16]. The set and combinations of rights in a bundle vary independently of the nature – public, private, or mixed, of rights-holder[17].

These being the necessary premises, the dilemma menacing Common Pool Resources may be tackled by designing a collective action institution which deviates from the classical dichotomy between the traditional form of private property and governmental coercion: this, indeed, was the most unexpected finding of Elinor Ostrom's research – that groups could work out agreements which by regulating access to and use of a resource would enable a long-term sustainable consumption rhythm of the resource in question.

[13] Schlager and Ostrom, "Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis", in *Land Economics*, 1992, p. 250-251.

[14] Hess and E. Ostrom, *cit.*, 2007, p. 16.

[15] Hess and E. Ostrom, *cit*., 2007, p. 16.

[16] Hess and E. Ostrom, *cit*., 2007, p. 7.

[17] V. Ostrom and E. Ostrom, "Public goods and public choices", in E. S. Savas (ed.), A*lternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performance*, 1977, pp. 9-10.

Copyleft – Ius Publicum

The groundbreaking revelation must nevertheless be mitigated by Elinor Ostrom's own observation that this kind of strategy is neither required nor feasible at all times. Through numerous field analyses, Elinor Ostrom identified eight "design principles", core factors affecting the likely long-term survival of a CPR institution[18]. Later, drawing from the existing research carried out by Netting in the Swiss Alps, who identified five attributes that he believed would be most conducive to the development of communal property rights, she further identified other variables related to the attributes of participants which are conducive to the selection of rules and rights which enhance the performance of communal property-rights systems, among which size group and homogeneity[19].

The aim of this analysis of CPR situations was to understand the reasons behind the success or failure of collective action strategies, and, over time, to allow scientists to make previsions on the functioning of such strategies before and in the course of their implementation, and to adjust them. Vincent and Elinor Ostrom, together with fellow researchers across the World, devised the Institutional Analysis and Development Framework (IAD). Within this framework, institutions are defined as a set of prescriptions and constraints that humans use to organize all forms of repetitive and structured interactions, and can be formal or informal, the former being the set of rules-in-form and the latter being the set of rules-in-use. Within an "action arena" – the place where choices and decisions are made, a broad number of variables affects the behavior of the actors involved: we already mentioned the features of the community and of its members, as well as the features of the resource and the environment. The institutions that

[18] "Institution" is used by Elinor Ostrom as meant by Douglass North, that is, as "the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights)", D. North, *Institutions*, *The Journal of Economic Perspectives*, 1991, p. 97.

[19] Hess and E. Ostrom, *cit*., 2007, pp. 22-24, and specifically p. 19.

Copyleft – Ius Publicum

shape the action arena, the characteristics of the community and the physical features of the resource and environment are the three key variables for the assessment of how a collective action situation works. These three variables have been further elaborated into specific conditions, such as, respectively, the rules of exit, the homogeneity of values among the community, and the mobility of the resource stock or flow. The interaction between the three variables, and between the sets of conditions each of them stands for, occurs at different levels, each worthy of assessment in order to gain a full understanding of the picture: the operational level of analysis, where individuals collectively make decisions about day to day activities, the collective-choice level, where decisions about the choice of rules that govern operational activities are made, the constitutional level, which deals with the actors authorized to make collective-choice decisions and the rules governing those decisions. Collective action strategies have a dynamic dimension: Interaction occurs over time, and is constantly influenced by the outcomes of previous interaction, which draw people to cooperation or prevent them from engaging in it; to some extent, also cooperation may be a rational long-term choice of the individuals involved, but to work, it relies more than often on the relationships of trust and reciprocity they are able to establish.

Originally conceived as a tool for the analysis of CPR situations, the IAD has since then been used in a variety of situations concerning also the supply of public goods and services, or the management of resources shared *de facto*.

This brief story and the clarifications it provides are necessary to bridge the gap that exists between Elinor Ostrom's work and its understanding by Italian legal scholarship. The most important clarification of all has yet to be voiced: there are no normative claims in Elinor Ostrom's work, that a particular legal class or set, or even a physical type of good or resource, should or should not be managed in just one particular way: as she acknowledged in one of her last works, "These principles have inspired hundreds of studies. And they are, indeed, helpful as

Copyleft – Ius Publicum

a possible place to start an investigation. But they are in no way prescriptive—nor are they models"[20].

One last reminder, necessary before moving on to the next part of this paper, regards the use that Elinor Ostrom herself made of the expressions CPR and commons: Students and collaborators who worked with her throughout her life, today agree that these two expressions were sometimes used as interchangeable in her works[21], and at other times were used as referring to two different categories, often depending on the context of the work they were used in. Yet, despite the sometimes hasty use of labels, a thorough reading of Elinor Ostrom's works allows to frame the various basic concepts she used, which do retain a precise scientific meaning and are indeed different one from the other.

3. CONCURRING "COMMON GOODS" CONCEPTS

One of the difficulties in reading Italian legal scholarship on "common goods" is that the literal correspondence – "beni comuni" – is used as a label for different and concurring concepts that pertain to different fields of law. Also, the expression "beni comuni" is often used to translate into Italian the expression "Common Pool Resource", with the notable exception, among others, of the translation used in the Italian version of *Governing the Commons*, where the expression "beni collettivi" (collective goods) is mostly used. On the one hand, the legal literature on "beni comuni" tends to use this label without clarifying the existence of concurring concepts, which nevertheless it frequently mentions, possibly upon the assumption that they are

[20] Hess and E. Ostrom, *cit*., 2011, p. 7.

[21] Even her most famous book, *Governing the Commons*, has a title that leads to confusion, being discrepant with the actual object of the study, which are common pool resources.

Copyleft – Ius Publicum

matching and that what applies to one applies to the other as well. On the other hand, autonomous notions of "beni comuni" are offered, in which features from the objects of one or the other of those concurring concepts are mixed together, or integrated with new features.

3.1. Res communes omnium usum

The first of these concurring concepts takes us very far from the Ostrom Workshop both in time and space: we need to go back to Roman law, II-III century A.C., and to the concept of *res communes omnium*, literally "things in common among all". This group of goods is first mentioned occasionally by reference to two single types that fall within its boundary: the see and the air, which are "*communem usum omnibus hominibus*". The turning point is Justinian's codification, the *Corpus Iuris Civilis* (CIC): this consists of a number of legal texts, among which the *Institutiones* and the *Digest*, issued in 533 A.C., which collected and opinions of jurists and gave them force of law. Justinian being the leader of the Eastern Roman Empire, the only province where the CIC was introduced in the Western part of the Empire was Italy, following the conquest in 554 A.C.. From Italy it would later pass to the rest of the Western Europe and influence civil law codification. Both the *Institutiones* and the *Digest* contain a passage by the jurist Marcian, a passage in which for the first time *res communes omnium* are made into a separate class of goods, between public and private things. Marcian stated "*Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Etquaedam enim naturali iure communia sunt omnium*" and listed these goods: "*Aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris*"[22]. These "things" were by natural destination to be used by any human being: regardless of citizenship, anyone had the (need and the) right to breathe, sail, draw water, fish

[22] Marcian, *Inst*. 2.1. and 2.1.1.; *D*. 1.8.2.

Copyleft – Ius Publicum

and dry fishing nets on the beach – and none had the technology to appropriate air, rivers or the sea in a way that excluded these uses (exclusion which was also prevented by law). Yet by its nature the CIC, and the *Digest* in particular, contained alternative models of the *summa divisio* between classes of goods, and a fuzzy distinction between *res communes omnium* and *res nullius* (open access), as well as between *res communes omnium* and *res publicae* – a lack of clarity that carried on to following texts.

A lot can be said – and has been said – on this quote from Marcian, but what is interesting here is that this wording in modern times provided the foundation for both a legal class of goods, and a new branch of law. The Dutch jurist Hugo Grotius used this passage to deny Spain's exclusive claims to the commercial routes in the Eastern Indies sea[23]: Grotius argued "Fundamentum struemus hanc iuris gentium, quod primarium vocant regulam certissimam, cuius perspicua atque immutabilis est ratio; licere cuivis genti quamvis alteram adire, cumque ea negotiari"[24], precisely based on Marcian's passage. This argument provided a possible answer to the issue of the relationships between sovereign states, rather than between states and their citizens or subjects, and became foundational to modern international law. Interestingly, a point Grotius highly emphasized was the fact that the use of open sea, consisting in seafaring and fishing, was innocent and inexhaustible, and that the open sea itself was not susceptible of occupation as a whole[25].

[23] Spain and Portugal claimed that the Treaty of Tordesillas they had signed between them in 1594, had allotted the newly discovered ocean routes exclusively to Spain and Portugal; the subequent attack and seizure of the Portuguese ship Santa Caterina and of her precious load by the Dutch were justified by Grotius as an act of defense against the monopolistic claims of the ship's motherland.

[24] H. Grotius, *Mare Liberum*, 1609, Caput I.

[25] These claims were furthered and reinforced by Emer de Vattel, *Le droit des gens. Ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758, Tome I, Livre I, chapitres XX and XXII.

Copyleft – Ius Publicum

At the same time, Marcian's quote gave rise to a partly different interpretation, which highlighted another aspect of the class of goods it referred to: common goods were also conceived as goods that by their own nature are destined to support the living of any human being, and from which it would be uncivil to exclude anyone. This different *nuance* to the expression can be explained by remembering that, among jurists, Marcian was by far one of the most learned in literature and philosophy and his legal discourse was deeply influenced by the works of the stoics Cicero and Seneca (who was mentioned also by Grotius), whose works had in turn been influenced by Greek Stoicism. In particular, Cicero – whose writings, like many others from the Classical tradition, need to be the object of careful reading, given that often legal, philosophical and political views and arguments are mixed together – had stated that these goods by their own nature are to be used by everyone, and just as much as anyone has a right to use them, each person has duties over their preservation too[26]. This way, the goods and resources as part of the physical world are tied by their natural function to the realization of "the common good", that is, what is good for the community, as opposed to the pursuit of sheer self-interest[27].

Hence, from what was once, despite its fuzziness, a single legal class of goods, two different *rationes* were extracted and emphasized, which in turn shaped two partially distinct notions:

- Common goods as technically insusceptible to occupation as a whole (and it's indeed interesting that one of the known critics of Grotius, John Selden, in the work *Mare clausum*, 1635, tried to demonstrate that appropriation of the sea was in fact as feasible as the

[26] Cicero, *De officiis*, Liber I, VII.21-22, and Liber I.XVI.51-53.

[27] For a brief and interesting overview on the historical shift from a concept of "common good" as what is good for all, to "common good" as the sum of individual interests, see Bruni "La scienza economica e i beni comuni. Storia, tragedie, e qualche sorpresa", *Notizie di Politeia*, 2012, 113-114.

Copyleft – Ius Publicum

appropriation of land) and to depletion –thanks to their natural abundance – regardless of continued use and apprehension;

- Common goods as functionally destined to support human life, resources from which no-one must be excluded and which everyone must care for and use rationally.

The second couple of features expresses a choice of value, but also heavily relies on assumptions based on the first couple of features, as the two sides of a same coin.

Centuries later, in international law the notion of goods that should not be appropriated by individuals or nations to the exclusion of others was further developed into a new and autonomous construct. Following the devastations of II World War the "common heritage principle" was conceived: according to this principle, certain natural resources or cultural goods are part of the common heritage of humankind, and should therefore be held in trust for the people and for future generations and protected from destruction and overexploitation. The expression "common heritage of mankind was first mentioned in the preamble to the 1954 Hague *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, and enunciated as an international law obligation in the *Outer Space Treaty* of 1967. This new perspective altered the original view to include the broader idea of what is necessary to a *worthwhile* living: not only goods necessary to the physical sustenance of the human being, but goods that allow the cultural development of the human kind.

3.2. Common usages

A little later in time but close in space, compared to Marcian's contribution, we find another concurring legal concept attached to the expression "common goods" (though originally referred to as "collective goods" or "collective properties", or even better as "civic uses"): it

Copyleft – Ius Publicum

refers to ancient medieval rights of use and appropriation which were granted to local communities by their lord within the feudal system to complement self-sufficient household private economies. These rights and their object would vary according to the features of the land: cutting wood, putting animals to pasture, fishing, drawing water, picking acorns, branches, bark, turf, clay, stone, sand, lime, or the remains from harvested fields. They correspond to medieval English common law rights of commons: a set of incorporeal hereditaments outlined by William Blackstone in his *Commentaries on the Laws of Ancient England* (1765-1769), which insisted upon common land and could be exercised only by members of the local community.

Throughout the Medieval period and the Modern era, these uses have been the object of acts and legislations meant either to convey land into a more sensible, economy-wise private property structure, or, in a totally opposite perspective, to preserve the benefits these lands yielded to the population by assigning land to the inalienable public domain held in trust by the State for the people[28]. Yet, in many places they have survived, either formally or informally and

[28] In Italy usages, which had been the object of hostile laissez-faire measures since the end of the Nineteenth century, had survived, only to be opposed by the Fascist regime which tried to reorganize them in view of their elimination through monetary settlement (regio decreto legislativo 751/1924 and legge 1766/1927). Yet, also this initiative failed, and after the Second World War and particularly from the 1970s, these lands found the favor of the legislator, on the one hand because they were still essential to many local economies (both in terms of sustenance and of touristic exploitation), on the other, due to the increasing environmental worries. In the 1980s, usages proved to be less productive in relation to their original destination than in the new perspectives offered by the construction of public infrastructures and networks. Despite the Constitutional reform of 2001 which allowed for a greater legislative and administrative role of regions, in absence of a national legal framework not much can be done by regions alone to simplify the procedures concerning usages. In France, immediately after the Revolution, the *biens communaux* had been placed within the public domain of Municipalities by lois 13 Avril 1791, 28 Avril 1792, and 10 Juin 1793, to avoid their appropriation by the nobles. In the 1980s, these lands and particularly the lands "incultes ou manifestement sous-exploitées", underwent a "mise en valeur", in the name of local development and of the creation of public services (loi 9 Janvier 1985 and loi 31 Decembre 1985). Thy were then destined to uses new and different from the original ones: National and regional parks and nature reserves were established respectively by loi 22 Juillet, 1960, n. 60-708, décret

Copyleft – Ius Publicum

still remain today. In Italy, their history has been uncovered by law and history of law scholar Paolo Grossi, who rescued them from the oblivion to which they had been sentenced from the French Revolution on, and in Italy particularly after the unification of the nation[29].

These usages characterized European local self-sustenance economies up to the last century and are now going through reforms in many countries, which seek to transform their structure to serve the new purposes of landscape protection, sustainability, and green tourism[30].

One or the other of the concurring concepts just illustrated – often all of them – appear in every discourse on common goods, and are normally associated with the latter historically or theoretically. CPRs, *Res communes omnium usum* and its later developments, and common usages – all or in in pairs – share some features: a low degree of excludability, open-access, the

législatif 25 Avril, 1988, n. 88-443 and loi 10 July, 1976, n. 76-629). In England, common lands – lands object of common rights similar to usages, belonging to commoners – started being enclosed in the XIV century. Enclosures continued during the eighteenth and nineteenth centuries by acts of Parliament which provided for the offer of other lands to commoners (often of lower quality), in compensation of extinct rights. In fact, landowners already enjoyed much of the land, but not legally, being required to comply with the system of common fields and to oblige to the request of even just one commoner to exercise his common right. Parliamentary enclosures were therefore an efficient way to keep the costs of an agreement, through the use of common law and equity, as they required the approval of four-fifths of the commoners. By then, the rights of the commoners did not have great value in the new economic order: there were few protests and many voluntary enclosures (although some resistance came from families of small farmers and landless workers, who had to leave the rural areas and became the urban workforce within the industrial revolution). At the end of the nineteenth century the process of enclosure was almost complete. Instances of environmental protection and the promotion of tourism, which in Italy and France have been tackled also through the new discipline of civic uses, in the UK have long been pursued through different tools.

[29] P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, 1977.

[30] Charlotte Hess and Elinor Ostrom have analyzed the results of a field research carried out by Robert Netting on a village irrigation system in the Swiss Alps, a long standing common usage system, Hess and Ostrom, 2007, pp. 18-24.

Copyleft – Ius Publicum

exposure to depletion and destruction, the natural function of sustenance. Some of these features are explicitly conceptualized into the different definitions, some are not. Indeed, these shared features and the history of law indicate vicinity, even kinship among the mentioned concurring concepts. Yet, these cannot be treated as one, or as steps of a linear and uncontroversial evolution from one to the other. Marked differences characterize each of them and must be adequately evaluated and compared within the appropriate context. And even differences within the shared features deserve to be acknowledged, particularly the low degree of excludability which can be based on technical restrictions or on ethical choices.

4. ITALIAN LEGAL SCHOLARSHIP

Within today's Italian legal scholarship, the expression "common goods" is used very frequently. Most of the times, it is also used in association with Elinor Ostrom's work: studies and articles on property, environmental resources, and their management, as well as on the most diverse subjects such as education, labor and freedom of information, almost inevitably include reference to Elinor Ostrom and to her most known work, *Governing the Commons*.

The sudden eagerness for the subject in the last decades is motivated by the ever increasing environmental issues involving both national and global natural resources. Yet, only half a century ago Massimo Severo Giannini, in the course of the lectures held in 1962/63, taught his students that ether, air and the sea – *res communes omnium* – were thus defined not because of extrinsic reasons consisting in the number of people using them, but due to intrinsic reasons consisting in the kind of use they are susceptible of[31]: Despite being rival in an economic sense,

[31] M. S. Giannini, *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963, p. 36.

Copyleft – Ius Publicum

these resources were so abundant that both scholars and legislators had no reason to regulate their use or to face property issues[32].

Today's enthusiasm for common goods is affecting negatively the operability of the expression as the effective label for a legal category, draining any possible meaning from it, crushing the different concurring concepts, and counting among its fatalities also Elinor Ostrom's theories[33]. Of course, not every legal scholar is to blame for this approach[34], yet, even among those who correctly frame her work and recognize its importance and potential, the opportunities that lie waiting for policymakers and legislators are not appreciated.

[32] M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977. The same argument was expressed that same year by the civil law scholar Pietro Rescigno: "ci venne insegnato che dal concetto giuridico di 'bene' esulano le cose che tutti godono come l'aria e l'acqua fluente, per rifarci agli esempi di scuola. Un siffatto modo di pensare vuol dire non solo insistenza sul carattere di estraneità e di alienità, rispetto al singolo, delle cose su cui cade il suo potere di appropriazione, di disposizione e di godimento; vuol dire pure che rimane fuori dall'interesse di studio e di riflessione del giurista tutto ciò che gli appare oggetto di godimento così generalizzato da non esigere protezione specifica", P. Rescigno, "Disciplina dei beni e situazioni della persona", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1976/1977, n. 5/6, 11, Milano, 1978, p. 878.

[33] In some cases, Elinor Ostrom's work is briefly mentioned as part of the unavoidable literature on the subject treated, and then the author moves on to make her or his own point.

[34] See M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappicchelli, Torino, 2007, which contains a complete, accurate and clear account of Elinor Ostrom's work and theories, and of their context, uses them within a broader legal and economic analysis of issues related to the environment, and draws interesting conclusions for the future, See also L. Nivarra, "Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune", in *Oltre il pubblico e il private. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte edizioni, Verona, 2012, which offers a strikingly precise account of Elinor Ostrom's work, illustrated in juxtaposition with the work of other scholars – jurists and philosophers – who offer new and different notions of common goods based on values.

Copyleft – Ius Publicum

4.1.1 Mattei's holistic approach and Elinor Ostrom as a self-serving neoistitutionalist

The main work I will discuss is Ugo Mattei's *Beni Comuni. Un manifesto*, a blockbuster book on common goods written by a legal scholar in private, international, and comparative law. Right from the title, it's clear that the author is forwarding a political agenda, against the evils of capitalism and the severe shortcomings of the State. Despite the declared intent to sketch an "*institutionally viable notion of common goods, that may reduce to unity a number of different fields, yet without degenerating into a sort of fashionable, abstract, ambiguous, and excessively generic password*"[35], throughout the book Mattei never introduces nor suggests a clear definition of common goods. Like many other scholars who tackle the subject, he would rather say what common goods are not: "*Common goods are not – like reality as a whole – a set of well-defined objects ("cut" as in Bergson's view) that may be studied in a lab and seen from the outside according to a Cartesian logic and an empirical observation*"[36]. Common goods are such "*due to the contexts in which they become relevant as such. Hence the extreme broadness and flexibility of the notion, and the difficulty in subsuming it within traditional legal (goods, or services?) or political (right or left?) classifications*"[37]. This leaves us without the allegedly sought after "viable definition" of common goods. Neither can we build one definition of common goods by finding shared features among the things this author lists as common goods, by occasional mentions throughout the book: a railway, an airline company, the health service, drinking water networks, the university (p. V); all the goods produced thanks to general fiscal financing (p. XVII); in medieval times, a forest, rivers and

[35] U. Mattei, *Beni Comuni. Un manifesto*, Laterza, 2011, p. XV.

[36] U. Mattei, *cit.*, 2011, pp. XIII, XIV.

[37] U. Mattei, *cit.*, 2011, p. 53.

Copyleft – Ius Publicum

creeks, the city, and churches too (p. 27); the Earth (p. 40), and again "the live earth: Gaia" (p. 47); labor (p.53); la (p. 60); the health service (p. 64); the urban waste disposal service and the urban snow plowing service (p. 66). He further classifies common goods by distinguishing between natural (the environment, water, clear air) and social common goods (the cultural heritage, historical memory, knowledge), and between material (city squares, public gardens) and non-material common goods (the space within the web) (p. 54), and also according to the relevant level of governance: strictly local, like a small playground or a kindergarten, or with a broader scope, like land rent, up to the national level, like freedom of information and to the transnational one (e.g. academic research and internet governance) (p. 61). Mattei even describes common goods as a new way of framing rights, or alternatively public interests. The goods, resources, and services mentioned are supposedly meant rather as a means for the expression of rights and interests, which nevertheless are mentioned as common goods in their own right. There is no space for the identification of a common regulatory framework: once we are dealing with such a heterogeneous mix of things and concepts, the utility of any class or category is lost. Indeed, the only argument – insistently repeated – on the regulation of common goods is that they must be open-access, and that people must participate in their management: we are left to wonder through which strategies and institutions, and to what extent.

This being Mattei's vision, the treatment of Elinor Ostrom's work by this author is questionable. Mattei assumes that Elinor Ostrom's object of research is his same, and dismisses her as having done "*none other than challenged the crude application of the homo economicus model to problem of common goods*"[38], failing to "*generate in the scientific community full recognition, even political, of the revolutionary consequences of placing common goods in a place central between the categories of law and politics*", because her "*neoinstitutionalist critique, by trying to cure economics from its inner paradigm, has not drawn any political*

[38] Mattei, *cit.*, 2011, p. XI. And later also, "to be honest, she reinvents what Engels had already written over a hundred years ago", p. 5.

Copyleft – Ius Publicum

conclusion from the fact that the model of the greedy, bulimic actor indeed accurately describes the behavior of two of the most important institutions of our world"[39], the modern limited company and the State. In this view, the award of the Nobel prize constitutes the blessing of mainstream, orthodox economic thought to her work, proof of the above failure.

Each of these statements does wrong to Elinor Ostrom. First of all, Mattei diminishes her claim to a mere "challenge" to pre-existing ideas: this word does not account for her claims as the results attained through a lifetime of research performed with scientific methods. Secondly, her findings were indeed revolutionary, at the time of their first publication: they were denying with solid evidence what had been unquestioningly believed by economists for centuries, and raising attention to a resource management paradigm which up to that time had been not only neglected but thoroughly overlooked. Also, she never claimed that the cooperative behavior of actors in successful CPR situations was *id quod plerumque accidit* – despite being more diffused than expected, it was always a minor trend in respect to unsuccessful cases, and mostly witnessed in small communities. Lastly, she did acknowledge and in many case offered proof that private enterprises and State bodies were often the cause of destruction of a resource, as opposed to functioning collective action strategies devised by local groups: something she wouldn't have done as a member of the capitalist 'in-crowd'. Far more than this, she identified features of goods and groups and other conditions affecting the feasibility of such strategies. Indeed, the award of the Nobel prize for economics *per se*, and to a political scientist in particular, certifies the shift in perspective that she contributed to cause in the scientific community, and the policy impact of her work is evident.

Mattei seems to draw inspiration from the philosophical-international notion of common goods, which he elaborates further to reach his own holistic notion. At the same time, his long-time research interest on property and its evolution – in particular on the social purpose which

[39] Mattei, *cit*., 2011, p. XII.

Copyleft – Ius Publicum

property is destined to serve in the Italian system, at least in the words of the Constitution, as opposed to the preceding view of an absolute ownership the protection of which justifies the very existence of the State – accounts for the direction he impresses upon his vision, and the exasperation for the poor state of affairs in Italy serves as an excuse for his exorbitant and impractical proposal.

Despite being an educational work addressed to the general public, *Beni Comuni. Un Manifesto* has had mystifying effects on the understanding of Elinor Ostrom's work also within scholarship. Indeed, Mattei's representation of Elinor Ostrom's work is often the main one which legal scholars consider, his authority on the subject of commons and property being both the outcome of his career as a jurist and of his participation in the Committee called by the Minister of Justice (Decree June 21, 2007) to draft a bill to delegate the Government to reform the current layout of property in the Civil Code [40] and which proposed the introduction of the

[40] The Reform did not fall through. It is odd that such a material reform of the Code and of the legal system as a whole would be delegated to the Government, especially given the instability that historically characterizes it, affecting its duration and ability to function. This Reform was above all aimed at overcoming the unsatisfying classification of property in force in our Code. The *Demanio* (public domain), in particular, is a category which stands not by a unifying feature of the goods it encompasses, but just by normative decision that a certain good or resource is part of it. Some goods listed therein can only be owned by the State or local administrations, others are part of the domain only if owned by one of those entities. Goods within the public domain cannot be sold, nor can they be lost by adverse possession. The Committee framed its own task as a "*quest for a taxonomy of public goods that reflects the economic and social reality of the different types of goods, in the belief that the mere legal status of the types existing in the Italian law in force, constituted an arbitrary criterion*" (…).The quest led the Committee to the formulation of the category of common goods, meant as "*things that express utilities which are functional to the exercise of fundamental right as well as to the free development of the person*". These include, "*among others: rivers, streams, and their sources, lakes and other waters, the air; parks as defined by law, forests and wooded areas; mountain areas of high altitude, glaciers and permanent snow, beaches and coastlines declared environmental reserve, the protected wildlife and flora; the archaeological cultural, and environmental heritage, and other protected landscape areas*". This list, which comprises a large number of natural resources, and some classes of artificial goods or resource, is meant to create a group of things

Copyleft – Ius Publicum

category of 'common goods' in the Italian system. Many contributions on the subject of common goods, inspired by Mattei's eagerness, assume his vision as the 'state of the art', and overlook the distinctions that a scientific approach requires.

4.1.2 Vitale's reproach to Mattei and the definitive dismissal of Elinor Ostrom

Understandably, Mattei's book gained rapid fame and became very controversial: scholars, especially from other areas of research, expressed from mild to strong criticism over his views[41]. The main and most outspoken critic in writing is political philosophy professor Ermanno Vitale, who published *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*. Vitale's book is divided into two sections, a *pars destruens* and a *pars construens*. The first part consists of an analysis of Mattei's *Beni Comuni* which at times turns into a bitter mockery of the jurist. We must credit Vitale with the clarification on the actual context of many of the works treated and quoted by Mattei. Yet, even Vitale tells us that

that will be subject to the same regime: a regime that brings nothing new, in comparison to the current regime of each of the goods listed.

[41] See, for example, the discussion published in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, following the presentation of *Beni Comuni. Un Manifesto* organized by the University of Milan in February 2013: Banfi, Antonio, "I beni comuni di U. Mattei: un ritorno alla politica", in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, 2012, pp.100-105; Rangone, Nicoletta, "Quali regole per I beni comuni?", in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, 2012, pp.106-112; Bruni, Luigino, "La scienza economica e i beni comuni. Storia, tragedie, e qualche sorpresa", in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, 2012, pp.113-124; as well as U. Mattei"Una risposta ad alcune critiche", in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, 2012, pp.125-127.

Copyleft – Ius Publicum

> "After all, Ostrom's criticism of Hardin is just a reminder that a "commons" is not necessarily devoid of rules or insufficiently regulated. Close to private property in its strict meaning, and to public institutions, also intermediate institutions may in certain cases and within certain limits contribute to an efficient regulation of the resources of the planet" – and this, only in small scale communities and in respect to local resources[42].

Oscar Wilde once said that women have a wonderful instinct about things. They can discover everything except the obvious. Wilde was a witty teaser, but this is actually also a subtle compliment, especially if applied to the case in point: it is so easy to state that something is obvious after someone else has pinpointed it; it is far more difficult to understand that something which no one else can see is going on, and find evidence of its existence, and understand the reasons and conditions that make it work. While framing correctly the core message of Elinor Ostrom's research, Vitale still ends up minimizing its importance. Furthermore, by insisting on how Elinor Ostrom's research and results have nothing to do with the aims of social justice that Mattei allegedly advocates with his own notion of "common goods", Vitale ends up excluding Ostrom's research from the picture: already diminished to a mere reminder, her work is also incompatible with Mattei's claims, and this incompatibility ends up being the measure for its relevance to the issue of common goods in general.

4.2 Other approaches

Other works by legal scholars deserve a mention in the attempt to illustrate the reception of Elinor Ostrom's work in legal scholarship.

[42] Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, p. 13, and also p. 10.

Copyleft – Ius Publicum

4.2.1 The asserted superiority of public property in Elinor Ostrom's work

An author who has brought the subject of common goods under his focus is private law scholar Gabriele Carapezza Figlia. In his article "Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta", he bases his discourse on common goods on the international law "common heritage of human-kind" principle, which he believes had been first used in the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment held in Stockholm in 1972. Carapezza seems to assume that there is no difference between this notion of common goods and the commons and CPRs mentioned in Elinor Ostrom's work, which he mentions. At the same time, he recognizes the existence in the Italian system of legal norms that conform or modify the traditional structure of private property by limitation of the powers of the owners of particular types of goods, such as movable objects which are part of the cultural heritage or land within a protected landscape area. In respect to these, the choice about the functional destination of the good or resource is made by the law, the number of rights within the proprietary bundle is reduced and the rights are modified, the alienation and circulation of the goods or resources is strictly constrained. In this author's view, the notion of common goods serves as the label to unify under one name all the instances in which private property's traditional structure is remodeled by the legislator towards the satisfaction of the public interest consisting in the "*maximum fulfillment of the value of the person*"[43]. As to their regime, the Author claims that

> "*even though a strictly constrained private property regime is compatible with a lessened rivalry between the different uses of a good, aimed at favoring a higher*

[43] Carapezza Figlia, , "Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta", p. 1072, and also p. 1084.

Copyleft – Ius Publicum

> *accessibility to it, a certain normative structure of public property is particularly adequate to manage the fruition of the good according to rules inspired by constitutional solidarity and aimed at guaranteeing its optimal use. A well-devised public property regime can indeed overcome the economic efficiency of private ownership, because it can bot guarantee the intergenerational safeguard of collective resources* [and here a footnote links this statement to pages 269 and following of *Governare i beni collettivi*, the Italian edition of *Governing the Commons*] *and avoid what has been defined as «the tragedy of the anticommons»"*[44].

This is a very general, apodictic claim in favor of the relative superiority of public property in facing certain issues, a claim which is questionable both *per se*, and in respect to the comprehension of Elinor Ostrom's work. Indeed, as we stated in the opening, Elinor Ostrom never advanced normative claims of this kind, not even in the page referred to by Carapezza. What she did state in the pages referenced to is what has already been clarified: certain common pool resources are effectively managed by groups through collective action strategies which allow their long-term preservation. Specific features of the resource and of the community depending upon it, as well as of the strategy implemented, are relevant in predicting success of the latter, which is not granted. Lack of these features leads to failure, just as much as poor administration by the Government and short-sighted private exploitation would.

4.2.2 Ostrom, and the Community as a limit

A commendable initiative was led by Maria Rosaria Marella, professor of private law: in the course of 2012, she chaired a series of meetings to discuss the meaning and scope of the

[44] Carapezza Figlia, *cit*., p. 1072, and also p. 1079.

Copyleft – Ius Publicum

concept of common goods, gathering together scholars from different fields and backgrounds – philosophy, sociology, anthropology, and economics. The outcomes of this enterprise were then published in a collective work *Oltre il pubblico e il private. Per un diritto dei beni comuni*[45].

The workgroup led by Marella acknowledged the impossibility to find a definition for common goods, given the broadness and diversity of the set considered[46]: Common goods are water, natural resources, and goods which have a physical layer but also evoke more complex scenarios, like the environment, the art heritage and the historic-cultural heritage of a Country; common goods are also, among other immaterial things, genes, images of other goods, traditional knowledge and customs; institutions which offer services which satisfy social rights like health or education; common goods are also the urban space of the city and labor. Once admitted the impossibility of coming up with a definition, the focus is shifted to an attempt at identifying the common features of common goods, which according to Marella are the following: the fact that they cannot be regulated according to common rules; the fact that they are linked to a community; the fact that they must be managed collectively, with participation from the people. The utility of a legal class of goods which share no common regulation is questionable (and the other two common features seem too week and general in order to effectively distinguish these goods from others). Also, once again we are told that collective management and participation are a "must". Rather than a spontaneous bottom-up strategy, this evokes an imposed top-down collaborative constraint: how can this obligation be encouraged or enforced? It also seems to evoke a universal shared-management pattern for every situation involving one of the goods listed as common goods, with no exceptions.

[45] AA.VV., Oltre *il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, M.R. Marella (ed.), *cit.*, 2012.

[46] This approach accepts all the current claims on what common goods are, without questioning any of them, and then tries to unify them in a group by looking for common features.

Copyleft – Ius Publicum

With specific regard to the subject of this paper, many contributors, including Marella who was the editor of the volume, refer to *Governing the commons.* In particular, in the introduction we read that the fact of identifying a common good with the community depending upon it may actually be a theoretical weakness, preventing the good from playing the role of social, economic and political transformation it may potentially play. In this view, "*given certain socio-economic starting conditions, stating that a resource or an institution is a common good does not necessarily trigger a redistributive process towards the broader community or other communities of users or citizens, but rather ensures a more equitable use of the utilities from that good within one's own community. This would seem to be at first glance the limit of the theory of Ostrom*."[47]. Once again, we are warned against the limit of Elinor Ostrom's theory: a limit which only appears as such owing to the superposition of a notion of common goods completely different from the notion of CPRs and common property regimes she worked with, and of a purpose radically different from the aims of her research. Indeed, the features of the community depending on any given resource, and the way in which they affect the functioning of a collective strategy, have been taken into account and carefully analyzed by Elinor Ostrom throughout her life, but she did not *identify* the resource with the community in a normative fashion. More importantly, the results she reached and on which her theory was built were the outcome of fieldwork; they came from the observation and conceptualization of real-life systems and communities. So even from a logical point of view, to state that a scientific theory is limited because giving a certain label to a phenomenon does not trigger the desired results, is quite unfair. But beyond the labelling issue, we must still bear in mind that a collective action strategy does not even ensure the equitable use of a resource within the community (or within a

[47] M.R. Marella, "Introduzione. Per un diritto dei beni comuni", in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, M.R. Marella (ed.), cit., p. 23.

Copyleft – Ius Publicum

broader community than the one directly affected), a fact that Elinor Ostrom was well aware of, and about which she often warned her readers[48].

5. CONCLUSIONS

Let us clarify: not every Italian law scholar who has dealt with Elinor Ostrom's work has offered a misrepresentation of her claims and findings, or has advanced arguable criticism of them.

Let us further state that the problem of the misrepresentation of Elinor Ostrom's work is not an all legal scholarship issue, nor an all Italian issue: all around the World, even in the United States, political scientists and scholars from other fields alike have sometimes narrowed her achievements to just parts of her research[49].

Some of the misrepresentations of Elinor Ostrom's work reported here may be due to reference to concurring "common goods" notions. All the scholars mentioned are surely aware of the existence of these concurring concepts and their differences, yet the lack of clarity over their use is disappointing. If and where the choice has been that of deliberately mixing them to create a new notion, this choice should have been stated and explained both in the making and in the use. But within the instances illustrated we find very specific reference to, and arguable direct criticism of, Elinor Ostrom's work. Why is this? For one, in favor of the benefit of the doubt,

[48] Indeed, the fifth chapter of *Governing the Commons* (pp. 143-181) is devoted to "Analyzing Institutional Failures and Fragilities", and provides, like subsequent works, examples of unsuccessful, or only partially successful collective action strategies.

[49] R. Pacheco-Vega, "The Impact of Elinor Ostrom's Scholarship on Commons Governance in Mexico. An Overview", in *Policy Matters*, n. 19, 2014, p. 29.

Copyleft – Ius Publicum

the Italian edition of *Governing the Commons* was published only in 2006, therefore being available to non English-speaking readers only relatively recently. We are also aware of the appeal that quoting a Nobel prize winner's theory in connection with one's own work exerts on any of us, and the prestige that stems from being able to find fault with that theory. Certainly, all the law scholars who have expressed an interest in Elinor Ostrom's work, earnestly assume to be displaying a loyal representation of it, and for one reason or another they did not have a chance to properly access her work, nor those works by Vincent Ostrom's works which served as a basis for her research. A thorough study of the *corpus* of her works, or at least of its main gems, favored by their translation into Italian, may encourage such interest. Cooperation with scholars from the field of political sciences would also be useful, thanks to their familiarity with the Ostrom's work and the jargon of the field. Once these steps are taken, inaccurate reference and arguable criticism to Elinor Ostrom's work will not be justifiable anymore.

Some have argued that the resources Elinor Ostrom dealt with in her research are of a particular kind, not easy to find in the Italian territory: they are natural resources belonging to small groups which depend upon them for subsistence and at least originally regulated by means of informal, bottom up rules by somehow primitive communities in lack of a national state and its formal apparatus. Therefore, they conclude that the utility of this research in our system is relatively low. Yet, Italy has a history of shared management systems involving CPRs, some of which are still operating today. But even when resources cannot be qualified as CPRs or are fully owned by the State or by local government units which decide over the possible allocation of rights over them, Elinor Ostrom's theory may still be useful. Furthermore, the Italian institutional setting allows for participation of local communities in the management of resources and services: the Constitutional Reform of 2001 introduced the principle of vertical subsidiarity as a guide for administration and decision making over public matters, requiring the State, Regions, Metropolitan Cities, Provinces and Municipalities to “favor the autonomous

Copyleft – Ius Publicum

initiative of citizens, as individuals or in associated form, for the performance of activities of general interest"[50].

Also with respect to the issue of legal reforms and policy making and implementation, an assessment of what happens in an action arena, performed by fellow political scientists using the IAD framework, would be a useful tool for tuning decisions and changes both in the general and specific regulation of certain resources.

As a general indication, Elinor Ostrom's findings show that in situations which involve similar resources and similar actors – or at least apparently so – a collective action strategy (as much as a State imposed regulation or a private management system) may not always lead to success. This suggests that the idea of applying one-and-for-all strategies or matching univocally one kind of institution with a category of goods should be at least nuanced, both by providing for more elastic schemes and by correctly selecting which features truly make a situation similar to another in view of the aim pursued.

Much can be yielded from the tools and hints that lie waiting along the path that goes from understating the commons to understanding the commons.

[50] Art. 118, comma 4, Costituzione della Repubblica Italiana. In this direction, we mention the document approved in February 2014 by the Committee of the Municipality of Bologna: the *Regulation for the cooperation between citizens and the administration for the care and regeneration of urban common goods* (www.labsus.org), which nevertheless deals with goods which cannot be qualified as common pool resources and only at certain conditions may be qualified as commons as meant here.

Copyleft – Ius Publicum

BIBLIOGRAPHY

AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, M.R. Marella (ed.), Ombre corte edizioni, Verona, 2012.

Banfi, Antonio, "I beni comuni di U. Mattei: un ritorno alla politica", in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, 2012, pp.100-105.

Bruni, Luigino, "La scienza economica e i beni comuni. Storia, tragedie, e qualche sorpresa", in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, 2012, pp.113-124.

Cafagno, Maurizio, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappicchelli, Torino, 2007.

Carapezza Figlia, Gabriele, "Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta", in *Rassegna di diritto civile*, 4/2011, pp. 1061-1088.

Carapezza Figlia, Gabriele, "Proprieta e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni unite", in *Rassegna di diritto civile*, 2/2012, pp. 535-549.

Dawes, R. M., "Social dilemmas", in *Annual Review of Psychology*, 1980, 31, pp. 169–193.

de Vattel, Emerich, *Le droit des gens. Ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758.

Gambaro, Antonio, "Note in tema di beni comuni", AEDON – Rivista di arti e diritto online, 1/2013.

Copyleft – Ius Publicum

Giannini, Massimo Severo, *Diritto pubblico dell'*economia, Il Mulino, Bologna, 1977.

Grossi, Paolo, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977.

Grotius, Hugo, *De iure belli ac pacis*, 1625.

Grotius, Hugo, *Mare Liberum*, 1609.

Hardin, Gareth, "The Tragedy of the Commons", *Science*, 162/1968, pp. 1243-48.

Hess, C., Ostrom, E., (eds.), *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, The MIT Press, 2011.

Hess, Charlotte, Ostrom, Elinor, *Private and Common Property Rights*, Workshop in Political Theory and Policy Analysis, Indiana University, 2007.

Kaunekis, Derek, "Researching Complex Governance Arrangements: Elinor Ostrom's Legacy for Research Methods and the Analysis of Institutional Design", in *Policy Matters*, n. 19, 2014, pp. 69-78.

Kollock, Peter, "Social dilemmas: Anatomy of cooperation", in *Annual Review of Sociology*, 1998, 24, pp. 183–214.

Marinelli, Fabrizio, "Usi civici e beni comuni", in *Rassegna di diritto civile*, 2/2013, pp. 406-422.

Marinelli, Fabrizio, *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commercial*, Giuffre, 2003.

Copyleft – Ius Publicum

Marotta, Sergio, "La via italiana ai beni comuni", AEDON – Rivista di arti e diritto online, 1/2013.

Mattei, Ugo, "Una risposta ad alcune critiche", in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, 2012, pp.125-127.

Mattei, Ugo, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Milano, 2011.

Montebugnoli, Alessandro, "Ogni cosa secondo i suoi principi. Un approccio analitico al discorso dei commons", in *Tempo di beni comuni. Studi interdisciplinari*, Ediesse, 2014, pp. 153-200.

Montesi, Cristina, "I beni comuni al crocevia tra simpatia per il prossimo ed interesse personale", in *Tempo di beni comuni. Studi interdisciplinari*, Annali della Fondazione Lelio e Lisli Basso 2010-2012, Ediesse, 2013, pp. 217-255.

North, Douglass C., "Institutions", in *The Journal of Economic Perspectives*, 1991, 5(1), pp. 97–112.

Ostrom, Elinor, Gardner, Roy, Walker, James, *Rules, Games & Common-pool resources*, Ann Arbor – The University of Michigan press, 1994.

Ostrom, Elinor, *Governing the commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Political Economy of Institutions and Decisions, 1990.

Ostrom, Vincent, Ostrom, Elinor, "Public goods and public choices", in E. S. Savas (ed.), A*lternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performance*, Boulder, Westview Press, 1977, pp. 7–49.

Copyleft – Ius Publicum

Pacheco-Vega, Raul, "The Impact of Elinor Ostrom's Scholarship on Commons Governance in Mexico. An Overview", in *Policy Matters*, n. 19, 2014, p. 23-33.

Poteete, Amy R., Jansson, Marco A., Ostrom, Elinor, *Working together. Collective Action, the Commons, and Multilple Methods in Practice*, Princeton University Press, 2010.

Rangone, Nicoletta, "Quali regole per I beni comuni?", in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, 2012, pp.106-112.

Rescigno, Pietro, "Disciplina dei beni e situazioni della person, in *Quaderni fiorentini per* la *storia del pensiero giuridico moderno*, II, 5-6, Milano, 1978.

Ristuccia, Sergio, "L'importanza di una riflessione sui beni collettivi. A proposito del premio Nobel a Elinor Ostrom", in *Bancaria*, n. 12/2009, pp. 22-26.

Schlager, Edella, "Common-Pool Resource Theory", in Robert Durant, Daniel Fiorino and Rosemary O'Leary, Environmental Governance Reconsidered: Challenges, Choices and Opportunities, The MIT Press, Cambridge, 2004.

Schlager, Edella, Ostrom, Elinor, "Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis", in *Land* Economics, 68, 3, 1992, p. 249-69.

Vitale, Ermanno, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Milano, 2012.

Vitale, Tommaso, "Societa locali e governo dei beni comuni. Il Nobel per l'economia a Elinor Ostrom", in *Aggiornamenti sociali*, pp. 91-101.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

THE PRINCIPLE OF COMPETITION: PROPERTIES AND FOUNDATIONS. ITS IMPACT ON ITALIAN LAW

Francesca TRIMARCHI BANFI

SUMMARY

1. THE RATIONALITY OF MARKET ORDER
2. THE QUESTION AT STAKE
3. THE NOTION OF COMPETITION AND OF ITS SAFEGUARD
4. UNION LAW AND THE "PRINCIPLE" OF COMPETITION
5. THE SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST
6. THE PRINCIPLE OF COMPETITION IN INTERNAL LAW
6.1 Scholars' opinions
7. THE CASE-LAW OF THE CORTE COSTITUZIONALE
8. CONCLUSION

1. THE RATIONALITY OF MARKET ORDER

Political objectives and operational means lie on different levels, so that the relations between the two do not generally raise questions of compatibility, but rather of appropriateness of means to the end. Things are different when the economic competition is at issue. In the current mainstream opinion, economic competition is not one of several ways to organize the economic system: competition ensures the maximum level of economic growth and with it the maximum of aggregate wealth, provided that occasional "market failures" are corrected. As the means par excellence to increase the national product, economic competition is identified with the increase of collective wealth –that is to say, with its end. In this view the "principle" of competition operates like a super-principle, apt to oppose a particular resistance when confronted with other competing principles. As

Copyleft – Ius Publicum

such the principle of competition may conflict with substantial principles, such as that of the autonomy of the territorial entities that are constitutive parts of the Republic (art.5, Const.).

The peculiar authority of competition as a principle is based on economic and legal grounds as well. On economic grounds, reasons of strictly economic character converge with the behavioural assumption of utility maximization as being the motor of rational action -which is the basis of a large part of the analyses and proposals concerning public administration. The stress laid on the incentives underlying the performance of organizations is not new and it still inspires the separation between politics and management as the model for the provision of public services of economic interest. Management, appropriately incentivized, is seen as the true driver of the good results of the enterprise, provided that its decisions are not influenced by the so-called private agenda of the politicians[1].

From similar assumptions and in the same direction proceeds the so called economic theory of democracy: the axiom of rationality, identified with the pursuit of self-interest, when applied to the conduct of government, implies a distinction between the social function of government and the private incentives that operate within the government as an institution made up of individuals[2]. In its most obvious applications, the economic

[1] The view that focuses on the principal-agent relationship and on the incentives operating in it, inspires the current model for the organization of public services, where the political responsibility is separated from the management of the service, see Boitani-Petretto, *I servizi pubblici tra governance locale e regolazione economica*, in Robotti(ed.), *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2002, 38; A. Petretto, *Privatizzazione*, *Enciclopedia Italiana XXI secolo*, Settima appendice, Roma, 2007, 53.

[2] A.Downs, *An Economic Theory of Democracy*,New York, 1957, 282-284.

Copyleft – Ius Publicum

theory of democracy focuses on the potential conflict between the pursuit of the common interest and the private reasons of politicians.

The principle of competition seems a good answer to the crisis of the concept of law as the concretization of the collective will, expressed by representative assemblies. The fragmentation of interests and their weight upon public policies suggests that the remedy might be found on the same ground that originates the crisis: in a system governed by the principle of competition the pursuit of self-interest may promote the efficient use of given resources and at the same time has the positive effect of minimizing the interferences with the markets' rationality and the deviations generated by the "private agenda" of the politicians.

On the legal ground, the safeguard of competition is elevated to the rank of "principle" of EU law, which endows it with the authority and the supremacy of the European order. Law and economics unite in promoting a system governed by the principle of competition.

The present cultural climate revives the thesis of the scholars who, in the second half of the past century, set the rationality of markets against the arbitrariness of social legislation. According to Hayek the "rules of just conduct", concerning the conduct of a person towards others, give rise to a stable and spontaneous order[3], unlike the changing government's commands for the attainment of specific purposes, that are usually dictated by powerful pressure groups[4]. The end-independent character of the rules of just conduct, such as private law rules, confers to these rules the universal and stable character that is missing in the unpredictable and changing legislation, which troubles the rationality of the market order in view of the achievement of so called social ends, or even of social justice,

[3] Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, London 1982, Vol.I,50; Vol.II, 31, 126, 131.

[4] Hayek, Vol. III, 7.

Copyleft – Ius Publicum

which is the label that masks the claims of well-organized pressure groups[5]. The market order increases the aggregate wealth without taking into account distribution problems; such problems are a matter of equity, that should be dealt with by means of measures of assistance, that operate outside the market[6].

In a way, the view of Hayek is in line with the thesis of those German scholars who rejected the concept of *sozialer Rechtsstaat*, as inconsistent with the certainty of rules, considered as an indefectible character of the State under the rule of law. "Social"-so Forsthoff argues-is an indeterminate concept and subject to be identified with what is seen as such by the majority of the moment[7]. Besides, the pursuit of social aims involves questions concerning values, and the commitment of the Constitution to the pursuit of values generates conflicts the solution of which, ultimately , is in the hands of the constitutional court. The judge is thus charged with a political responsibility which goes beyond his proper role. Mixing the rule of law with social values generates instability in the constitutional system[8].

Rationality of the market economy and legal rationality –in the meaning of predictability of the rules that can be derived from constitutional precepts- joined in recommending a legal system governed by rules of procedural character. Such are the rules of competition[9].

[5] Hayek, Vol.II,67; on the deceitfulness of the so-called social justice, Vol. III,13.

[6] Hayek, Vol.II, p.85 ss.

[7] E. Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, 2.Auflage, Muenchen 1976, 80.

[8] E. Forsthoff, *Zur heutigen situation einer Verfassungslehre*, in *Rechtsstaat im Wandel*, specially 205-207 and 223-224.

[9] In the meaning of Hayek, Vol.II, 70-71.

Copyleft – Ius Publicum

2. THE QUESTION AT STAKE

Our recent legislation declares the promotion of competition as the main objective of various measures[10].

The Corte costituzionale, in turn, when assessing the respective legislative powers of the state and the regions, supports such legislation even to the point of paradoxes: the judge states that the "planning activity" set up by the administrative reform of the water service, pertains to the exclusive competence of the State for the "safeguard of competition" (tutela della concorrenza) in the meaning of art.117, par.2, letter e) of the Constitution, because it is "strictly functional" to the unitary management of the service, aiming to overcome the fragmentation in the management of the hydric resources and to insert such management in "a broader legal framework aiming at the rationalization of the sector's market"[11].

The endorsement of the market economy and the confidence in its benefits are not the subject matter here: both have reasons that go beyond the scope of a legal analysis, which aims to answer the question whether a certain legislation and the support given to it by the judge are the application of binding provisions, of constitutional or European origin. The question arises when the "principle" of competition, in its broad and indeterminate meaning, interferes with constitutional principles, such as the autonomy of local collectivities, or when it is challenged by the popular will, as is the case of the referendum on the organization of local public services, held in June 2011.

[10] Examples in art.13, dl 223/2006; art.3, c.27, l.244/07; art.4, c.1, dl 138/2011; artt.34, 37, dl 201/2011; dl 1/2012; artt.22, 34-quater, 34-octies, dl 179/2012.

[11] CC 246/2009, par.13.1; 142/2010, par.2.1.2.

Copyleft – Ius Publicum

The provision of public services is a good example of this kind of problem: is the "competition for the market" a rule of European law? Should the direct provision of public services by local authorities be prohibited, unless the conditions that justify a derogation from the rules on competition under art.106(2) TFEU are met? Moreover, should the relationship between the private and the public sector be governed by the rule of subsidiarity, so that the second should operate only as a substitute for a lacking or insufficient private initiative? Is there in the European law a principle of competition that dictates the answer to such questions?

As we shall see, the current opinion about the Union's law as intended to build an economic system shaped by the principle of competition, provides a positive answer to the aforementioned questions. Nevertheless, there are reasons for doubting the ground of such an answer. The doubts are justified by the analysis of the European law, which is the object of the considerations that follow.

3. THE NOTION OF COMPETITION AND OF ITS SAFEGUARD

The word competition is open to misunderstandings; more so when competition is elevated to the rank of "principle". The current classification of public procurement procedures as rules on competition may illustrate such misunderstanding and its implications.

The settled case law of the Corte costituzionale states that the notion of competition within the meaning of art.117, par.2, letter e) of the Constitution, reflects the Union's law notion. On these grounds the Court qualifies the procurement procedures (and the national rules enacted to comply with the European provisions as well) as measures

Copyleft – Ius Publicum

that safeguard competition[12]. As we shall see[13], this assumption has important consequences for the interpretation of Art.106(2) of the TFEU.

Certainly, the procedures for the award of public contracts give rise to competition among the enterprises bidding for that contract. Following the current trend and using the language of economics, we may talk about "markets of contracts" that the public procurement procedure opens to competition. This language does not change the function of artificial markets that are set up in order to ensure that the contracting authorities do not discriminate among the applicants on the basis of their nationality or on any other ground. Sometimes we find this language even in decisions of the Court of Justice, but the reasons of the judgments show that the rationale of procedures for public procurement is the effectiveness of the right of establishment and to provide services within the internal market, that the TFEU (articles 49 and 56) grants to EU citizens[14].

Public procurement procedure is the technical device that, predetermining the requisites for participation in the competition and the parameters for the evaluation of the offers, gives transparency to the choice made by the contracting authority[15]. The

[12] CC 199/2014, par.2.1.; 325/2010, par.7; 314/2009, par.4; 160/2009, par.3; 401/2007, par.6.7.

[13] In paragraph 7.

[14] C-360/96, par.41. It must also be borne in mind that the case-law of the Court of justice according to which a minimum level of transparency had to be ensured in the award of public services concessions, notwithstanding the fact that those concessions were exluded from the scope of directives on the award of public contracts, derives from the same provisions of the Treaty, that is to say from the rights of establishment and to provide services (C-410/04, par. 18-20; C-458/03, par.46-47). .

[15]Recital 1 in the Preamble to Directive 2014/24 points out that the reason for coordinating national legislations on procurement procedures is to ensure the practical effect of the principles of TFEU and in particular of "free movement of goods, freedom of establishment and the freedom to provide services as well as the principles deriving therefrom, such as equal tratment , non- discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency".

Copyleft – Ius Publicum

competitive procedure is mandatory not in view of the benefits of the competition as a technique that ensures the choice of the best, but rather to avoid the risk of discrimination. This is the reason why the public procurement procedure is not requested when there is no choice to be made. It is the case of the so called in- house providing, where the authority who is responsible for the service awards it to an entity which, albeit distinct, is assimilated to the internal structures of the authority in view of the fact that it is subject to a control "similar" to that exercised over such structures.

It is doubtful that public procurement procedure has to do with the economic competition that takes place in real markets, under the rules on competition provided in the articles 101-109 of the TFEU. When the 5th Recital in the Preamble to Directive 2014/24 on public procurement points out that "nothing in this Directive obliges Member States to contract out or externalize the provision of services that they wish to provide themselves", the clarification sounds like a warning against the interpretation of the rules of public procurement according to which those rules are the expression of a European principle of competition, requiring that public services should be run by enterprises chosen through public procedures. A warning that well applies to the Corte costituzionale, whose judgments on the matter are guided precisely by this sort of inference[16].

The same objective to counteract elusions of the principle of non-discrimination is pursued by the Directive 2006/123 on services in the internal market. In the Preamble to the Directive it is pointed out that the compliance with such principle cannot rely on the direct application of the pertinent articles of the Treaty, on a case-by-case basis[17]. This is the reason why, without setting the almost impossible target of harmonising the national legislations, the Union promotes the simplification of administrative procedures the costs, uncertainty and delays of which discourage the service providers willing to offer their

[16]The question is discussed in par.7.

[17] Recital 6.

Copyleft – Ius Publicum

services in other Member States. In this perspective, the Directive does not aim at the "liberalisation" of economic activities, but rather at the suppression of burdensome bureaucratic formalities, not justified by the safeguarding of substantial interests. Aim of the Directive is to ensure effectiveness of the freedom of providing services, without prejudice to the restrictions that the national legislation sets down in order to protect the interests involved in the activities in question. The matter is one of simplification, and such a simplification is required "only to the extent that the activities in question are open to competition, so that they do not oblige Member States to liberalize services of general economic interest or to privatize public entities which provide such services"[18].

The prohibition of authorization schemes that state some specific requirements (art.14) is justified by the potentially discriminatory effect of such requirements; the same aim is pursued by art.10, which requires authorization schemes that prevent the competent authorities from exercising their power of assessment in an arbitrary manner. These and other similar provisions do not impact on the administrative regime of economic activities as such, as is suggested when the measures in question are labeled as measures of liberalization[19].

4. UNION LAW AND THE "PRINCIPLE" OF COMPETITION

The setting up of the internal market -that is to say a market where economic operators can move freely - is one of the objectives of the Union (art.3 of the TEU); such a market implies "a system where competition is not distorted" (Protocol n.27 annexed to the TFEU). The implementation of the internal market is functional to the broader objective of

[18] Recital 8.

[19] As in the writing of N.Longobardi, *Liberalizzazioni e libertà d'impresa, Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 603.

Copyleft – Ius Publicum

the "social market economy" (art. 3(3), TEU). The concept of social market economy is indeterminate: the proportions of the politically defined sociality and the spontaneity of impersonal entities such as markets open to competition is not specified. The Treaty does not attempt a definition, but as far as the national economies are concerned, the legal framework of the TFEU combines the two elements by laying down a system where the political decisions of Member States pursuing social and economic objectives, prevail on the rules of competition.

The potential conflict which is inherent to the clause of "social market economy" is solved within a system in which sectors that are open to competition coexist with sectors that the Member States may reserve to public authorities in order to implement their own policies. This coexistence authorizes doubts about competition as *a principle* of European law. In some sectors that are of particular importance for trans-European exchanges (electricity, gas, transportations), the secondary law of the Union requires the liberalization of markets, but this is by no means a general rule which should direct the action of Member States in their economic systems.

In constructing the European legal framework, a distinction should be made between the concept of competition as referred to rules that prohibit conducts of the undertakings and of the states that might distort competition, and the concept of competition as referred to the structure of markets and to the relationship between the private and the public sector.

The first concept applies to antitrust rules and to the rules on state aid, that are provided in articles 101-109 of the TFEU under the title "Rules on competition". These rules do not impair the possibility for Member States to close specific markets in view of the implementation of their own policies. The first paragraph of art.106 implies such a possibility when it states that "undertakings *to which Member States grant special or*

Copyleft – Ius Publicum

exclusive rights are subject to the rules of the Treaty…."[20]. Since the exclusive rights put the undertakings in a monopolistic position, the text of art.106(1) allows to draw the conclusion that Member States may close some markets to the competition[21]. Not only the TFEU does not prohibit monopolies, in so far as they do not abuse their market power(art.102), but it also allows national authorities to create legal monopolies in so far as such measures aim to implement Member States' policies. The grant of exclusive rights is contrary to the rules on competition only when the undertaking, by the mere exercise of such rights, is led to abuse its dominant position.[22] But even exclusive rights that are contrary to the rules of the Treaty are justified when they are necessary to enable the undertakings entrusted with services of general economic interest to perform their tasks under economically acceptable conditions[23].

5. THE SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST

The coexistence of areas open to economic competition and areas where economic activity is regulated by different rules that are functional to the implementation of the social and economic policies of the national authorities, has its most clear illustration in the provisions on the services of general economic interest. The general terms of the matter are well-known; for our issue it should be recalled that Member States can freely provide

[20] Emphasis added.

[21] The case law of the Court of justice confirms this interpretation: see C-159/94, par.44, "That provision necessarily implies that Member States may grant exclusive rights to certain undertakings and thereby grant them a monopoly"; see also C-340/99, par.44; C-209/98, par.66.

[22] C-475/99, par.39; C-209/98, par.66.

[23] C-159/94, par.49, 54-56 (derogation from prohibition of exclusive import and export rights); C-393/92, par.51 (derogation from rules on competition).

Copyleft – Ius Publicum

(public) services, including those of economic interest, as they think fit. Services of general economic interest are by no means an exceptional category, subject to particular conditions, under the control of the European institutions[24]. The special regime takes place if and when Member States enact measures that exempt the undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest from complying with the rules of the Treaty, in particular with the rules of articles 101-109 (the rules on competition). Only in this case the Union's law requires the demonstration that the application of these provisions would obstruct the performance of the particular tasks assigned to the undertakings (art.106(2)).

With regard to the qualification of services of general economic interest for the purpose of derogations from rules of the Treaty, it is note-worthy that the Commission, which according to art.106(3) must watch over the compliance with the rules of art.106(1-2), considers its task to ensure that "there is no manifest error as regards the definition"[25]. As for the derogation from the rules of the Treaty, the settled case-law of the Court of Justice states that such derogation is also justified to the extent to which the national measures are necessary to enable the undertaking to perform its tasks under economically acceptable conditions.[26] That is to say that economic reasons may be sufficient to justify measures that allow conducts that are contrary to the rules of the Treaty, and in particular to the rules on competition. The Court points out as well that the "need" for the measures in question does not imply that the undertaking could not survive without such measures: it is sufficient that in their absence it would not be able to perform its tasks under economically

[24] "This Directive does not affect the freedom of Member States to define, in conformity with Union law, what they consider to be services of general economic interest, how those services should be organized and financed.. and what specific obligations they should be subject to." (art.4, Directive 2014/23 on the award of concession contracts).

[25] Recital 7, Preamble to Decision 2005/842.

[26] C-475/99, par.57; C-340/99, par.54; C-209/98, par.77-78.

Copyleft – Ius Publicum

acceptable conditions.[27] This case law complies with the provision of art.14 TFEU according to which "the Union and the Member States …. shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions, *particularly economic and financial conditions*, which enable them to fulfil their missions"[28].

We may conclude that the *rules* of TFEU, as interpreted by the Court of Justice, lay down a system where markets can be regulated in ways other than those of competition, in view of the implementation of national policies. Against this background, art.120 of the TFEU according to which the Member States "shall act in accordance with the principle of an open market economy with free competition" does not attain the force of a legal principle , apt to operate as a parameter of the legality of Member States' measures that are relevant for the structure of their economic system. This character of art.120, is shown by the subsequent TFEU provision which refers to the EU Council the "draft of the broad guidelines of the economic policies of the Member States and of the Union" (art.121(2)).

The inaccuracy of the current reference to a European principle of competition operating as a binding framework for national markets in general, may be illustrated by the following judgment of the Court of Justice[29]. The Italian judge, doubting that the internal provision which prescribed a minimum distance between roadside service stations might be incompatible with the European " principles of competition, freedom of establishment and freedom to provide services", refers to the Court for a preliminary ruling. The Court reformulates the question, suppresses the reference to the *principle* of competition, and substitutes it with the reference to the *rules* on competition contained in the articles 81-89

[27] C-340/99, par.54.

[28]Emphasis added.

[29] C-384/08.

Copyleft – Ius Publicum

(now articles 101-109) of the Treaty[30]. This question is then declared inadmissible because the order of reference had not explained the connection between the legal restrictions concerning the location of service stations and the Treaty rules on competition[31]. The decision can be read as follows: a) in the light of the european law the question at issue is one of rules not of principles; b) the european rules on competition are those written in articles 101-109 of the Treaty, and those rules have nothing to do with the structure of specific markets.

6. THE PRINCIPLE OF COMPETITION IN INTERNAL LAW

6.1 Scholars' opinions

The current opinion about the principle of competition as a general legal principle of the Union law is brought to its consequences by those scholars who suggest that the constitutional provisions on economic relations (Title III) should be interpreted in accordance with that principle. In its extreme expression the aforementioned opinion suggests that the European principle of competition has " abrogated" the provisions not compatible with it, that is to say art. 41 (3)[32]. European law –so goes the argument- raises the private economic initiative (art.41(1)) to the rank of fundamental right, so that markets open to competition currently replace the measures provided for by art.41(3) of the

[30] "…in so far as the question submitted seeks an interpretation of what the national Court describes as the Community principles of freedom of competition and non discrimination, that question …should be understood as seeking an interpretation (i) of the competition rules contained in Part Three, Title VI, Chapter 1, of the Treaty, which comprise Articles 81 EC to 89 EC, and (ii) of art.12 EC… " (par.20).

[31] "The order of reference does not provide the Court with the factual and legal informations necessary for it to determine the conditions under which State measures such as those at issue in the main proceedings might fall within the scope of the Treaty provisions on competition" (par.33).

[32] F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, *Annuario AIPDA 2002*, Milano 2003,176.

Copyleft – Ius Publicum

Constitution in order to "guide and coordinate both public and private economic activities to social ends".

What is of interest here about these opinions is not the implicit evaluation of the benefits of competition and of the shortcomings of public economic activity, but rather their legal ground. On these grounds the coexistence, in the European legal framework, of sectors open to competition and sectors regulated by the national authorities in ways that are functional to the implementation of their socio-economic policy, has already been shown in the previous paragraph. It has also been pointed out that such coexistence is in accordance with "the social market economy", that is one of the objectives of the Union (art.3(3) of the Treaty on E.U.). In such a context, the claim to shape the national economic system in compliance with a supposed European principle of competition, according to which the public sector should play the role of substitute for a lacking private initiative[33], contradicts the rules of European law. Of course Member States are at liberty not to make use of the freedom that the Treaty grants them in view of the implementation of their policies, but this choice and the subsequent responsibility should not be disguised as an obligation under European law.

The ultimate implication of opinions like those mentioned here is the privatization of the public sector[34]. Such privatization is not without ambiguities: should the tasks of the public authorities be suppressed or should they be maintained provided that they are accomplished through private enterprises? The debate about the interpretation of the amendment to art.118 of the Constitution, dedicated to administrative functions, illustrates the ambiguity.

[33] G.Corso, *Le privatizzazioni e i servizi pubblici,* in F. Roversi Monaco (ed.), *Sussidiarietà e amministrazioni pubbliche*, Rimini 1997, 185.

[34]F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici,* in *Annuario AIPDA 2001,* Milano, 2002, 64.

Copyleft – Ius Publicum

The text of the amendment reads as follows: the State and the local authorities "favour the autonomous initiatives of citizens, individually or associated, for the exercise of activities of general interest, on the basis of the subsidiarity principle". This text raises several questions, first of all the question of the meaning of the subsidiarity clause when applied to relations between subjects that are not included in a framework defining their respective competences. For our purpose it may be enough to point out that the provision of art.118(4) aims to realize "active citizenship", as is shown by the wording of the text. The "general interest" that citizens and their associations are apt to promote is different from the "public interest", which in the administrative language implies the competence of public authorities. Besides, the word "citizen" qualifies the subjects in question as members of the collectivities that constitute the basis of territorial bodies, thus pointing out the value of their initiatives as expression of a commitment in the interest of the collectivity. Finally, the text qualifies as "autonomous" the citizens' initiatives; the adjective indicates that these initiatives do not turn the citizens into instruments of the administration, operating within public programmes for the attainment of objectives of public interest for which the public authorities are responsible.

The trend in favour of the privatization of economic activities shifts the provision of art.118(4) from the ground of active citizenship to the ground of private economic initiative, and suggests that the amendment in question obliges the administration to provide the public services by means of private enterprises[35]. This interpretation converges, via a different route, with the view of the Corte costituzionale, which derives from the so-called European principle of competition the general rule according to which local authorities should run the services of economic interest by means of enterprises chosen through public procurement procedures –as we shall see in the next paragraph.

[35] D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2007, 129; G.Salerno, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino 2010, 244-247.

Copyleft – Ius Publicum

7. THE CASE-LAW OF THE CORTE COSTITUZIONALE

The broad case-law of the Corte costituzionale concerning competition has been occasioned mainly by disputes between the state and the regions about the areas of their respective legislative competence. Since the competence for the "safeguard of competition" pertains to the exclusive competence of the State (art.117, par.2, letter e), of the Constitution.), the core of such disputes is the meaning of the word competition. As already pointed out, the settled case-law of the Court states that the notion of competition in the meaning of art. 117, Const. cannot but coincide with that of European law. The necessity of the coincidence is given as self-evident, so that the statement is not supported by argumentation[36]. The assumption has a double effect: 1. it endows this part of the Court's judgments with the authority of supranational law, and 2. it contributes to consolidate the current opinion about competition as a principle of the European law.

The coincidence is contradicted by the broad notion of competition actually employed by the Court, which has no equal in European law. The Court's notion covers not only the rules on competition within the meaning of Title VII, TFEU, but also any measure which, in the view of the judge, aims to foster competition. The "dynamic" character of the concept[37] originates a generic notion that is employed in support of state legislation, the incursions of which into areas pertaining to the competence of the regions are legitimated under the label of the promotion of competition.

Setting aside the number of judgments that refer to the promotion of the competition measures that aim at the development and the competitivity of various

[36] See CC 325/2010, par.7; 45/2010, par.4.1.; 401/2007, par.6.7; 430/2007, par.3.2.1; 14/2004, par.4.

[37] CC 14/2004, par.4; 272C2004, par.3.

Copyleft – Ius Publicum

sectors[38], for our issue it is important to focus on the judgments where the supposed European principle of competition brings its authority in support of the state legislation that requires to externalize the running of local public services of economic interest, unless the conditions of Art.106(2) are met[39]. As we shall see, these judgments are the consequence of the misunderstanding on the European concept of competition in its legal meaning[40].

In deciding the dispute arisen on this matter between the state and the regions, the Court takes the opportunity to present a catalogue of the different types of measures that are included in the notion of competition within the meaning of art.117, Const. (which, as it is once more stressed, is the "reflex" of the European notion). According to this notion the competition can be safeguarded by three classes of measures: 1. legislation on competition *stricto sensu* (antitrust provisions); 2.legislation that opens the markets to competition (i.e. that promotes the competition "in the market"); 3. legislation that prescribes competitive procedures for the award of publi contracts (i.e. that promotes the competition "for the market")[41].

[38] Examples in CC 175/2005 (promotion of the made in Italy); CC 14C/2004 (incentives for investments in disadvantaged areas); CC 336/2005 (measures for the improvement of the electronic communications network).

[39] CC 325/2010, par.6.1. and 199/2012, par.5.2.1.

[40] See par.3.

[41] CC 325/2010, par. 7.

Copyleft – Ius Publicum

The class of measures that is of interest for our issue is the third. The classification of the "competition *for* the market"[42] as a European rule on competition originates from the misunderstanding on the rationale of public procurement procedures: qualified as rules aiming to ensure non-discrimination of choices, those rules must be complied with when the contracting authority has to make a choice; qualified as rules on competition, those rules require that the public services of economic relevance should be run by a third party, so that a choice must be made and the public procurement procedure must take place. The Court states that the second qualification is the proper one[43].

The consequence of this construction is that the so-called in-house providing is allowed only when the award of the service through a public procurement procedure would obstruct the fulfilment of the "mission" of the service, that is to say under the same conditions that, according to Art.106(2) of the TFUE, allow derogations from the rules on competition (i.e. from articles 101-109)[44]. The Corte costituzionale presents this consequence as having its ground in Union law, notwithstanding the case-law of the Court of Justice to the contrary. The European case-law on the matter makes it clear that the in-house providing is precisely intended to ensure the freedom of the Member States to

[42] The expression indicates the competition which takes place when the exercise of an activity having a monopolistic character is the object of a competitive procedure. In such cases, if several undertakings take part in the procedure and the competition is not distorted by collusive agreements between the participants, the undertaking that will be chosen shall exercise the activity under the conditions resulting from the competition and will be thus deprived of the possibility to make use of its monopolistic power (Demsetz, *Why regulate utilities?* in *Journal ol Law and Economics*, 1968,55).

[43]This qualification has been reiterated in the judgment concerning the legislative provisions enacted to substitute those abrogated by the referendum held in June 2011: CC 199/2012, par.5.2.1.

[44] The competitive procedure is mandatory –states the Corte costituzionale- unless "the national State considers that the application of the rules on competition (*therefore also the rule that prescribes the award of services to third parties through a competitive procedure*) should obstruct, in law or in fact, the special mission of the public entity" (CC 325/2010, par.6.1., emphasis added).

Copyleft – Ius Publicum

organize their services in the way they think fit, and the provision of services by an in-house provider is included in such a freedom[45]. This intent is made explicit in the judgment that broadens the notion of in-house providing by including in it the cases where a "similar control"on the external entity is exercised jointly by the public authorities which are responsible for the service: "To require the control exercised to be individual would have the effect of requiring a call for competition in the majority of cases where a public authority seeks to join a grouping…. Such a result, however, *would not be consistent with the Community rules on public procurement and concession contracts*. Indeed, a public authority has the possibility of performing the public interest tasks that are conferred on it by using its own administrative, technical and other resources without being obliged to call on outside entities not forming part of its own departments"[46].

Indeed, the European rules on competition, that must be complied with unless they obstruct the accomplishment of the services of general economic interest (art.106(2) TFEU), are those set out in articles 101-109 of the Treaty, under the Title "Rules on competition". The competition for the market –i.e. the supposed European rule on competition according to which the services of general economic interest must be run by third parties chosen through a competitive procedure[47]- simply does not exist.

8. CONCLUSION

The opinions of legislature, judges and scholars each have their own reasons, even when the conclusions are the same. For the subject at issue here the coincidence is favoured

[45] C-26/03, par.49.

[46] C-324/07, par.47-48, emphasis added. See also C-573/07, par.56-59.

[47] CC 325/2010, par.6.1; CC 199/2012, par.5.2.1.

Copyleft – Ius Publicum

by the common commitment to comply with the prescriptions of Union's law. This commitment takes the form of compliance with the principle of competition, regarded as a principle of the European law. This principle operates as a shield against different opinions, which is employed to avoid the discussion on the merits of the underlying reasons. The considerations above raise doubts concerning the legal ground of such a principle and its relevance for the construction of our constitutional framework. These doubts concern the very existence of a principle of competition that should direct the economic system as a whole. The written law of the Union and the case-law of the Court of Justice as well, show to the contrary the coexistence of different rules the application of which generates a sort of mixed economy, not so far removed from the model which is still at the basis of the italian constitutional provisions on economic relations.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

LA CORRUPTION EN ITALIE*

Francesco MANGANARO

SOMMAIRE:

1. LA PRÉFACE
2. LA CORRUPTION DANS LE CONTEXTE EUROPÉEN
3. L'ÉVOLUTION DU SYSTÈME ITALIEN
4. LA PUBLICITÉ ET LA TRANSPARENCE
5. LES ACCORDS ILLICITES ENTRE LES ENTREPRISES
6. CRITICITÉ DU SYSTÈME DES MARCHÉS PUBLICS ET TENTATIVES POUR RÉSOUDRE
7. LA SITUATION D'URGENCE
8. LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET LE CONTRASTE DU CRIME ORGANISÉ
9. LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES CONTRE LA CORRUPTION
10. LES SANCTIONS CIVILES
11. LES SANCTIONS PÉNALES

1. LA PRÉFACE

La corruption est un phénomène complexe, très répandu dans le monde entier. Bien que la corruption ne soit pas une nouveauté de notre époque, elle s'est profondément modifiée et étendue dans la société actuelle aussi bien pour la facilité des transactions

* Rapport à la Table ronde internationale *Marchés publics et corruption. Expérience françaises et étrangères*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 5 mai 2014.

Copyleft – Ius Publicum

internationales que pour la plus ample possibilité de dissimuler les produits illicites sous de diverses formes. En effet, en parcourant la liste des affaires judiciaires, on trouve des cas de corruption "ancien modèle", avec l'offre d'argent, souvent comptant, à côté de nouvelles et différentes formes corruptrices telles que la cession fictive de biens et la constitution de fonds noirs.

La complexité du phénomène de la corruption exige des formes de contraste juridique différenciées allant de codes de conduite pour les fonctionnaires jusqu'à l'annulation des contrats conclus à la suite de faits de corruption, des mesures de transparence administrative aux sanctions pénales.

Ici donc, je vais simplement indiquer quels remèdes a adopté le système juridique italien, du point de vue de la légalité de l'action administrative, sans oublier que ces remèdes ne sont qu'une partie de la nécessaire discipline anti-corruption. En effet, il serait naïf de penser qu'il existe une solution simple et définitive pour lutter contre la corruption: chaque mesure de contraste à l'illégalité a ses avantages dont les effets doivent toujours rivaliser avec la nature de caméléon du phénomène de la corruption, qui tend à s'adapter aux mesures anti-corruptives pour en paralyser les effets positifs.

2. LA CORRUPTION DANS LE CONTEXTE EUROPÉEN

La corruption est un phénomène qui touche l'ensemble de la zone de l'Union européenne. Selon le récent rapport de la Commission sur la corruption (COM 2014/38 du 3 Février, 2014) « la corruption nuit gravement à l'économie et à la société dans son ensemble. De nombreux pays dans le monde sont touchés par une corruption profondément enracinée qui entrave le développement économique, affaiblit la démocratie et sape la justice sociale et la primauté du droit. Les États membres de l'UE ne sont pas à labri de cette réalité. Bien que variant d'un pays à l'autre dans la nature et dans la portée, la corruption affecte tous les États membres et a un impact sur la bonne gouvernance, la bonne gestion de l'argent public et sur la compétitivité des marchés. Dans les cas extrêmes,

Copyleft – Ius Publicum

elle sape la confiance des citoyens dans les institutions et dans les processus démocratiques ».

Déjà la Commission dans sa communication COM 2011/308 notait que le coût annuel total de la corruption serait de 120 milliard d'euros, équivalent à 1% du (PIB) Produit intérieur brut. Et étant donné que 19% du PIB de l'UE est constitué de dépenses pour des adjudications publiques, d'après la Commission il faudrait soumettre à une réglementation nationale plus stricte tous les contrats soi-disant sous le seuil, qui non régis par des règles de l'UE, constituent 3,6% du PIB européen.

Dans la même communication, la Commission recommandait en particulier à l'Italie de ratifier la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe. L'OCDE, dans son rapport de 2011, exhortait l'Italie à introduire la responsabilité pénale des personnes morales et à prendre des mesures de protection pour ceux qui souhaitent signaler des cas de corruption.

3. L'ÉVOLUTION DU SYSTÈME ITALIEN

Et en effet, au cours des deux dernières années, la corruption a été au centre du débat politique et institutionnel en Italie et l'objet de mesures législatives importantes. La corruption était punie comme un délit dans le Code pénal, mais jusqu'en 2012, il n'y avait pas de sérieuses mesures de contraste pour prévenir la corruption dans l'exercice de l'activité administrative.

L'analyse des statistiques judiciaires montre une apparente faible incidence du phénomène de la corruption, mais c'est une question peu remarquable, puisque le nombre des plaintes et des processus connexes est très limité en raison du fait que la corruption conduit à un avantage, aussi bien pour le corrompu que pour le corrupteur.

Copyleft – Ius Publicum

Il faut donc distinguer entre les données judiciaires sur l'incidence pénale du phénomène, d'un côté, et celles sur la perception de la corruption, qui indiquent l'omniprésence de celle-ci, de l'autre.

En Transparency International Rapport 2013 sur la situation italienne, seulement 5% des répondants ont déclaré avoir été victimes de la corruption. Cependant, la corruption perçue est très élevée et met notre Pays comme l'un des plus exposés aux phénomènes de corruption.

Le chiffre de perception de la corruption est confirmé par les rapports annuels de la Cour des comptes, qui montrent une croissance régulière du phénomène corruptif. Dans les rapports d' inauguration 2012 et 2013, le Président de la Cour des comptes a exprimé des préoccupations quant à l'impact de la corruption sur l'économie nationale, étant donné que les coûts directs de la corruption s'élèvent à 60 milliards € par an (environ 4% du PIB).

La Commission du Conseil de l'Europe contre la corruption (GRECO), qui analyse la situation de chaque Pays en contradictoire avec les représentants des États eux-mêmes, dans le rapport sur l'Italie du 27 mai 2011 identifiait les faiblesses des lois sur la corruption de la législation italienne.

On relevait, tout d'abord, une restriction du droit d'accès, du fait que la loi de procédure de 1990 prévoyait la nécessité d'en justifier la demande. La Commission critiquait également l'absence d'un cadre juridique sur l'intégrité des membres du Gouvernement; sur le possible conflit d'intérêts des fonctionnaires qui, sortant des administrations, assument des charges privés; sur la protection des informateurs ou des plaignants des cas de corruption; sur la corruption dans le secteur privé; sur les sanctions pour les entreprises; sur l'incompatibilité des personnes condamnées pour corruption d'assumer la fonction publique.

Passons donc aux importantes modifications législatives des deux dernières années. La loi du 6 Novembre 2012, n. 190 est la première loi organique contre la corruption, dans le respect des obligations découlant de la Convention des Nations Unies du 31 Octobre 2003 (Convention de Mérida), ratifiée par l. 3 août 2009, n. 116 et de la

Copyleft – Ius Publicum

Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 Janvier 1999 (Convention de Strasbourg), ratifié avec l. 28 juin 2012 , n. 110 .

La principale nouveauté est la prédiction conjointe de mesures pénales qui modifient les délits de corruption et de concussion et (la prévision) de mesures de droit administratif: donc non seulement des sanctions pour le délit commis, mais la prévention pour éviter la corruption.

La loi désigne la Commission pour l'évaluation, la transparence et l'intégrité des administrations publiques en tant qu'Autorité nationale de lutte contre la corruption (aujourd'hui Autorité nationale anti-corruption), qui est responsable de l'approbation du Plan national de lutte contre la corruption. Chaque administration nationale et locale nomme, parmi les cadres, le responsable chargé de la prévention de la corruption qui prépare un plan de trois ans, où on identifie les secteurs les plus exposés au risque de corruption. Dans ces secteurs une rotation des cadres est prévue, veillant à ce que toutes les exigences de transparence soient satisfaites et les termes de la procédure administrative respectés. La loi prévoit des protections spéciales pour l'employé qui dénonce des faits de corruption et elle modifie les règles concernant la corruption privée.

Conformément à la loi 190 de 2012, le gouvernement a ensuite promulgué trois importants décrets: le décret législatif du 31 décembre 2012, n. 235 sur l'incompatibilité à les fonctions électives pour les personnes reconnues coupables, même si en mesure non définitive, pour les délits contre les administrations publiques; le décret législatif du 24 mars 2013, n. 33 sur la transparence administrative et le décret législatif 8 avril 2013, n. 39 sur l'incompatibilité aux fonctions administratives. Avec le décret présidentiel n. 62/2013 a été, en outre, approuvé le Code de conduite pour les fonctionnaires.

4. LA PUBLICITÉ ET LA TRANSPARENCE

Le législateur a voulu renforcer les obligations de publicité et de transparence, considérées un antidote efficace à la corruption.

Copyleft – Ius Publicum

L'Autorité nationale de lutte contre la corruption (CIVIT avant, ANAC aujourd'hui, Autorité nationale de lutte contre la corruption) a récemment approuvé le premier rapport sur l'application des nouvelles règles contre la corruption. Le rapport note que les exigences de publication (environ 270 prévues en vertu des nouvelles dispositions) devraient être différenciées selon l'importance des organismes gouvernementaux nationaux ou locaux. Jusqu'à présent, l'efficacité de la transparence en tant que moyen pour promouvoir effectivement des formes généralisées de contrôle social, est encore très insatisfaisante, en partie à cause de la réticence ou de l'incapacité de la plupart des gouvernements à produire et diffuser des informations relatives aux services fournis et aux coûts reliés.

L'Autorité nationale de lutte contre la corruption, avec de diverses résolutions, a interprété les règles de transparence de la manière la plus large possible. L'Autorité a tout d'abord estimé que à ces obligations sont tenues, ainsi que les administrations publiques, même toutes les sociétés participées par les administrations publiques, l'autorité administrative indépendante et les organismes de l'autonomie du pouvoir judiciaire.

Deuxièmement, l'Autorité anti-corruption a précisé que les obligations de publication des données des membres des organismes politiques (curriculum, bilan, frais) s'appliquent à tous les organismes publiques, mais aussi aux organismes publiques vigilés, aux organismes de droit privé à contrôle public et aux sociétés participées, à l'exception des municipalités ayant une population de moins de 15.000 habitants.

Enfin, en ce qui concerne les obligations de publication des actes de concession de subventions, contributions, allocations et attributions de retombées économiques, l'Autorité a précisé que en plus des administrations publiques, même les organismes publics nationaux, y compris les entreprises spéciales assimilées par la loi à des organismes publics économiques, ainsi que des sociétés participées par les administrations publiques et les sociétés contrôlées par elles conformément à l'art. 2359 du Code civil.

Copyleft – Ius Publicum

Comme la publicité, aussi la transparence reste l'instrument général, même dans les marchés publics, pour la prévention de la corruption: elle est définie comme une accessibilité totale à l'information sur l'organisation et sur l'activité .

L'article 5 du décret législatif n. 33/2013 introduit un nouveau mode d'accès aux documents. Avec l'accès civique n'importe qui peut demander des documents et informations que les administrations devaient publier uniquement en vertu de la droit de citoyenneté, sans aucune obligation, d'abord prévue dans la loi 241/90 sur la procédure administrative, d'affirmer la légitimité en raison d'être titulaire d'une situation juridique subjective.

5. LES ACCORDS ILLICITES ENTRE LES ENTREPRISES

Lutter contre la corruption c'est également un contrôle sur les accords illicites entre des entreprises afin de limiter la concurrence. L'Autorité garante de la concurrence observe que les « ententes restrictives de la concurrence ont eu comme objet des accords ou des pratiques concertées d'entreprises dans le cadre de la participation aux marchés publics, avec une incidence particulière dans les secteurs médical/pharmaceutique et des services financiers et d'assurance. Les conduites de collusion des entreprises se sont traduites en des accords ou des pratiques concertées visant à partager le marché ou à fixer de concert les prix d'adjudication ou en stratégies plus complexes visant à atteindre ces deux objectifs ».

La prévention de la corruption exige des stratégies qui accordent la réglementation publique et l`efficacité du marché, accompagnées de contrôles et de sanctions. C'est ce qu'on a essayé de faire avec la promulgation du Code des marchés publics n. 163 de 2006, sans pourtant résoudre tous les problèmes d'un sujet comme les marchés publics caractérisé par les exigences contradictoires de garantie de la légalité et de rapidité dans la réalisation des travaux. Je tiens à signaler tout de suite, dans cet important débat entre différents systèmes juridiques mais tous appartenant au système européen, certains aspects problématiques découlant de l`application du droit de l`Union et, tout de suite après, examiner d'autres questions typiquement liées au système juridique italien.

Copyleft – Ius Publicum

Quant' à la relation entre système européen et système national, on a constaté que quelques règles introduites par les directives européennes, dans le but louable de protéger la concurrence, peuvent, au contraire, être utilisées à des fins de corruption.

Parmi ces règles, je tiens tout d'abord à rappeler les sous-traitants derrière lesquelles peuvent se cacher des intérêts du crime organisé. Dans le système interne national la sous-traitant était interdite, tandis que maintenant, la législation de l`UE la permet, bien qu'elle doive être indiquée dans la phase d'attribution.

Un autre aspect critique, c'est l'availment, car l'entreprise adjudicataire peut transférer les bénéfices du travail à des entreprises qui n'auraient pas pu participer à l'adjudication publique, n'ayant pas les qualités requises, techniques ou économiques.

Aussi critique c'est la discipline des offres anormalement basses (art 55, Code français), qui sont automatiquement exclues dans la précédente législation nationale et pour lesquelles, maintenant, la discipline européenne prévoit la demande di clarification, au risque que, précisément dans cette phase de confrontation entre l'administration et les entreprises, des éléments de corruption puissent intervenir.

Finalement, même la discipline du dialogue compétitif (art. 67, Code français), selon laquelle les entreprises répondant à certaines conditions peuvent traiter avec l'administration tous les aspects du contrat (art. 58, c. 6, Code contrats italiens), comporte de nombreux risques de corruption, s`agissant d`une véritable négociation limitée, avec plus d'une entreprise, sans aucune garantie découlant de la participation anonyme à un appel d'offres.

6 CRITICITÉ DU SYSTÈME DES MARCHÉS PUBLICS ET TENTATIVES POUR RÉSOUDRE

Il y aussi d'autres éléments, typiques du système national, qui peuvent favoriser la corruption dans la gestion des marchés publics.

Copyleft – Ius Publicum

Le premier, parmi ces aspects, c'est le nombre élevé de pouvoirs adjudicateurs estimés au nombre de 30.000 environ, selon l'Autorité pour le contrôle des marchés publics. Le nombre excessif de sujets contractants pèse sur le système des marchés publics, tant pour les coûts globaux que pour l'incapacité professionnelle des opérateurs des pouvoirs adjudicateurs de plus petites dimensions. En outre, le niveau territorial des centres de dépensés - généralement de taille communale - est très proche des citoyens et donc très sensible à la corruption.

Selon les données fournies par l`Autorité de contrôle sur les marchés publics pour l'année 2011, le plus grand nombre de marchés de travaux et de services, est gérés par les Municipalités (49,71% du total), tandis que pour les fournitures, la primauté est détenue par les entreprises du services de santé national (46,54% du total).

Un second point à noter, ce sont les procédures d'adjudication, puisque les statistiques montrent que le nombre des contrats conclus avec des accords privés ou sans appel d'offres, ont augmenté, avec d'évidentes restrictions à la concurrence et à la transparence et avec de risques de corruption qui en découlent.

Dans les contrats de travail, 46,3% du total est réalisé avec une procédure négociée sans publication préalable d'un appel public; dans les contrats de services on a des contrats directs pour 29% du secteur total et avec une procédure négociée sans publication préalable d'un appel public pour 25,2% dans les contrats de fournitures on a une attribution directe en 23,2% des cas, et par procédure négociée sans publication préalable de l'avis pour un ultérieur 23,2%. La possibilité de corruption diffère également selon le type de contrat et le type de procédure utilisée. Par exemple, alors que dans le cas d'attribution au prix le plus bas le risque se concentre dans un accord entre l'entreprise et l'organisme commettant, dans la procédure négociée et dans l'offre la plus avantageuse économiquement, le risque est sur la faible transparence de la commission adjudicataire.

En outre, en comparant les données sur les pouvoirs adjudicateurs et celles sur les modalités d'attribution des adjudications, on relève de grosses difficultés dans le projet

Copyleft – Ius Publicum

surtout de la part des petits pouvoirs adjudicateurs, avec des défauts de conception qui sont souvent la cause de différends dans les adjudications de travaux.

Une solution appropriée à ce problème peut être la constitution de centrales uniques d'achat (art. 31, Code français). Pour les adjudications de travaux, certaines régions ont constitué un centre unique d'achat qui gère les appels d'offres de toutes les Municipalités de la région même et des autres organismes publics non territoriaux qui souhaiteraient y adhérer. Pour l'achat de biens, on a institué une centrale nationale, concessionnaire de services publics d'information (CONSIP), une société entièrement détenue par le Ministère de l'Economie et des Finances. CONSIP gère le marché électronique de l`administration publique qui est l'outil mis à disposition des administrations publiques pour les achats qui ont un montant inférieur au seuil d'importance communautaire. CONSIP ouvre les appels d'offres au niveau national pour l'achat de biens et des services, avec des économies d'échelle évidentes, et toutes les administrations nationales sont tenues de s'approvisionner auprès des entreprises identifiées par les concours gérées par CONSIP.

Une limitation de la corruption dans les adjudications est présente dans l'article 38, paragraphe 1, lettre c) du Code des marchés qui exclut de la participation aux procédures d'attribution des concessions et des adjudications de travaux, des services et des fournitures ainsi que de relatifs marchés de sous-traitance, les destinataires d'un jugement définitif ou ceux qui ont négocié la peine pour de graves délits contre l`État, y compris la peine pour corruption.

L'Autorité de la supervision des marchés publics, dans la résolution n. 1 du 16 mai 2012, a donné une interprétation très large de l'interdiction de participation aux appels d'offres publics pour ceux qui ont été condamnés pour corruption.

L'exclusion opère si le jugement ou l'arrêt pénal de condamnation ont été émis contre le propriétaire ou le directeur technique pour les entreprises individuelles; contre les actionnaires ou le directeur technique de la société en nom collectif; contre les associés gérants ou le directeur technique pour les sociétés en commandite simple; contre le

Copyleft – Ius Publicum

directeur technique ou les administrateurs, aux pouvoirs de représentation, ou l'unique actionnaire personne physique, ou bien l'actionnaire majoritaire dans le cas d'entreprises de moins de quatre membres, « s'il s'agit d'un autre type de société ou de consortium ». Tous ces sujets sont tenus de déclarer ne pas avoir encouru une condamnation pour corruption: les déclarations incomplètes ou fausses « déterminent, aux termes clairs de la loi, l'exclusion de l'opérateur économique, donc le devoir de secours ne peut avoir aucune place (voir Conseil d'État sect. III, le 16 Mars 2012, n. 1471) », un remède par lequel les pouvoirs adjudicateurs invitent les entreprises participantes à intégrer la documentation incomplète.

Enfin, le remède possible pour la faiblesse des contrôles sur la bonne réalisation de l'œuvre. c'est la rotation des fonctionnaires affectés aux contrôles, mais surtout la mise en place des instruments de transparence prévus, qui permettent le contrôle direct de la société civile, tel que préconisé par l'OCDE, Organisation de la coopération et développement économique.

7. LA SITUATION D'URGENCE

Dans notre système, un autre obstacle à la concurrence de nature générale et, par conséquent un terrain fertile pour la corruption, c'est l'utilisation de la loi administrative de la situation d'urgence qui dans la dernière décennie s'est énormément développée. Tous les travaux résultant de circonstances imprévues rentrent dans le droit administratif de l'urgence, comme dans les cas d'intervention de la protection civile pour les catastrophes naturelles ou comme dans les travaux pour les soi-disant grands événements (tel que les Jeux olympiques d'hiver de Turin ou l'Expo 2015 de Milan), ou encore dans les cas où, pour la rapide réalisation de travaux publics, des commissaires qui remplacent les organismes ordinaires d'assignation de marchés publics sont nommés. Dans tous ces cas, le Code des marchés publics permet de déroger à certaines obligations qui normalement sont prévues pour les marchés publics.

Copyleft – Ius Publicum

Toutefois, le législateur tente de trouver des solutions pour ce problème. Le décret législatif susmentionné n. 33 de 2013 sur la transparence prévoit que, juste en cas d'interventions exceptionnelles et d'urgence qui impliquent des dérogations à la législation en vigueur, les administrations sont tenues de publier les mesures adoptées, avec l'indication exprimée des règles de droit, éventuellement dérogées et des raisons de la dérogation, les délais éventuellement établis pour l'exercice des pouvoirs d'adoption des mesures exceptionnelles, le coût des interventions, les formes particulières de participation des personnes concernées par la procédure pour l'adoption de mesures spéciales.

8. LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET LE CONTRASTE DU CRIME ORGANISÉ

La lutte contre la corruption c'est aussi un contraste du crime organisé, parce que l'illégalité répandue c'est un terrain fertile pour la croissance de la criminalité et, en même temps, le crime organisé est une source de corruption: là où l'entreprise criminelle participe aux marchés publics, la concurrence disparaît pour l'imposition violente de ses conditions

Dans le rapport de l'inauguration de l'année judiciaire 2012, le procureur général de la Cour des comptes a rappelé comment le rapport de l`Economic Index forum, ainsi que les rapports OCDE et GRECO, indiquent dans la corruption et dans le crime organisé les principaux obstacles au développement économique, s'agissant d'un phénomène qui n'est plus localisé mais international. La corruption, d'autant plus lorsqu'elle se confond avec des phénomènes de la criminalité organisée, n'est pas seulement un vulnus à la légalité, mais elle sape la confiance dans la primauté du droit, affaiblit la conscience morale et la responsabilité collective pour les biens communs. Par conséquent, tout travail de lutte contre la corruption avance dans la direction de limiter la criminalité organisée, ainsi que, par contre, toute intervention contre la criminalité organisée sert à limiter les phénomènes.

Copyleft – Ius Publicum

9. LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES CONTRE LA CORRUPTION

La corruption est un phénomène complexe qui implique des aspects juridiques, économiques et moraux. Par conséquent, toute activité de contraste de ce phénomène de la corruption doit nécessairement être multidisciplinaire, combinant des règles sur le contrôle de la légalité administrative, des sanctions disciplinaires pour les fonctionnaires, des sanctions pénales, des règles sur la nullité des marchés, la discipline des sociétés, la traçabilité des flux financiers et aussi des mesures éducatives, des parcours de légalité et de bonnes pratiques administratives.

Donc, je vais faire un tableau des solutions juridiques et des sanctions prévues par notre système juridique dans le cas de corruption.

Il y a d'abord les sanctions administratives en cas de non exécution des obligations générales établies pour les procédures administratives par le décret législatif susmentionné n. 33 de 2013.

Comme je l'ai déjà rappelé, le décret prévoit l'obligation pour chaque administration d'élaborer un plan anti-corruption de trois ans et de nommer le dirigeant responsable. Le décret introduit de nombreuses obligations de publication - peut-être même trop nombreuses - afin de garantir la transparence et de prévenir la corruption. Des obligations concernant la publication des actes de caractère législatif et administratif général, des actes d'organisation des administrations publiques, des membres des organismes politiques, des titulaires de postes de dirigeants et de collaboration ou de consultation. L'obligation de publier l'organique du personnel, le coût du personnel avec un emploi permanent, les données relatives au personnel avec un emploi non permanent, les tâches assignées à ses propres employés, l'évaluation de la performance et la distribution des prix au personnel, la négociation collective. L'obligation de publier les données relatives aux organismes publics contrôlés et aux organismes de droit privé sous le contrôle public, ainsi qu'aux investissements dans des entreprises de droit privé, les données agrégées sur l'activité administrative, les contrôles sur les entreprises, les actes de

Copyleft – Ius Publicum

subventions, des contributions, des allocations et des attributions d'avantages économiques à des personnes physiques et à des organismes publics et privés, le bilan budgétaire et final, le Plan des indicateurs et des résultats de bilan attendus, ainsi que les données concernant le contrôle des objectifs. L'obligation de publication de la liste des biens immobiliers et de la gestion du patrimoine, des données relatives aux contrôles sur l'organisation et sur l'activité de l'administration et des services fournis. Finalement, l'obligation de publication sur les temps de paiement de l'administration, sur les marchés publics de travaux, des services et des fournitures, sur les processus de planification, de réalisation et d'évaluation des travaux publics, sur l'accès aux informations environnementales, sur les mesures extraordinaires et d'urgence qui impliquent des dérogations à la législation en vigueur.

La satisfaction de toutes ces nombreuses obligations de publication à des fins de transparence pèse sur le dirigeant responsable de la lutte contre la corruption identifié dans tout organisme.

L'art. 46 du décret législatif n. 33 de 2013 prévoit que la non-exécution de ces obligations de publication constitue un élément d'évaluation de la responsabilité des dirigeants et une cause éventuelle de responsabilité pour les dommages à l'image de l'administration. La non-exécution éventuelle est également évaluée aux fins du paiement de la rétribution de résultat et du traitement accessoire, lié à la performance individuelle des cadres responsables.

Il y a ensuite, des cas spécifiques de responsabilité, identifiés par l'art. 47. Pour la communication manquante ou incomplète des informations sur la situation financière des organes politiques ou pour la violation des obligations de publication sur les organismes publics contrôlés, une amende administrative pécuniaire de 500,00 à 10.000,00 euros est prévue contre le responsable de la communication manquante et la relative mesure est publiée dans le site Internet de l'administration.

En plus des sanctions pour le dirigeant responsable de la lutte contre la corruption, le décret législatif introduit une sanction - à mon avis beaucoup plus significative - qui a une incidence directe sur l'efficacité de l'acte. En effet, pour toutes les actes administratifs

Copyleft – Ius Publicum

qui accordent des subventions, des contributions économiques, des aides financières et n'importe quel avantage économique de plus de 1.000,00 euros, la publication est une condition d'efficacité de l'acte même. Cet cas est très intéressante et, étant donné sa nouveauté, il a donné lieu à des interprétations différentes. Il s'agirait, en effet, d'un acte parfait et valable, mais non susceptible d'être exécuté puisque inefficace. À cet égard, quelques problèmes dans la procédure juridictionnelle administrative, se posent aussi, puisque l'absence d'efficacité pourrait être invoquée dans le procès par quiconque ainsi que par les contreparties tiers.

D'autres sanctions spécifiques pour les fonctionnaires sont contenues dans le Code de conduite des fonctionnaires adopté par Décret du Président de la République du 16 avril 2013 n. 62. L'inobservance des obligations prévues de rectitude ou d'abstention dans le cas de conflits d'intérêts implique l'application de sanctions disciplinaires allant de la communication orale jusqu'au licenciement sans préavis, de la manière prescrite par les conventions collectives nationales.

Finalement, des sanctions de genre subjectif sont introduites par le décret législatif n. 39 de 2013, également promulgué à la suite de la loi n.190 de 2012. Il s'agit, en ce cas, d'incompatibilité et d'incapacité d'avoir de fonctions publiques politiques ou administratives pour ceux qui subissent une condamnation pour le délit de corruption.

L'art. 3 du décret législatif prévoit que toute personne qui a été déclarée coupable de délits contre l'administration publique, même si avec un jugement qui n'a pas acquis force de chose jugée (non définitif), ne peut pas assumer: a) des charges administratives de haut degrés dans les administrations de l'État, régionales et locales; b) les charges d'administrateur d'un organisme public, au niveau national, régional et local; c) les charges de direction, internes et externes, n'importe comment dénommées, dans les administrations publiques, dans les organismes publics et dans les organismes de droit privé en contrôle public au niveau national, régional et local; d) les charges de direction d'un organisme de droit privé en contrôle public au niveau national, régional et local; e) les charges de directeur général, de directeur médical et de directeur administratif des organisations sanitaires du Service Sanitaire National.

Copyleft – Ius Publicum

Comme on peut voir, la loi prévoit des limitations très significatives résultant, d'ailleurs, des jugements non encore définitifs.

10. LES SANCTIONS CIVILES

Passons maintenant à examiner les sanctions de droit civiles contre la corruption, qui concernent l'efficacité des marchés conclus à la suite de la corruption.

L'art. 8 de la Convention de Strasbourg de 1999 exige que les États sanctionnent par la nullité le pacte de corruption, tandis que, pour le contrat conclu en conséquence de la corruption, il suffit que l'annulation soit prévue pour vice de consentement.

Dans le système italien, il n'existe pas une disposition spécifique pour le cas de corruption, mais la nullité du pacte de corruption et des actes qui en suivent, découle de l'application des règles générales. En effet, l'article 1418 du Code civil indique, parmi les causes de nullité du contrat, la contrariété à des règles impératives ou l'illégalité de la cause. Par conséquent, tous les contrats découlant d'une corruption sont nuls de plein droit puisque conclus pour une cause illicite.

Bien que la victime de la corruption ait le droit à une indemnisation pour les dommages subis, la jurisprudence montre que le recours à la protection dans les procédures civiles n'est pas très fréquent, symptôme probable d'une large diffusion de pratiques de corruption entre les entreprises privées.

Un deuxième cas réglé par la nouvelle loi sur la corruption, c'est la corruption entre privées, déjà prévue dans la Convention de Merida. La disposition introduite, en modifiant l'article original 2635 du Code civil, prévoit maintenant une peine pour les administrateurs, les directeurs généraux, les dirigeants chargés de la rédaction des rapports financiers, les vérificateurs de sociétés et les liquidateurs qui tirent une utilité illicite de la corruption: le délit est punissable sur plainte d'une partie, mais on peut procéder d'office là où du fait découle une distorsion de la concurrence et du marché. Une limitation de la

Copyleft – Ius Publicum

nouvelle disposition c'est qu'elle ne s'applique qu'aux sociétés commerciales et non à tous les entités privées.

11. LES SANCTIONS PÉNALES

Finalement, la loi n. 190 de 2012 sur la corruption, non seulement introduit les sanctions administratives susmentionnées mais elle a radicalement modifié les délits relatifs à la corruption.

Je me limiterai ici à une description à grands traits d'un tableau synthétique des possibles espèces de délit.

La corruption est bien définie comme « le délit des infidèles », c'est - à dire la trahison de la fonction publique de la part de ceux qui devraient en prendre soin. Les changements introduits au délit de corruption visent à punir la corruption surtout pour la violation de la fonction publique même si elle ne se traduit pas en illégitimité de l'acte conséquent. Plus précisément, la corruption est configurée de deux façons différentes: la corruption atypique, c'est le délit de l'officier public qui, « pour l'exercice de ses fonctions et de ses pouvoirs » tire profit illicite (art. 318 du Code pénal) même si le délit n'a pas d'incidence sur l'acte qui défend de toute façon l'intérêt public; on parle de typique corruption lorsque l'officier public reçoit de l'argent ou d'autres profits pour avoir omis ou retardé un acte de sa fonction ou commis un acte contraire à ses devoirs d'état (art. 319 du Code pénal), en ce cas, avec le résultat que l'acte aussi est connoté par une partialité favorable au corrupteur privé.

La nouveauté principale de la réforme réside dans le fait que la corruption atypique est punie pour la trahison de la fonction, indépendamment de la légitimité ou l'illégitimité de l'acte adopté à la suite du pacte de corruption. En outre, la peine est prévue même lorsque la réalisation d'un bénéfice illicite s'est vérifiée après la promulgation de l'acte avantageux pour le secteur privé.

Copyleft – Ius Publicum

En ce qui concerne les acteurs du délit, outre l'officier public, la corruption peut être accomplie par un représentant d'un service public (art. 320 c.p.) et le corrupteur privé peut être puni (art. 321 c.p.).

Bien qu'on ait demandé l'abolition, le délit de concussion demeure, prévu par l'article 317 du Code pénal, qui se produit quand l'officier public oblige le privée à lui donner un bénéfice illicite. La forme ambiguë d'induction à la concussion est introduite ex novo, lorsque l'officier public ou le représentant d'un service public ne forcent pas mais ils induisent à l'acte de corruption. En ce dernier cas la peine, bien que très réduite, s'étend aussi au particulier, malgré les nombreuses critiques de la doctrine, selon laquelle, une telle norme porterait à décourager la dénonciation des cas de corruption.

Le Code pénal définit également d'autres délits à ce sujet: a) l'incitation à la corruption (art. 322 c.p.), lorsque l'entreprise privée propose un bénéfice illicite à un officier public qui n'accepte pas; b) trafic illicite des influences (art. 346 bis c.p.), prévu par la Convention de Merida, qui punit ceux qui n'ayant pas un contact direct avec l'officier public ou responsable du service public s'adressent à des intermédiaires ou à des « mouches du coche » pour obtenir des bénéfices illicites.

Par conséquent, malgré la superposition possible entre la corruption et la concussion, la doctrine qui concerne la procédure pénale commente favorablement la réforme mise en œuvre par la loi 190 de 2012, qui a adapté notre système aux conventions internationales.

En conclusion, l'attention que le législateur consacrée à la corruption exige de règles et de sanctions, mais aussi et surtout d'une éthique publique des institutions et du bien commun, parce que les dommages causés aux ressources publiques per la corruption est préjudiciable pour nous et pour les générations futures

Copyleft – Ius Publicum

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

D. DELLA PORTA – A, VANNUCCI, Corruzione politica e amministrazione pubblica: risorse, meccanismi, attori, Bologna, 1994; G. COLOMBO (a cura di), Il sistema degli appalti, Milano, 1995; S. SCAMUZZI (a cura di), Italia illegale, Torino, 1996. B. G. MATTARELLA, Le regole dell'onestà, Bologna, 2007; F. MERLONI - G. ARENA (a cura di), La trasparenza amministrativa, Milano, 2008; F. MERLONI, L. VANDELLI, La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi, Firenze, 2010; L. RICHER, Droit des contrats administratifs, Montchrestien, 2010; P. GONOD, F. MELLERAY, PH. YOLKA (Dir.), Traité de droit administratif, Paris, Dalloz, 2011; F. MANGANARO, L'evoluzione del principio di trasparenza, in www.astrid-online.it; M. SPASIANO, I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità, in M. A. SANDULLI (a cura di) Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2011, 83 ss.; M. OCCHIENA, I principi di pubblicità e trasparenza, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, Milano, 2012, 141 ss.; F. PALAZZO (a cura di), Corruzione pubblica, Firenze 2011; AA.VV., Corruzione contro Costituzione, in Percorsi costituzionali, 1-2, 2012; G. GAETNER, La corruption en France. La République en danger, Editions François Bourin, 2012; S. LEELEEA, Lutte anti-corruption. Gestion des risques et compliance, Lamy, 2013; M. CAFAGNO, Flessibilità e negoziazione. riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comun., 2013, 991 ss.; Service Central de Prévention de la Corruption, Rapport 2012, La documentation française, 2013; N. CHARREL, M. GUIBAL, Code commenté des marchés publics, Le Moniteur, 2014; R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2014, 309 ss.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

LA SELECCIÓN DEL PROFESORADO UNIVERSITARIO EN ESPAÑA

Rafael CABALLERO SÁNCHEZ

INDEX

1. PRESENTACIÓN Y TESIS DE PARTIDA

2. ALGUNOS DATOS RELEVANTES DEL SISTEMA UNIVERSITARIO ESPAÑOL

2.1 Breve panorama del sistema universitario español

2.2 En particular, el personal docente e investigador universitario

3. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE SELECCIÓN DEL PROFESORADO

4. EN PARTICULAR, EL VIGENTE RÉGIMEN BIFÁSICO DE SELECCIÓN: LA ACREDITACIÓN Y EL ACCESO A LA PLAZA

4.1 La fase de evaluación o acreditación

4.2 La fase de concurso o de acceso a la plaza

4.3 Algunos datos o resultados

4.4 Debilidades, Amenazas, Fortalezas y Oportunidades del modelo

5. HACIA UN MODELO DE ACREDITACIÓN MÁS MATERIAL QUE FORMAL

6. CONCLUSIÓN Y ALGUNAS PROPUESTAS PERSONALES

1. PRESENTACIÓN Y TESIS DE PARTIDA

El camino hacia la excelencia de la educación superior en un país pasa por el aseguramiento de la calidad del profesorado universitario. Por tanto, el régimen de formación

Copyleft – Ius Publicum

y selección del profesorado es una pieza clave de un buen sistema universitario: Una universidad vale, básicamente, lo que vale el claustro de su personal docente e investigador[1].

Lamentablemente, la situación actual en España dista de ser satisfactoria en este punto, puesto que no hay verdadera apertura y competencia en el acceso a las plazas docentes de las universidades, y no existe movilidad real alguna en el estamento del profesorado universitario. Además, el modelo español de universidad pública (masiva, generalista, rígidamente estandarizada y dependiente de su financiación por completo de la Comunidad Autónoma de referencia) hace que las universidades carezcan de suficientes incentivos económicos y medios personales para atraer talento y retenerlo.

El sistema de selección del profesorado es completamente endogámico. Todas las plazas docentes, salvo excepciones irrelevantes, se convocan para un candidato determinado, con el perfil más ajustado posible y el tribunal más afín posible a ese candidato. Esa práctica produce además el efecto perverso de que, aunque se quiera, no se puede salir del sistema: cada universidad, facultad y departamento debe proteger su territorio de invasiones de fuera. Además, ese corporativismo y las prácticas endogámicas, al ser un mal endémico de la universidad española, terminan contaminando cualquier sistema de selección del profesorado que se establezca. Por eso es de temer que las reformas regulatorias estén abocadas al fracaso.

[1] Como bibliografía de referencia en esta materia se recomiendan los trabajos de V. AGUADO I CUDOLÀ, *La selección de los cuerpos docentes universitarios: El sistema de acreditación*, en *Revista de Educación y Derecho*, nº 10 (abril-septiembre 2014); J.M. ALEGRE ÁVILA, *El nuevo sistema de selección del profesorado universitario*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 135 (julio-septiembre 2007); C. ANDRADAS HERANZ y J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, Cuestiones prospectivas del profesorado universitario, en Revista Catalana de Dret Públic, nº 44 (2012); A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Endogamia universitaria: mi experiencia, mi visión personal*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 32 (2012); S. DEL SAZ CORDERO, *Las oposiciones a cátedra*, en *Revista de Administración Pública*, nº 144 (septiembre-diciembre 1997); E. DESDENTADO DAROCA, *La selección del profesorado universitario*, en *Comentarios a la Ley orgánica de Universidades*, J.V. GONZÁLEZ GARCÍA (Dir.), Civitas, Madrid, 2009; A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Régimen jurídico de la selección del profesorado universitario*, Atelier, Barcelona, 2004.

Copyleft – Ius Publicum

Sin olvidar que la crisis económica rampante, al haber generado un estrangulamiento de nuevas vacantes universitarias, ha agudizado todavía más el problema[2].

La autonomía universitaria, proclamada en la Constitución española (art. 27.10), no puede ser un paraguas que dé cobertura a prácticas clientelares inadmisibles. Tampoco el estilo del oficio universitario (trabajo en equipo para la docencia y la investigación, formación de escuelas de pensamiento, cultivo de la relación maestro-discípulos) legitima que se supediten los criterios de mérito y capacidad (art. 23.2 y 103.3 CE) a otras notas y rasgos personales de los candidatos.

En el sistema español hay un desacompasamiento completo entre la teoría (la regulación contenida en la normativa vigente) y la realidad (las prácticas adoptadas por los actores implicados). Sin duda, no hay que resignarse con la situación actual, y debemos aspirar a mejorar la regulación vigente: hace falta valentía para acometer una reforma de calado, pero sobre todo es necesario un cambio de mentalidad de los propios actores universitarios que va a necesitar mucho tiempo para superar una cultura tan arraigada.

Todo esto no quiere decir que la calidad del profesorado universitario sea deplorable en España. Las universidades aglutinan buena parte del capital intelectual del país y el nivel medio del profesorado es aceptable, e incluso alto. Paradójicamente, el colectivo del profesorado está intensamente sometido a evaluación periódica, ya que nos hemos imbuido

[2] No es solo una opinión personal: lo reconoce abiertamente el informe de 12 de febrero de 2013, "Propuesta para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del Sistema Universitario Español", encargado por el Ministerio de Educación a doce expertos, que pretendía ser la base de una reforma universitaria de calado. Está disponible en http://www.mecd.gob.es/prensa-mecd/actualidad/2013/02/20130215-comision-expertos.html. Uno de los puntos fundamentales del informe -y el más polémico, que originó el voto particular de dos ponentes-, es precisamente el de la selección del personal docente de las universidades públicas. En general, los autores proponen: 1. Un elevado nivel académico de las comisiones de selección y 2. Un procedimiento de selección público y abierto a candidatos de cualquier procedencia: "Es necesario que las universidades tengan capacidad para aprovechar las oportunidades y captar profesores e investigadores de primera fila con facilidad e independientemente de su origen. Actualmente esto es muy difícil, incluso imposible en la práctica, con el actual sistema de acreditaciones de la ANECA".

Copyleft – Ius Publicum

completamente en la *cultura de la acreditación*, que abarca también a titulaciones e instituciones universitarias como garantía de su calidad. Pero esas evaluaciones adolecen de un excesivo carácter formal y no se extienden al decisivo escalón del acceso a las concretas plazas docentes, donde se puede decir que no hay un mercado abierto ni libre circulación de profesionales docentes.

2. ALGUNOS DATOS RELEVANTES DEL SISTEMA UNIVERSITARIO ESPAÑOL

2.1 Breve panorama del sistema universitario español

Según datos oficiales, el sistema universitario español consta de 82 universidades, distribuidas en 236 campus presenciales y 112 sedes no presenciales y especiales. 50 universidades son de titularidad pública y 32 de titularidad privada[3]. La oferta académica de las universidades está en constante crecimiento, poco racionalizado. Entre agosto de 2008 y agosto de 2014, el Consejo de Ministros ha declarado oficiales la friolera de 8.816 titulaciones (2.573 Grados, 3.705 Másteres y 2.538 doctorados)[4].

En cuanto al número de estudiantes, en el curso 2012-2013 hubo un total de 1.561.123 matriculados en universidades españolas. De ellos 1.046.570 son estudiantes de

[3] Informe *Datos básicos del Sistema Universitario Español*, correspondiente al curso 2013/14, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que es el último disponible. El número de universidades privadas ha proliferado en los últimos años (desde el año 2001 se han creado 14, es decir, prácticamente una universidad por año). En España hay 1,75 universidades por cada millón de habitantes, es decir, una universidad para cada 569.852 habitantes. Si se tiene en cuenta sólo la población entre 18 y 24 años, hay una universidad por cada 40.584 habitantes jóvenes.

[4] Todos los títulos oficiales son recogidos en un Registro público, el Registro de Universidades, Centros y Titulos, que puede consultarse online (https://www.educacion.gob.es/ruct/home).

Copyleft – Ius Publicum

grado, 403.466 de primer y segundo ciclo y 111.087 de máster. De media, hay por tanto 19.000 estudiantes por universidad[5].

Respecto a la organización administrativa de la educación superior es importante conocer, además de las Administraciones territoriales (Ministerio de Educación en la Administración General del Estado y Consejerías de Educación en las Comunidades Autónomas), algunos organismos consultivos, de coordinación y cooperación, como el Consejo de Universidades, donde están presentes todos los rectores de las universidades españolas, y la Conferencia General de Política Universitaria, de la que forman parte los responsables de educación superior de todas las Comunidades Autónomas. Ambos órganos son presididos por el Ministro de Educación, que tiene derecho a nombrar a cinco miembros más, normalmente otros altos cargos de su departamento.

Además, en este siglo XXI han proliferado agencias externas, tanto a nivel estatal (*Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación*), como autonómico, que ejercen funciones capitales de evaluación técnica del profesorado y de las titulaciones universitarias. Pero ni todas las Comunidades Autónomas cuentan con agencia propia, ni todas las agencias tienen el mismo nivel de acreditación[6].

[5] Informe *Datos básicos del Sistema Universitario Español*, curso 2013/14. La tasa neta de escolarización universitaria entre 18 y 24 años continúa con su tendencia creciente y se sitúa en el 28,6% (en el curso 2008-09 era del 23,8%). Estos resultados son la consecuencia del incremento del número de estudiantes universitarios, en los últimos años, en ese tramo de edad y, a su vez, la reducción de la población entre 18 y 24 años.

[6] La ANECA tiene reconocimiento legal de competencia en todo el territorio del Estado para evaluar titulaciones, profesorado e instituciones (art. 31.3 y 32 LOMLOU), y cuenta con acreditación europea, que ha renovado en 2012. A nivel regional encontramos Comunidades Autónomas sin agencia de evaluación alguna (caso de Extremadura, Castilla-La Mancha, Murcia, Asturias, Cantabria, La Rioja, Navarra o Madrid, que recientemente la ha desmontado), las cuales integran el denominado *territorio ANECA*; Comunidades Autónomas con agencia de evaluación no acreditada a nivel europeo (caso de Aragón –ACPUA-, Valencia –AVAP-, Canarias –ACECAU-, o Islas Baleares –AQUIB-), y Comunidades Autónomas con agencia de evaluación con pleno reconocimiento por ser miembros de pleno derecho de la *Asociación Europea para el Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior* –ENQA-

Copyleft – Ius Publicum

2.2 *En particular, el personal docente e investigador universitario*

En las universidades públicas, al igual que en el resto de administraciones, la Ley orgánica de universidades[7] reconoce dos tipos de vinculación: la funcionarial y la laboral. La primera es una relación estatutaria y comporta tener plaza fija (hoy se compone de los cuerpos de Catedráticos de Universidad y de Profesores Titulares de Universidad)[8], mientras que la segunda tiene carácter contractual (y se descompone en las categorías de Profesor Contratado Doctor, Profesor Ayudante Doctor, Ayudante, Profesor Asociado, Profesor Visitante y Profesor Emérito)[9]. Algunas Comunidades Autónomas han añadido algunas categorías laborales propias[10]. Pero en todo caso, el personal docente e investigador contratado no podrá

y estar inscritas en el *Registro Europeo de Agencias de Calidad* –EQAR- (son las agencias de Cataluña –AQU-, Galicia –ACSUG-, Castilla y León –ACSUCYL-, Andalucía –AAC- y, desde hace pocas fechas, País Vasco –Unibasq-).

[7] En España la ley de cabecera del sector es la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades (LOU), modificada de manera muy importante por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril (LOMLOU), y por otras reformas menores como el Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril.

[8] Existen también los cuerpos a extinguir de Catedráticos de Escuela Universitaria y de Profesor Titular de Escuela Universitaria (disposición adicional 1ª y 2ª LOMLOU).

[9] La evolución natural de la carrera académica suele iniciarse con una beca predoctoral de investigación, seguida de un contrato de Ayudante o de Ayudante Doctor, la promoción a Contratado Doctor y a Profesor Titular, y finalmente la obtención de una Cátedra (*full professor*). Tras la jubilación cabe en algunos casos permanecer un tiempo como Emérito.

[10] Los arts. 44 y ss de la Ley 1/2003, de 19 de febrero, de universidades de Cataluña, de dudosa constitucionalidad a mi juicio, pretenden crear todo un entramado de categorías propias, introduciendo la figura del catedrático y del profesor agregado (que son contratos paralelos a las dos categorías de funcionarios estatales) y del profesor lector (que sustituye a la figura del ayudante doctor). De modo paralelo, los arts. 14 y ss de la Ley 3/2004, de 25 de febrero, del sistema universitario vasco, crean las figuras del profesor pleno, agregado y adjunto.

Copyleft – Ius Publicum

superar el 49% de la plantilla de la universidad, ni el contratado con carácter temporal el 40% (art. 48.4 y 5 LOMLOU). Por su parte, las universidades privadas tienen sus propias categorías de contratos.

Hasta 2001 cabían también contratos administrativos y, en todo caso, todas los contratos tenían carácter temporal, pero se introdujo entonces la figura del Profesor Contratado Doctor, como contrato laboral indefinido. De manera que hoy se distingue entre personal con vinculación permanente (funcionarial o contractual[11]) y personal con vinculación temporal.

El conjunto del personal docente e investigador del sistema universitario español suma un total de 115.332 personas, de las que 101.299 están adscritas a universidades públicas (centros propios y adscritos) y 14.033 a universidades privadas, con una tasa de internacionalización prácticamente insignificante, pues el 97,5% del profesorado tiene nacionalidad española. El 67,1% del personal de las universidades es doctor (70,4% en las universidades públicas y 43,4% en las privadas). El porcentaje de mujeres sigue siendo bajo (39,3), especialmente en la categoría de Catedráticos (20,3), y en ninguna de las categorías alcanza el 50%[12].

[11] Los Profesores Contratados Doctores, equiparados más o menos en retribución y funciones con los Titulares de Universidad, son hoy algo más del 15% del profesorado con vinculación permanente. A su vez, la proporción de Catedráticos y Titulares es más o menos de 1 a 3.

[12] Informe *Datos básicos del Sistema Universitario Español*, curso 2013/14. En las universidades públicas el número de docentes, tanto funcionarios como contratados, se está congelando e incluso reduciendo en los últimos años, mientras que en las universidades privadas hay un pequeño porcentaje de crecimiento por la apertura de nuevas instituciones.

Copyleft – Ius Publicum

3. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE SELECCIÓN DEL PROFESORADO

De manera muy sucinta se puede decir que el sistema español ha evolucionado desde un modelo clásico de *universidad de cátedras* y selección nacional, al modelo actual de *universidad de departamentos* y selección local.

El primero se caracterizaba por la estricta dependencia del profesorado respecto a un catedrático, que debía incluso presentar o apoyar al candidato en un proceso de selección, que se celebraba en régimen de concurso-oposición de ámbito nacional, y en el que había diversos ejercicios selectivos, incluyendo la denominada *trinca* o confrontación directa entre opositores mediante la posibilidad de refutación mutua de los méritos aportados[13]. Cabe citar la Ley de 29 de julio de 1943, *sobre ordenación de la universidad española* (arts. 56 a 67), en la cual el acceso profesor adjunto se realizaba por concurso-oposición entre doctores[14]. El sistema fue reformado por la Ley 83/1965, de 17 de julio, *sobre estructura de las facultades universitarias y su profesorado*, que crea la figura intermedia de profesor agregado, entre catedrático y adjunto, que percibe el 80% de la retribución de un catedrático, y a la que se accede por concurso-oposición de ámbito nacional entre doctores con al menos 3 años de

[13] La trinca existe desde los orígenes del cuerpo de catedráticos a mediados del siglo XIX, hasta la reforma universitaria de los 80 tras la llegada de la democracia, si bien su regulación fue variando en los detalles. Véase por ejemplo, los arts. 201 y ss del Reglamento para la ejecución del plan de estudios de 17 de septiembre de 1845, el art. 13, párrafo segundo, de la Ley 83/1965, de 17 de julio, para los ejercicios del concurso-oposición para profesor agregado, y de modo más reciente, el art. 9, párrafo segundo, del Real Decreto 1050/1979, de 4 de abril, sobre concursos-oposiciones de turno restringido para el ingreso en el cuerpo de profesores agregados de universidad.

[14] Entonces las categorías de profesores eran: Catedráticos numerarios o extraordinarios de Facultad; Profesores adjuntos de Facultad; Ayudantes para clases prácticas, clínicas y laboratorios y Profesores encargados de Cátedra o curso en cualquier órgano o servicio universitario.

Copyleft – Ius Publicum

docencia, presentados por un catedrático[15]. Por su parte, la Ley 14/1970, de 4 de agosto, *general de educación y financiamiento de la reforma educativa*, diferenciaba entre el ingreso en cuerpos docentes (ordinariamente por concurso-oposición) y la adscripción a una plaza, previa selección por una universidad[16].

El cambio de modelo se produce con la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, *de reforma universitaria*, que en realidad es una norma de nueva planta, en la que la estructura de las universidades pivota y claramente sobre los Departamentos en los que se integran las cátedras. Esta norma preside una etapa de expansión de la universidad pública, en la que se crean nuevas universidades y estructuras por todas las Comunidades Autónomas. El sistema de provisión de las plazas de funcionarios docentes se realiza mediante concurso-oposición de dos ejercicios, pero ya directamente de carácter local, para cada puesto que se convoca, formándose una comisión en la que la universidad convocante designaba dos miembros y los otros tres se determinaban por sorteo[17].

Ese modelo endogámico de selección, que se mantiene hoy en día, se ha tratado de compensar en la vigente *Ley Orgánica de Universidades* mediante un sistema nacional de

[15] La carrera académica se iniciaba entonces como Ayudante de clases prácticas (para licenciados o graduados, a propuesta del catedrático), que eran plazas anuales y renovables. El siguiente paso era el de profesor adjunto, mediante concurso-oposición, tras haber sido ayudante al menos un año. Luego se podía promocionar a agregado, también por concurso-oposición, y finalmente, a catedrático, mediante simple concurso de acceso entre agregados con antigüedad mínima de 5 años. También cabía cubrir cátedras mediante concurso de traslado entre catedráticos.

[16] La ley regula todos los niveles de enseñanza. En el ámbito universitario identificaba los cuerpos de catedráticos numerarios, profesores agregados y profesores adjuntos, a los que se añadían ayudantes y profesores contratados, que desarrollaba en los arts. 113 y ss.

[17] El régimen se detalla en el Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre, por el que se regulaban los concursos para la provisión de plazas de cuerpos docentes universitarios, modificado en 1986 y 1997. Con que en el sorteo saliese un miembro más o menos afín a la universidad convocante ya se garantizaba la mayoría absoluta en la votación (e incluso bastaba con que los tres sorteados no fuesen de la misma escuela y formasen entente).

Copyleft – Ius Publicum

evaluación previa de candidatos, que asegure la calidad de quienes concursen a las plazas de las universidades. Ese filtro ha conocido dos modalidades:

Modalidad de *habilitación con números clausus* (LOU 2001): se exige a los candidatos que quieran concursar a plazas de funcionarios docentes la previa habilitación, que se concede en función del número de plazas que las universidades soliciten cubrir para cada área y categoría, mediante convocatoria de pruebas públicas con dos ejercicios y ante una comisión de 7 miembros elegidos todos por sorteo[18]. En cambio, para concursar a las principales categorías de contratos docentes se exige solo la previa evaluación positiva de su actividad por una agencia externa[19].

Modalidad de *acreditación sin números clausus* (LOMLOU 2007): aunque el sistema de habilitación introdujo algunos elementos de selección loables (su carácter nacional y selectivo, el sorteo de toda la comisión, la exigencia de una prueba oral de conocimiento del temario de la asignatura para profesores titulares, el acomodo entre el número de candidatos habilitados y plazas vacantes), no consiguió alterar la mentalidad endogámica o corporativa[20], y trajo consigo dificultades prácticas (procesos lentos, con desgaste económico y de tiempo por las exigencias de peregrinaje para candidatos y miembros de los tribunales), que llevaron a la extensión al profesorado funcionario del régimen de acreditación curricular

[18] Mediante Real Decreto 774/2002, de 22 de julio, se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a cuerpos de funcionarios docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso respectivos.

[19] En el ámbito del Estado es de aplicación el Real Decreto 1052/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la obtención de la evaluación de la ANECA, y de su certificación, que sigue vigente.

[20] Al final, todo se reducía a alcanzar 4 votos en la Comisión correspondiente, prevaleciendo la formación de mayorías por intereses estratégicos sobre la calidad de los candidatos y de sus ejercicios.

Copyleft – Ius Publicum

externa y no competitiva, es decir, sin cupo máximo de valoraciones positivas[21]. La función acreditadora se encomienda a una agencia pública externa, auxiliada por comisiones de expertos.

Este modelo tiene debilidades innegables. La evaluación es del todo opaca y demasiado cuantitativa (por acumulación de méritos), aunque sin existencia de un baremo preciso y público; no hay inmediación ni prueba alguna oral ni escrita; no hay garantía de especialización del evaluador en el mismo área de conocimiento del candidato; y la evaluación se dispersa entre agencias regionales para las categorías contractuales. Además el sistema está hoy completamente saturado, pues se ha formado una bolsa de acreditados sin plaza de la categoría que ameritan que el sistema no puede absorber, por lo que es inminente su reforma en 2015.

4. EN PARTICULAR, EL VIGENTE RÉGIMEN BIFÁSICO DE SELECCIÓN: LA ACREDITACIÓN Y EL ACCESO A LA PLAZA

Para ocupar hoy un puesto docente una universidad española es preciso superar dos fases: una de certificación curricular de aptitud *para ejercer una categoría docente*, y otra de selección mediante concurso público *para ocupar un concreto puesto docente*. O dicho de otra forma, la selección del profesorado universitario en España se realiza por la universidad que convoque una plaza, entre candidatos que previamente hayan sido acreditados por una agencia evaluadora externa como aptos para ejercer la categoría docente de la plaza. Cada fase tiene sus características:

[21] Mediante el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, se desarrolla el régimen de acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y por el Real Decreto 1313/2007, de 5 de octubre, se regula el régimen de los concursos de acceso a cuerpos docentes universitarios.

Copyleft – Ius Publicum

4.1 La fase de evaluación o acreditación

Las figuras relevantes en la carrera académica, tanto contractuales (Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor)[22], como funcionariales (Profesor Titular y Catedrático de Universidad), requieren superar según los art. 48 y ss LOU una evaluación objetiva previa de aptitud para la respectiva categoría por parte de una agencia evaluadora[23]. Existe además una figura de profesor de universidad privada con evaluación positiva[24].

La Ley habla de "acreditación" para los cuerpos de funcionarios docentes y de "evaluación positiva" para las categorías de contratos docentes, pero siguen un patrón semejante. En ambos casos hay una valoración determinante por parte de una agencia y, en caso positivo, emisión de un certificado por un órgano administrativo. La acreditación es curricular, sin prueba pública alguna, y no competitiva (teóricamente), en el sentido de que no hay números clausus y todos los que superan el baremo.

La competencia para evaluar corresponde en exclusiva a la ANECA para el acceso a la función pública docente, ya que esos cuerpos de funcionarios tienen carácter nacional, y de manera simultánea a la ANECA y a los órganos de evaluación que las CCAA determinen por ley (agencias autonómicas) para los candidatos a las figuras contractuales. Con una

[22] No hace falta acreditación para ser contratado como Ayudante, Asociado, Emérito o Visitante.

[23] Como ya se ha mencionado, la acreditación para cuerpos docentes universitarios se detalla por el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, mientras que la evaluación para la contratación de personal docente e investigador universitario, en el ámbito estatal, se contiene en el Real Decreto 1052/2002, de 11 de octubre, al que hay que añadir las regulaciones autonómicas en la materia.

[24] El art. 72 LOMLOU exige a universidades privadas y centros adscritos que un 50% de su profesorado sea doctor y que un 60% de sus doctores tengan acreditación de profesor de universidad privada. Hasta 2007 la ley exigía sólo que las universidades privadas contasen con un 25% de profesores doctores acreditados.

Copyleft – Ius Publicum

diferencia, la acreditación de la primera tiene validez en todo el territorio y la de las segundas sólo en el ámbito autonómico[25]. Esta concurrencia de órganos evaluadores –los interesados pueden optar libremente- ha sido cuestionada ante el Tribunal Constitucional. Pero la STC 107/2014, de 26 de junio, ha ratificado que la competencia del Estado sobre las bases del sistema educativo, que es fundamentalmente normativa, no excluye la posibilidad de ejercicio de funciones ejecutivas a nivel central cuando sean necesarias para garantizar el fin de esas bases y asegurar así un tratamiento común de todos los españoles en todo el territorio del Estado.

Las comisiones de evaluación de la ANECA se organizan por ramas del conocimiento[26] y están formadas por al menos siete profesores (y sus suplentes) acreditados de igual o superior categoría a la que se solicita, con algunos requisitos adicionales de mérito y experiencia[27]. Sus nombres y currícula se publican. Todos ellos firman un código ético de actuación objetiva, rigurosa y confidencial. Su nombramiento es por dos años.

En teoría hay un baremo pautado de evaluación, pero con un margen relevante de aplicación discrecional, que hace que no sea predictible el resultado. Cada candidato se valora sobre 100 puntos, sumando los tres principales ámbitos de actividad del profesorado universitario: investigación, docencia y gestión (para los Profesores Titulares se valora también su formación académica), siendo el primero el más determinante.

Profesores Titulares de Universidad:

[25] En teoría el art. 31.3 LOMLOU prevé la posibilidad de mecanismos de recnocimiento mutuo entre agencias, que por ahora están inéditos en este punto.

[26] Como son cinco las ramas del conocimiento, no se puede garantizar la presencia en la comisión de un especialista del área de conocimiento del candidato. Pero esa limitación se puede subsanar mediante solicitud de informe a dos especialistas del área. XXX

[27] A los Catedráticos se les exigen 3 sexenios de investigación, y a los Titulares 2.

Copyleft – Ius Publicum

1 Actividad investigadora	Hasta 50 puntos
2 Actividad docente o profesional	Hasta 40 puntos
3 Formación académica	Hasta 5 puntos
4 Experiencia de gestión educativa, científica o tecnológica y otros méritos	Hasta 5 puntos

Se obtiene la acreditación si se alcanza al menos 65 puntos en total, siempre que en los apartados 1 y 2 se sume un mínimo de 60 puntos.

Baremo para Catedráticos de Universidad:

1 Actividad investigadora	Hasta 55 puntos
2 Actividad docente o profesional	Hasta 35 puntos
3 Experiencia de gestión educativa, científica o tecnológica y otros méritos	Hasta 10 puntos

Se obtiene la acreditación si, simultáneamente, se obtienen al menos 80 puntos en total, siempre que y se haya obtenido un mínimo de 20 puntos en el apartado 2[28].

En ambos casos la posesión de cada sexenio o tramo de investigación garantiza 15 puntos en el apartado 1. Se trata de un discreto complemento retributivo vinculado a méritos de investigación acreditados y sometidos a evaluación por periodos de 6 años[29], que cada vez

[28] De manera que no es posible llegar a Catedrático sin haber dado suficiente docencia efectiva, aunque la investigación realizada sea excelente. También hay una regla corporativista no escrita de que la gestión académica es esencial, por lo que es imprescindible puntuar en este campo. Existe una fuerte reivindicación para que no se le dé ese peso de requisito *sine qua non*.

[29] Desde su creación en 1989 los venía concediendo en convocatorias anuales un órgano del Ministerio de Educación (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora), que acaba de ser absorbido en 2014 por la ANECA.

Copyleft – Ius Publicum

son más relevantes para la promoción académica[30]. En principio corresponden sólo al profesorado funcionario, pero actualmente pueden obtenerlos también el profesorado contratado con vinculación permanente, y el personal investigador en general.

Desde el punto de vista procedimental, las solicitudes de acreditación y la documentación de los méritos se pueden presentar en papel o de modo telemático. En la ANECA no hay plazo (la convocatoria es permanente), mientras que las agencias autonómicas suelen abrir convocatorias periódicas. Los currícula se remiten a "dos expertos del ámbito científico y académico correspondiente para la elaboración de sendos informes individuales", con posibilidad de informes adicionales, si es necesario. A partir de ellos se formula el informe de la Comisión, que es el decisivo. Si la evaluación es negativa, se comunica al interesado con remisión de los informes individuales anónimos y se abre un

Se regula por el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario, desarrollado por la Orden de 2 de diciembre de 1994, por la que se establece el procedimiento para la evaluación, y la Resolución de 26 de noviembre de 2014, de la Presidencia de la CNEAI, por la que se establecen los criterios específicos en cada campo de evaluación. En la práctica tres sexenios dan muy alta probabilidad de obtener la acreditación; con dos es posible si hay méritos adicionales suficientes; con uno o ninguno es muy difícil –pero posible-.

[30] Según el Informe *Datos básicos del Sistema Universitario Español*, curso 2013/14, el 96,2% de los Catedráticos tiene algún sexenio (con una media de 3,56 sexenios por cabeza), pero el 5,5% tiene sólo uno y el 11,8% tiene solo dos. Mientras, sólo el 73,6% de los Profesores Titulares tiene algún sexenio (con una media de 1,45 sexenios por profesor). En este escalón, aunque la media de edad es bastante menor, uno de cada cuatro Titulares no tiene ningún sexenio (el 26,4%), y el 26,5% tiene uno, es decir, la mitad de ellos tiene uno o ningún sexenio. El 28% tiene dos, y sólo el 19,1% tiene 3 o más sexenios. A su vez, existen importantes diferencias por rama del conocimiento, dado que este tipo de evaluación está mucho más asentado en el campo de las ciencias experimentales, donde el 84,8% del profesorado tiene algún sexenio (con una media de 2,5 sexenios por profesor). En cambio, en la rama de ciencias sociales y jurídicas cerca de la mitad del profesorado no tiene ningún sexenio (41,5%), y el número medio de sexenios es sólo de 1,2.

Copyleft – Ius Publicum

trámite de alegaciones. Finalmente, la resolución motivada de la Comisión, favorable o desfavorable, se debe tramitar y notificar en el plazo de 6 meses[31].

Si la evaluación es desfavorable, cabe reclamación ante el Consejo de Universidades (Comisión de Reclamaciones), que podrá devolver el expediente a la ANECA. En caso de desestimación se puede plantear recurso de alzada ante la Presidencia del Consejo de Universidades y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo. La denegación de la acreditación comporta una penalización de 18 meses para volver a presentar una solicitud.

Si la evaluación es favorable se obtendrá certificación de la acreditación, que emite el Consejo de Universidades, para la acreditación nacional para cuerpos de funcionarios, y el Ministerio de Educación o las Consejerías de Educación para la evaluación positiva para figuras contractuales. La acreditación se consolida y no caduca nunca.

4.2 La fase de concurso o acceso a la plaza

Las universidades pueden convocar concursos de acceso para cubrir las vacantes de su plantilla, a los que podrán concurrir candidatos con la acreditación o evaluación positiva. Esta fase de concurso público está regulada muy livianamente a nivel estatal para el

[31] Al principio del sistema se dieron casos de silencio positivo, por aplicación del régimen general de la ley de procedimiento (art. 43.1 LRJAP), pero a partir de un informe de la abogacía del estado el Ministerio de Educación entendió que el silencio era negativo, por serlo también las solicitudes de expedición, renovación, revalidación, homologación, convalidación, equivalencia y reconocimiento de títulos y certificados académicos (disposición adicional 29ª, apartado 2, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre).

Copyleft – Ius Publicum

profesorado funcionario[32] (y a nivel autonómico para el profesorado contratado), dejando un gran margen de decisión a la normativa interna de cada universidad.

Las convocatorias de plazas de funcionarios se publican en el BOE, y exigen a los candidatos contar con la acreditación, con la habilitación o con la condición de profesor titular o catedrático para presentarse. Sin duda, la clave está en la designación de la Comisión juzgadora, que se rige por las normas de cada universidad. Es completamente discrecional y, en la práctica, predetermina del todo el ganador del concurso, aunque se exijan ciertas formalidades[33].

Tradicionalmente son dos pruebas o ejercicios. Uno sobre el historial y el proyecto docente e investigador del candidato. Y otro de exposición y discusión de un trabajo de investigación propio y original, que el tribunal desconoce a priori. La propuesta de la comisión se eleva al Rector de la Universidad, a quien corresponde el nombramiento del profesor y su publicación.

Cabe impugnación ante el rector de la propuesta de adjudicación, que tiene efectos supensivos y será valorada por una Comisión de Reclamaciones de la universidad, compuesta por catedráticos de universidad con amplia experiencia, que formulará su propuesta vinculante en el plazo máximo de 3 meses. Solo en casos muy excepcionales y groseros se

[32] El Real Decreto 1313/2007, de 5 de octubre, regula el régimen de los concursos de acceso a cuerpos docentes universitarios.

[33] Al menos es necesario publicar la composición de la comisión, los CV de sus miembros, los criterios de valoración y, una vez realizadas las pruebas, la puntuación desglosada de cada candidato. El procedimiento concreto de selección también es determinado por las normas de cada universidad, exigiéndose al menos a la Comisión "valorar, en todo caso, el historial académico, docente e investigador del candidato o candidata, su proyecto docente e investigador, así como contrastar sus capacidades para la exposición y debate ante la Comisión en la correspondiente materia o especialidad en sesión pública".

Copyleft – Ius Publicum

consigue revocar la decisión adoptada por la comisión de selección. La resolución correspondiente abre la vía contencioso-administrativa.

4.3 Algunos datos o resultados

Los porcentajes de éxito de la acreditación no son bajos, aunque hay que tener en cuenta el impacto de la autoselección previa (ocurre lo mismo con los sexenios de investigación, cuyos porcentajes son más altos aún). Además, las diferencias por ramas del conocimiento son sensibles.

Profesorado funcionario. Según el último informe anual disponible de la ANECA (2013), la tasa de éxito global es del 65%, de manera que sólo un tercio de las solicitudes recibe, de media, evaluación negativa. En cuanto a las reclamaciones admitidas a trámite por el Consejo de Universidades, se resolvieron un total de 200 a lo largo de 2013, cambiando de sentido tras la reclamación el 24% (47).

Resultado	**Comité**	**TU**	**%+**	**CU**	**%+**	**Total**	**%+**
POSITIVO	Ciencias Sociales y Jurídicas	416	56%	179	55%	595	56%
	Ciencias	257	74%	167	65%	424	70%
	Ciencias de la salud	160	50%	110	64%	270	54%
	Ingeniería y Arquitectura	444	77%	216	71%	660	75%
	Artes y Humanidades	249	68%	118	69%	367	68%
	TOTAL	**1526**	**65%**	**790**	**64%**	**2316**	**65%**
NEGATIVO	Ciencias Sociales y Jurídicas	323		149		472	
	Ciencias	91		91		182	
	Ciencias de la salud	163		63		226	
	Ingeniería y Arquitectura	136		87		223	
	Artes y Humanidades	115		54		169	
	TOTAL	**828**	**35%**	**444**	**36%**	**1272**	**35%**
Evaluados		**2354**		**1234**		**3588**	

Profesorado contratado. El porcentaje es curiosamente muy similar (casi 64% de tasa de éxito), según el informe ANECA correspondiente a 2013, aunque los resultados varían por categorías. En ese período se presentaron 319 recursos (que suponen el 11% del total de evaluaciones negativas), y fueron estimados un 9% de los casos.

Copyleft – Ius Publicum

Resultado	Comité	PCD[34]	%+	PUP	%+	PAD	%+	PC	%+	Total
POSITIVO	Ciencias Sociales y Jurídicas	530	60%	392	55%	563	56%	17	65%	1502
	Ciencias	364	63%	271	55%	421	88%	1	25%	1057
	Ciencias de la salud	235	58%	171	53%	285	84%	44	83%	735
	Ingeniería y Arquitectura	435	63%	286	55%	391	78%	19	58%	1131
	Artes y Humanidades	173	50%	120	43%	207	68%	3	100%	503
	TOTAL	**1737**	**60%**	**1240**	**53%**	**1867**	**79%**	**84**	**71%**	**4928**
NEGATIVO	Ciencias Sociales y Jurídicas	350		324		179		9		862
	Ciencias	216		219		57		3		495
	Ciencias de la salud	168		153		56		9		386
	Ingeniería y Arquitectura	258		234		111		14		617
	Artes y Humanidades	170		161		98		0		429
	TOTAL	**1162**	**40%**	**1091**	**47%**	**501**	**21%**	**35**	**29%**	**2789**
Evaluados		**2899**		**2331**		**2368**		**119**		**7717**

4.3 Debilidades, Amenazas, Fortalezas y Oportunidades del modelo

Para hacer una valoración estructurada y sucinta del vigente sistema de selección del profesorado me propongo utilizar la matriz que proporciona el análisis DAFO (SWOT en inglés), como metodología de estudio conjunto de elementos favorables y desfavorables, tanto internos como externos, de un proyecto o empresa.

Debilidades (elementos negativos internos):

a. *Tendencia endogámica irrefrenable*. Es el juicio general que merece todo el sistema. Las universidades, esto es, los departamentos y, dentro de ellos, el director o grupo

[34] PCD es Profesor Contratado Doctor; PUP es Profesor de Universidad Privada; PAD es Profesor Ayudante Doctor; PC es Profesor Colaborador, que es una figura a extinguir actualmente, tras la derogación del art. 51 LOU.

Copyleft – Ius Publicum

que ejerza el poder en el mismo, controlan completamente la adjudicación de las plazas, a pesar de la exigencia de acreditación previa.

b. *Trivialización de la fase de concurso*. Los concursos de acceso son con frecuencia ceremonias de incorporación de un profesor al claustro, pero no pruebas públicas competitivas. La dificultad, la tensión y la disputa están en conseguir que la universidad convoque el concurso y designe el tribunal deseado. En general no hay verdaderas pruebas orales de conocimientos en un oficio en el que es esencial el saber y la comunicación oral.

c. *La fase de acreditación como verdadera fase selectiva*. El acento está en el examen o evaluación curricular de los candidatos, donde se pretende poner la garantía de la calidad del sistema. De manera que ha cristalizado la regla no escrita de que la obtención de la acreditación da derecho a la promoción profesional y a la plaza correspondiente. Pero la carestía de vacantes y de presupuesto suficiente ha dado lugar a una preocupante bolsa creciente de acreditados sin plaza, con las tensiones sociales que genera[35]. El ritmo actual conduce al colapso, y a la devaluación de la acreditación. De ahí la inminente reforma que se avecina.

d. *Excesivo acento de los aspectos formalistas en la acreditación*. Esto genera un furor artificial en la comunidad académica por allegar todo tipo de méritos instrumentales y secundarios, y sobre todo por conseguir su constancia documental. Lo importante no es hacer algo, sino tener un papel que lo acredite.

e. *Opacidad de la evaluación recibida en la acreditación*. Aunque hay un cuadro de puntuaciones, no se conoce el baremo real que se aplica, y hay por tanto inseguridad en

[35] No es fácil dar datos precisos, pero la bolsa de acreditados puede estar cerca de las 7.000 personas. Aunque el sistema ha absorbido ya a unos 11.000 acreditados, ahora el goteo de plazas de acceso es muy lento. La realidad es que el acreditado sólo tiene opción de promocionar en su propia universidad, y en el momento en el que le toque.

Copyleft – Ius Publicum

cuanto a la autoevaluación previa, y dificultad para pedir la revisión. Eso permite tomar una decisión al evaluador y luego vestirla numéricamente.

f. *Escaso margen real para el control de la discrecionalidad en los procesos de acreditación y de concurso*. El dogma de la discrecionalidad técnica impide una verdadera revisión de fondo de ambos procesos, entrando en los detalles. La evaluación por la agencia y mucho menos la valoración de los ejercicios del concurso son casi inexpugnables, ni en vía administrativa ni en vía judicial, mientras se respeten las formas del procedimiento.

Amenazas (elementos negativos externos):

a. *Masificación y estandarización*. Se ha multiplicado el número de universidades y de universitarios. Hemos pasado de una universidad *de maestros* a una universidad *de instructores*. Fenómeno potenciado por la estandarización a que conduce el sistema de acreditación tan formalista que tenemos.

b. *Estrangulamiento financiero y control presupuestario estricto de las universidades*. Hay una escasez enorme de plazas[36], que está amenazando el ritmo natural de renovación de las plantillas y que conduce a acentuar prácticas y corruptelas para blindar en cada concurso al candidato local para "no perder dinero" con la adjudicación de la plaza a un aspirante externo a la universidad convocante[37]. En realidad todos los concursos públicos son hoy *plazas de promoción interna*.

[36] No hay posibilidad de crear plazas nuevas y desde enero de 2012 la tasa de reposición del profesorado funcionario es sólo del 10%. La Ley de presupuestos generales del Estado para 2015 al menos la ha elevado hasta el 50%, de manera que de cada dos jubilaciones solo se amortiza una de las plazas. Algunas universidades han desafiado la aplicación estricta de estas restricciones, y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha procedido a recurrir las correspondientes convocatorias.

[37] Ya que el Capítulo I engorda con una nueva nómina a pagar, que se suma a la del candidato derrotado, cuya plaza no se puede amortizar (si es funcionario) o no se quiere rescindir (si es contratado).

Copyleft – Ius Publicum

c. *Complejidades derivadas de la acusada descentralización*. Al multiplicarse respecto al profesorado contratado los órganos de evaluación que pueden concurrir con la ANECA, surgen potenciales diferencias prácticas de criterio y aparece el peligro de formación de subsistemas territoriales autónomos.

d. *Inseguridad jurídica derivada de la falta de consolidación del modelo y de su periódica reforma*. En una carrera como la académica resulta esencial saber a qué atenerse, pero el cambio y reajuste continuos generan desgaste y desafección en el profesorado.

e. *Falta de incentivos para el buen desempeño del puesto docente ganado*. Todo el sistema se orienta a controlar la selección del profesorado, pero una vez ganada una plaza el sistema no ofrece incentivos adecuados para la retribución del rendimiento. Eso, combinado con la garantía del puesto de trabajo, produce a menudo el efecto perverso de acomodación tras la promoción, con el consiguiente desperdicio de recursos intelectuales.

Fortalezas (elementos positivos internos):

a. *Respeto a la garantía constitucional de autonomía universitaria*. El modelo bifásico de selección es respetuoso con la capacidad de las universidades de seleccionar su claustro docente. Pero no se puede olvidar que esa autonomía debe respetar también las exigencias constitucionales de mérito y capacidad, e ir acompañada de responsabilidad y de rendición de cuentas, las cuales son hoy inexistentes.

b. *Garantía de un mínimo de calidad del profesorado*. La acreditación es un listón ineludible para incorporarse a una universidad y promocionar. Sin embargo, el modelo no garantiza el resultado final: la selección de los mejores para cada puesto.

c. *Eliminación del peregrinaje académico de la habilitación*. Es una cuestión instrumental, pero relevante, por el desgaste que producía la carga de concurrir a pruebas públicas por todo el territorio nacional, con consumo de tiempo, dinero y recursos.

Oportunidades (elementos positivos externos):

Copyleft – Ius Publicum

a. *Positiva introducción de la "cultura de la evaluación".* Aunque hay que racionalizarla (en ocasiones es desmedida) y hacerla efectiva (imparcial, objetiva y menos formalista, para que no sea un mero cumplir o *rellenar casillas*), con el tiempo se verán resultados. Evaluar es muy necesario, pero evaluar bien es difícil y caro.

b. *Control judicial de algunos aspectos de la discrecionalidad*. Ciertos fallos judiciales abren la esperanza al levantamiento del velo en el control de la discrecionalidad técnica de las comisiones de selección en los concursos de acceso, entrando en el fondo del asunto para vetar comportamientos endogámicos[38].

c. *La inminente "reforma de la reforma" como oportunidad para corregir algunas deficiencias*. Cuestión que merece un epígrafe específico.

5. HACIA UN MODELO DE ACREDITACIÓN MÁS MATERIAL QUE FORMAL

[38] Así lo aprecia G. GARCÍA-ÁLVAREZ, en su trabajo *El declive de la inmunidad judicial de las decisiones de los tribunales de oposiciones (Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre "discrecionalidad técnica")*, en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (Coords.), Vol. 1, 2012, pp. 1193-1222. Como muestra véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de febrero de 2014 (Rec. 281/2013), que anula una convocatoria por definir un perfil injustificadamente especializado (Derecho del deporte), y las dos Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2014 (Rec. 2001/2013 y 3779/2013), que revisan en unas oposiciones la calificación de dos de los candidatos, estableciendo la que les corresponde (31 puntos), vetando la discrecionalidad técnica de la Administración no justifica otorgar puntuaciones diferentes a ejercicios sustancialmente iguales sin justificar el motivo.

Copyleft – Ius Publicum

El Ministerio de Educación ha anunciado una reforma que se prevé sea aprobada a comienzos de 2015[39]. No se trata de un cambio de modelo, que se mantendrá en lo sustancial (acreditación curricular sin numerus clausus), sino de un reajuste del régimen de la acreditación del profesorado, que se suma a algunas reformas organizativas positivas, recientemente realizadas[40].

Lo más relevante es la apuesta por una evaluación más cualitativa, en la que se pueda calificar el valor de la producción científica del candidato no sólo por indicios externos formales, y en la que los aspirantes a profesores de universidad demuestren su capacidad de liderazgo académico y de aportación a la sociedad mediante la transferencia del conocimiento[41]. También se quiere priorizar aún más la investigación y la docencia, en detrimento de la gestión, que dejará de ser esencial.

Para ello, se va a aprobar un nuevo baremo de méritos, con unas horquillas que facilitarán una evaluación más cualitativa y compensable del solicitante. Es decir, se hará una evaluación *global e integral*, estableciendo umbrales mínimos o niveles de referencia adecuados en función del cuerpo docente para el que se solicite la acreditación y del ámbito

[39] Puede consultarse el texto del proyecto en http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/cerrados/2014/cuerpos-docentes-universitarios.html.

[40] Los arts. 7 y 8 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, proceden a transformar la fundación pública ANECA en organismo autónomo, en el que pasa a integrarse además la CNEAI, para concentrar en un único organismo estatal las funciones de evaluación y acreditación del profesorado universitario.

[41] Por ello se considera como dimensión autónoma la transferencia y la actividad profesional del solicitante. Hasta ahora la transferencia quedaba dentro de la investigación y la actividad profesional aparecía asociada a la docencia, por lo que quedaban infravaloradas.

Copyleft – Ius Publicum

científico de que se trate[42]. La aplicación de los criterios de evaluación dará lugar a una calificación alfabética (A, B, C, D ó E), evitando la excesiva atomización actual de los méritos académicos. La idea es que, en el caso de que un solicitante no alcance el nivel mínimo exigible en investigación y docencia –que son lo principal-, y siempre que la insuficiencia no sea grave, ésta se podrá compensar en virtud de méritos relevantes en las tres dimensiones restantes: transferencia de conocimiento y actividad profesional; gestión; y formación (esta última evaluable solo para Titulares de Universidad).

También se quiere flexibilizar el sistema para permitir la promoción de jóvenes profesores brillantes o excepcionales. Así, se elimina el requisito de ser Profesor Titular para poder solicitar la acreditación para el cuerpo de Catedráticos.

Además, se pretende que la evaluación sea mucho más especializada, tanto respecto a las comisiones competentes como en cuanto a los resultados[43]. Para ello las comisiones serán mucho más amplias y cercanas al ámbito científico y académico de los solicitantes, tanto en primera instancia como en vía de reclamación, tal como ocurre precisamente en Francia e Italia. Cada Comisión esté formada por un número de miembros variable, determinado principalmente por la mayor o menor heterogeneidad científico-técnica del campo, pero nunca menos de 7 ni más de 15. El nombramiento será por dos años, como hasta ahora, pero ahora renovable por otros dos. El presidente de la Comisión será designado por el Consejo de Universidades, sin recaer automáticamente en el miembro de mayor categoría y antigüedad.

Lo importante es que las decisiones se adoptarán siempre colegiadamente a partir de dos ponencias elaboradas por sendos miembros de la Comisión, y solo en casos de

[42] Además, se establecerán criterios específicos de evaluación para cada ámbito científico, los cuales se publicarán y se revisarán periódicamente, cada dos años (hasta ahora no se hace).

[43] La acreditación se vinculará a una categoría y a una rama de conocimiento (Artes y Humanidades, Ciencias, Ciencias de la Salud, Ciencias Sociales y Jurídicas, e Ingeniería y Arquitectura).

Copyleft – Ius Publicum

discrepancias entre los ponentes que ésta no se considere en condiciones de solventar, el Presidente podrá, con carácter excepcional, solicitar un informe a un experto del área ajeno a la Comisión.

Es pronto para saber si logrará su objetivo de simplificar y clarificar criterios, y no será un nuevo bandazo del regulador, llamado a ser modificado a su vez en poco tiempo. A primera vista, asoma el peligro de que la evaluación cualitativa abra aún más los márgenes de discrecionalidad de la evaluación, motivo por el cual la clave estará aún más que ahora en quiénes sean los evaluadores y cómo sean designados. En segundo lugar, es de temer que la reforma se aproveche como excusa para restringir el acceso a la acreditación y el crecimiento indefinido de la bolsa de acreditados sin opción de promoción efectiva.

6. CONCLUSIÓN Y ALGUNAS PROPUESTAS PERSONALES

La reforma de Bolonia y la formación del EEES han supuesto toda una revisión del sistema universitario español, cuyas repercusiones todavía no están del todo asimiladas. En buena medida, el cambio ha sido frustrado por la crisis económica general y por la crisis del modelo de financiación de la universidad pública. Concretamente en el ámbito de la selección del profesorado, aparte de la situación de paralización actual, es evidente que el régimen actual no garantiza en la práctica la concurrencia efectiva. La universidad pública española sigue siendo una institución medieval, en la que la lealtad al señor feudal, que controla por completo el poder en su territorio, prevalece sobre la valía personal del sujeto.

Por eso la actual situación de colapso endogámico requeriría alguna medida drástica de impacto, aunque no fuese definitiva o permanente. Por ejemplo, la prohibición de promoción en la universidad de origen (ésta es una regla no escrita en buenas universidades de otros países), sin posibilidad de retorno durante un amplio plazo de tiempo. Es decir, la obligación de movilidad –no ya la mera posibilidad teórica de hacerlo- en el sector del profesorado, que asegure un flujo o circulación y estimule la competencia.

Copyleft – Ius Publicum

Junto a ello, serían necesarias otras medidas estructurales. En concreto, hace falta al menos un trámite verdaderamente competitivo y público en la selección del profesorado, que garantice la calidad y las exigencias constitucionales. Ese examen o filtro, o se coloca en la fase de acreditación (mediante la limitación del número máximo de acreditados en función del número de vacantes, lo que supone en cierta medida volver a la habilitación) o se coloca en la fase de acceso (sorteando las comisiones de selección e introduciendo alguna prueba pública real). Pero tiene que haberlo. Si lo hay en primera fase, la segunda puede ser más suave (incluso entrevista); si la primera fase es más liviana (filtro mínimo) las garantías de publicidad y competitividad tienen que estar en la segunda.

En todo caso, habría que elevar el nivel de las comisiones, por ejemplo, a través de la exigencia de un número de sexenios para formar parte de las mismas, tanto absoluto como relativo (por ejemplo de 6/7 o de 0'85). Y mejorar la publicidad de las convocatorias, dándoles incluso carácter internacional. Por ejemplo, obligando a informar en un portal de internet (podría ser del Consejo de Universidades) de toda plaza docente que se oferte en una universidad española, por áreas de conocimiento[44].

Y por encima de estas medidas sobre el acceso a la profesión docente, sería muy positivo cambiar la concepción de la carrera académica del profesorado universitario. De manera que la consecución de una plaza constituya más un *punto de partida*, con un compromiso de desempeño responsable y de rendición de cuentas, que un *punto de llegada*, como es ahora. En este sentido, y entre otros aspectos, cabría destacar que:

[44] En la actualidad, los concursos de acceso de plazas de funcionarios docentes se publican en el BOE, pero las de profesorado contratado se *esconden* en los dispersos boletines de las universidades, con plazos de presentación de solicitudes de pocos días. No hay verdadera publicidad.

Copyleft – Ius Publicum

a. Encajaría mejor con ese perfil de incentivo la conversión de todas las figuras de profesorado en contractuales, para evitar así el excesivo acomodamiento[45]. Algunos han planteado sombras de posible inconstitucionalidad por la desfuncionarización, por poder atentar a la libertad de cátedra (art. 20.1.c) CE) y la independencia que requiere. Pero la doctrina del TC es clara. La libertad de cátedra es de todo docente, no sólo del universitario, ni del funcionario universitario, por lo que no exige en todo caso inamovilidad.

b. Convendría introducir dentro de cada categoría tramos o escalones en función del rendimiento y desempeño, en los que además se pudiese ir hacia arriba y hacia abajo.

c. Convendría vincular realmente las retribuciones al rendimiento y al cumplimiento o incumplimiento de esos escalones periódicos. Debe haber un mayor peso de la investigación en el salario del profesor.

d. Hace falta que en la evaluación del profesorado, tanto en los sexenios de investigación como en la acreditación curricular, se garantice la especialización de los evaluadores y la objetividad de los criterios de evaluación, especialmente en las ciencias sociales y humanísticas, que tienen menos tradición científica.

e. Sería conveniente adoptar medidas para prevenir el peligro de la parcelación del territorio en subsistemas estancos. Hay que garantizar la unidad de criterio de evaluación (hoy lo hay para el profesorado funcionario, pero no está del todo asegurado para el profesorado contratado), pero también la homogeneidad en el modo de aplicar esos criterios.

[45] El informe de la comisión de expertos de 12 de febrero de 2013, antes citado, proponía como medida estructural pasar a un sistema de doble entrada: de manera que habría Catedráticos y Titulares por la vía de la acreditación pública y nacional, con númerus clausus; y Catedráticos y Titulares por la vía de la contratación directa e indefinida, por cada universidad, mediante procedimiento público (por ejemplo, entrevista y prueba oral), con algunas garantías (pero regulado por la universidad), y que se concretaría en un contrato "a medida" (retribuciones, obligaciones docentes…).

Copyleft – Ius Publicum

Y realmente eso sólo se consigue cuando hay unidad de órgano evaluador (o si hay mutiplicidad de órganos, cuando los criterios son muy claros, transparentes y asentados).

f. Como es consustancial al oficio universitario el trabajo en equipo y la formación de discípulos y de nuevas generaciones, tiene sentido modular el estricto criterio de mérito y capacidad, dando margen de apreciación a la universidad que convoca la plaza y al departamento en el que se va a insertar el candidato. Pero para corregir prácticas poco ortodoxas convendría establecer mecanismos relacionados con la evaluación del desempeño de esos equipos docentes. Es decir, que el margen de decisión que se da a las comisiones de selección debe ir acompañada de elementos de responsabilidad por la selección efectuada (a la hora de evaluar los méritos del equipo docente y de asignar financiación).

Por desgracia, el sistema universitario está tan baqueteado en los últimos años, y es tan complicado superar las dificultades políticas y las resistencia corporativas en el sector, que todo hace desconfiar de que se pueda acometer una reforma de calado y, sobre todo, un cambio de mentalidad. Más bien habrá que conformarse con retoques significativos de mejora y optimización de nuestra situación actual. Sin aspirar a imposibles mimetismos con universidades internacionales de referencia que no son alcanzables, al menos de inmediato.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

EL ACTO POLÍTICO COMO UN PROBLEMA TODAVÍA ABIERTO A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO Y DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

Giuseppe TROPEA

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. (SIGUE) PRECISIONES METODOLÓGICAS.

PARTE I – PERFILES DE DERECHO COMPARADO: NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL PROBLEMA EN FRANCIA, ESPAÑA E ITALIA.
3. EL ORIGEN FRANCÉS Y SU DESARROLLO.
4. EL ACTO DEL GOBIERNO EN ESPAÑA.
5. BREVE CUADRO DE LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL EN ITALIA. ACTUALES PERFILES DE CRITICIDAD.

PARTE II – ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA.
6. LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE SOBRE EL TEMA DEL ACTO POLÍTICO. PREMISA: LOS REQUISITOS DEL ACTO POLÍTICO.
7. (SIGUE) CASOS DE EXCLUSIÓN DE LA POLITICIDAD DEL ACTO. EN PARTICULAR: LA NUEVA EXÉGESIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL TEMA DE LA DESIGNACIÓN DE ASESORES DE UNA JUNTA REGIONAL.
8. (SIGUE) LA CASUÍSTICA «EN POSITIVO».
9. CONCLUSIONES: ADHESIÓN A LA TESIS «HISTORICISTA» Y ESCÉPTICA.

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo planteamiento de la discutida categoría del acto político, por parte del art. 7, párrafo 1, c.p.a.[1], y algunos recientes casos jurisprudenciales[2], inducen a volver sobre la cuestión y, en particular, sobre el tema clásico de su inmunidad.

In limine, es necesario ilustrar las razones y los límites de un estudio de este tipo, puesto que pocos conceptos como el del acto político han atormentado tanto a la jurisprudencia práctica y teórica[3], aun cuando, en los últimos años, al menos en Italia, la discusión parece estar al fin y al cabo apaciguada, en comparación con metas tendencialmente estables. Como veremos, de hecho, nuestra jurisprudencia parece ya limitar la relevancia de la categoría a los casos de relaciones internacionales y de «actos constitucionales»[4], no sin algunas oscilaciones persistentes.

[1] El silencio de la ley TAR sobre los actos políticos era considerado por algunos como un signo de claro de rechazo de la categoría por la legislación republicana. Solo un año antes de la entrada en vigor del c.p.a. V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, en *Dir publ*., 2009, 121, auguraba la derogación expresa del art. 31 t.ú. Cons. Estado. Incluso el Tribunal de Cuentas, en su Resolución 16/2010, en *www.corteconti.it*, por la que se excluye la politicidad de algunos d.P.C.M. que declaraban el carácter de emergencia en las zonas de excavaciones de Pompeya, da erróneamente por supuesta la derogación del artículo 31 por el Decreto Legislativo 104/2010, sin tener en cuenta la nueva propuesta de la norma en el art. 7, párrafo 1, c.p.a. En el informe al c.p.a. se aclara que la nueva propuesta del contenido del art. 31 t.ú. Cons. Estado se debe a la recepción de las observaciones formuladas por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado y de las Comisiones de Justicia y Asuntos Constitucionales de la Cámara.

[2] Véanse los párrafos 7, 8.

[3] Entre otros, da muestra de ello J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, en *R.A.P.*, n.º 53, 1967, 73.

[4] Véanse las revisiones de la ley en S. DETTORI, *Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato su "L'atto politico"*, en *Nuove aut.*, 2009, 267 y ss., y S. FORASASSI, *Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali su "L'atto politico"*, en *Nuove aut.*, 2009, 289 y ss. Véase también D. PERUGINI, *Sul c.d. atto politico come atto non impugnabile*, en *L'invalidità amministrativa*, editado por V. Cerulli Irelli y L. De Lucia, Turín, 2009 , 528 y ss.; M. DEL SIGNORE, *Commento art. 31 Cons. Stato*, en *Commentario breve alle leggi sulla*

Copyleft – Ius Publicum

Por lo tanto, en opinión de quien escribe, el estudio del tema, que para algunos ha llegado ya a un «punto muerto»[5], merece ser retomado o, si se está en disposición de ello proporcionar nuevos perfiles de investigación, quizás todavía inexplorados, y destacar límites actuales y criticidad en la elaboración jurisprudencial, que no es nuestro caso, o bien, si se quiere intentar sentar las bases del tratado con el fin de captar, a poder ser en clave evolutiva y comparada, un conjunto de cuestiones que desde siempre han acompañado la historia del acto político, y cuya percepción incompleta, o en cualquier caso inadecuada, ha condicionado a menudo el encuadramiento del problema.

Vista la notoria «ciudadanía francesa» de la teoría del acto político, resulta muy tentador atribuir dicho concepto a la *mitología jurídica* de memoria «romaniana»[6]; por supuesto, no tanto en sentidos más probados y tradicionales, como aquellos expresados por las teorías negativas, que consideran *introuvable*[7] el acto político o que evidencian su *carácter metajurídico*[8], como en la aspiración -toda metodológica- de que tal confusa categoría pueda ayudar al intérprete a entender algunas dinámicas profundas que atraviesan, y a menudo acumulan, los varios ordenamientos en los cuales ha tenido modo de manifestarse[9].

giustizia amministrativa, a cargo de A. Romano y R. Villata, Padua, 2009, 1484 y ss. Indicaciones útiles también en V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., esp. 114 y ss., y F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, en AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, editado por P. Bonetti, A. Cassatella, F. Cortese, A. Deffenu, A. Guazzarotti, Turín, 2012, 74 y ss.

[5] Así, finalmente, M. PERINI, *Atto politico e atto di governo (postilla di aggiornamento)*, en *Enc. Giur., Ad vocem*, Roma, 2007, 1.

[6] De acuerdo con S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1983, 130, los mitos jurídicos en algunos países, como Francia, donde son más fuertes y más continuas las tendencias revolucionarias, encuentran los suelos más fértiles.

[7] Véase M. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, *RDP* 1952, 317 y ss.

[8] Véase A. GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1963; más recientemente, ID., *Tratado de derecho administrativo*, II, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, 2009, cap. VIII.

[9] Para esta versión del mito de «positivo» y socrático v. también S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, cit., 134.

Copyleft – Ius Publicum

Probablemente en este caso más que nunca el enfoque metodológico influya en gran medida en el planteamiento y la solución del problema. Por otra parte, en nuestro caso tal vez no haya, como veremos, una solución unívoca del problema. Justamente por el enfoque metodológico seguido y aquí compartido, del todo opinable, se entiende.

Genealogía y deconstrucción del problema llevan, a nuestro entender, a una no solución necesariamente escéptica y contextualizante históricamente[10] de la cuestión, o mejor, escéptica *como* contextualizante históricamente.

Por otra parte, parece aceptable la observación según la cual temáticas de este género, a pesar de haber sido representadas a menudo de modo descriptivo por la sociología y la politología, merezcan ser reconsideradas en clave jurídica[11]. En este sentido, el problema vuelve a ser eminentemente metodológico, considerando que en el ámbito de la investigación jurídica, la relación con la dimensión aplicativa del derecho presenta (sobre todo hoy) una notable relevancia, como lo demuestra la renovada atención a los problemas de la interpretación y a las teorías de la argumentación[12].

Sin embargo, en el plano del derecho comparado, considerado por algunos poco útil[13] en esta materia, deberían extraerse las «invariantes», demuestra modo de testimonio de cómo, frente a la relatividad histórica del problema, las cuestiones con las cuales se mide la

[10] En este contexto, en relación con el tema del acto político v., recientemente, M. DEL SIGNORE, *Commento art. 31 Cons. Stato*, cit., 1485, que dibuja con éxito el importante ensayo de G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padua, 1973.

[11] Así, A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, en *Dir. pubbl.*, 2011, 507-508.

[12] Véase A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli "altri" saperi*, en *Dir. pubbl.*, 2003, 883-884, que recuerda la tesis de PERELMAN Y OLBRECHTS - TYTECA, *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*, trad. it., Turín, 2001. Para un desarrollo en el campo del Derecho administrativo de tal obra fundamental, ver A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milán, 1987.

[13] Véase E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milán, 1961, 24, nota 48. En la omnipresencia del método comparativo, por el contrario hoy, para todos, R. CARANTA, *Lo stato della comparazione nel diritto amministrativo comparato in Italia*, en *www.ius-publicum.com.*

Copyleft – Ius Publicum

jurisprudencia son sustancialmente las mismas, y se vuelven a proponer cíclicamente, sin diferencias netas entre sistemas de *civil law* y de *common law*.

La idea de la comparación deriva del hecho de que la figura del acto político, se contemple o no en algún texto normativo, es conocida y reconocida en distintos ordenamientos contemporáneos, en los cuales tiende a adquirir un significado técnico relativamente uniforme. Por otra parte, en los distintos ordenamientos se asiste a una crisis de la figura que, como veremos, parece tener las mismas causas. Tanto es así, que las posiciones doctrinales a menudo se pueden superponer[14] en su mayor parte.

Por otra parte, no podremos en este momento – por razones de espacio y de claridad expositiva – dar cuenta, de forma exhaustiva, del perfil histórico y del comparado, ni examinar de manera completa las distintas perspectivas a través de las cuales ha sido observado el problema del acto político.

De forma más modesta, nos limitaremos a analizar los principales problemas que se han planteado en otros países (también jurídicamente) vecinos al nuestro (Francia y España) y las soluciones dadas a los mismos por la jurisprudencia, para comprobar si existen similitudes con las actuales cuestiones que se plantean en la doctrina y jurisprudencia italianas.

2. (SIGUE) PRECISIONES METODOLÓGICAS. PARTE I – PERFILES DE DERECHO COMPARADO: NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL PROBLEMA EN FRANCIA, ESPAÑA E ITALIA.

[14] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico*» *e interesse pubblico*, en AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, editado por A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Nápoles, 2010, I, 311.

Copyleft – Ius Publicum

El autor es de la opinión de que, cuanto más se adentra en el estudio de la cuestión, más bifurcaciones se abren, repetimos, más de carácter metodológico que sustancial. Aportemos algún ejemplo introductorio a modo de aclaración.

El acto político es, ante todo, un problema de sectores científico-disciplinarios. Nuestra tradición conoce la separación, desconocida en otros ordenamientos como el alemán, entre Derecho administrativo y Derecho constitucional[15]. Al problema del acto político se han dado diversas respuestas, en primer lugar, probablemente porque ha sido distinto el ángulo visual: el administrativista y el constitucionalista. De este modo se explica por qué los tratados monográficos más recientes y argumentados sobre el tema tienen la ambición de fundir las perspectivas y hacer, por tanto, un tratado unitario de Derecho público sobre la cuestión[16].

El acto político nace como un tema de Derecho administrativo, más bien de justicia administrativa, y en este sentido el énfasis recae sobre el problema de la fiscalización-justiciabilidad del mismo por parte de un juez. En el transcurso del Novecento, con la llegada del Estado social de derecho, se convierte también en un problema de Derecho constitucional, con énfasis sobre la creciente noción de dirección política[17].

[15] Sobre el tema, la más reciente, v. A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milán, 2009.

[16] V. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, Barcelona, 1998.

[17] Emblemáticos los tratados de P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, en *Enc. dir.*, IV, Milán, 1959, 220 y ss., y E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit. Conforme a los resultados obtenidos por Cheli v. M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, en *Enc. dir.*, XIX, Milán, 1970, 289. Pero, para una reconducción del acto político a la dirección política, ver E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milán, 1950, 139. Más recientemente, v. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padua, 1983. Otra cuestión, aunque conectada, en cuanto que de ella depende la misma configurabilidad de la categoría de los actos de la alta administración, es la relativa a las problemáticas relaciones entre la dirección política y la administrativa sobre la cual, como se ha señalado, se han opuesto las tesis unionistas (que reconducen la dirección administrativa a la dirección política) y separatistas (que consideran la dirección administrativa subordinada e inmediatamente factible a la política,

Copyleft – Ius Publicum

Hay una especie de río cársico que discurre debajo del atormentado concepto; se trata, naturalmente, del principio de separación de los poderes, también esto notoriamente caracterizado por la historicidad y la relatividad[18]. En este sentido, el acto político es además una prueba de fuego de las relaciones (cambiantes) entre poderes y funciones del Estado, también de nueva acuñación, tal vez en la constitución material antes que en la formal, según una línea evolutiva que, por ahora, puede ser aproximadamente señalada como sigue: legislación-gobierno[19]; jurisdicción-administración; gobierno-administración.

Una prueba de que este último binomio dialéctico (gobierno-administración) probablemente sea la clave de lectura más actual de la cuestión puede hallarse fácilmente en los que hoy en día son los dos tipos más recurrentes de planteamiento del problema en Italia: por una parte, la relación inversamente proporcional con los actos de alta administración, cuyo crecimiento se corresponde con la restricción de los casos de acto político[20]; por otra,

discrecional pero no autocreativo de sus propios fines). Sobre esas tesis, cfr. E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padua, 1988, 81 y ss. y, más recientemente, M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Nápoles, 2009, 81 y ss.

[18] Se permita regresar, incluso para indicaciones bibliográficas sobre el tema, a G. TROPEA, *L' ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, en *Dir. proc. amm.*, 2011, 965 y ss. Parece ser muy significativa, sobre este tema, la constatación de que la experiencia occidental al principio del siglo XIX no tuviera como único modelo, el francés, que nace desde la especialidad de la administración, sino también otros, que aunque sufran la influencia del modelo francés, se concentraban en la garantía del ciudadano. A esta última subordinaban cualquier canon de especialidad. Referencia a la Constitución de Cádiz de 1812. Sobre este tema véase J.C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires-Madrid, 2009, 65 ss., mencionado también por A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, en *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, editado por F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milán, 2013, 6.

[19] Se centra particularmente en este aspecto G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milán, 1984.

[20] Véase G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., esp. 174 ss. Más recientemente v. C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, en *Dizionario di diritto pubblico*, dirigido por S. Cassese, Milán, 2006 , I, 516 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., 121; M.P.

Copyleft – Ius Publicum

la cuestión del carácter político de algunos actos del ente local[21], especialmente después de la reforma del Título V de la Constitución italiana de 2001 y la ley constitucional nº 1 de 1999, según una versión en este caso no solo tradicionalmente «horizontal» del principio de separación de poderes.

Salvo que, como demuestran estos ámbitos, perdura la invariante de la tutela jurisdiccional, que con la entrada en vigor de la Constitución se caracteriza, *ex* art. 113, por su indefectibilidad[22], ulteriormente reforzada hoy por la importancia de la efectividad de la tutela y del derecho de acceso al juez (art. 1 c.p.a; art. 6 CEDH)[23], cuyo alcance, como se ve, junto con la afirmación de una idea nueva de la relevancia de la dirección política en la constitución material[24], ha determinado una exégesis jurisprudencial restrictiva y constitucionalmente orientada del acto político, ya no configurado como acto

GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 95 ss.

[21] Véase V. FANTI, *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, en *Dir. e proc. amm.*, 2008, 433 ss.; V. CINGANO, *Riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le Regioni e gli Enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, en *Quad. reg.*, 2009, 820 ss.

[22] Véase F. SAITTA, *Art. 113*, en *Commentario alla Costituzione*, editado por R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, III, 2136 ss.; ID., *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, en*www.giustizia-amministrativa.it*, y ahora en *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milán, 2012; R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, en *Dir. proc. amm.*, 1988, 517 ss.

[23] Sobre el artículo 6 CEDH, v. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, 249 ss. Más recientemente: M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDH per il procedimento e il processo amministrativo*, en *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 ss.; F. MANGANARO, *Il meritevole di tutela nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, en G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, F.F. Tuccari, F. Vetrò (ed.), *Il «meritevole di tutela»: scenari, istituzionali e nuove vie di diritto*, Nápoles, 2012, 165 ss. Pero, como veremos, en este punto, la CEDH ha adoptado una discutible posición con respecto al acto político; evidentemente se alude a la sentencia del 14 de diciembre de 2006, Markovic c. Italia, sobre la cual v. *infra*.

[24] Por descontado el reenvío a C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, y en V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, en *Studi urbinati*, 1939, 55 ss. Sobre tal historia doctrinal, M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 69 ss.

Copyleft – Ius Publicum

administrativo[25] o, como mucho, entendido, para ser fieles a la tradición disciplinaria, bajo el perfil de las condiciones de admisibilidad de la tutela judicial[26].

Si lo que acabamos de observar es cierto, si por tanto la invariable de fondo está representada por el elemento de la fiscalización jurisdiccional del acto, se sitúa en el centro de la cuestión al juez y su «política» jurisprudencial[27].

No obstante, una afirmación de este tipo, aunque no resulta nueva[28], debe ser probada, y el único modo de intentar hacerlo es, a nuestro juicio, emplear juntos el enfoque histórico y el comparado, y de este modo hacer, como se ha dicho, una elección de método respecto a los diferentes planteamientos que han rivalizado en los diversos ordenamientos por la definición y resolución del problema.

En dicho sentido, podemos distinguir concepciones afirmativas y concepciones escépticas o negativas[29], o según otra versión clasificatoria, concepciones subjetivas, objetivas e historicistas, en cuyo ámbito podrían incluirse también las teorías negativas[30].

Más recientemente, la doctrina ha vuelto sobre el argumento, ha puesto de relieve las persistentes aporías lógico-jurídicas de la categoría y ha expuesto la inconstitucionalidad del art. 7, párrafo 1, c.p.a., con una invocación a la necesidad de «empezar» por el examen

[25] En este enfoque, sin embargo, E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, en *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 265 ss., 486 ss.

[26] Véase E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, en *Foro amm.*, 1947, II, 15 ss.; A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, en *Giur. compl. cass. civ.*, XXII, 1946, II, 521 ss. En esta línea, pero más recientemente, D. VAIANO, *Gli atti politici*, en *Codice della giustizia amministrativa*, editado por G. Morbidelli, Milán, 2005, 207 ss.

[27] Véase S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 413 ss.; M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bolonia, 1969.

[28] Quedándose por el momento a la doctrina italiana: A. DE VALLES, *Sulla teoria degli «atti politici»*, en *Annali Univ. Macerata*, 1929, V, 1 ss. Más recientemente véase A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico*» *e interesse pubblico*, cit., 311 ss.

[29] De acuerdo con tal esquema procede, por ejemplo, el amplio análisis comparativo de N. GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, cit., *passim*.

[30] Para ver esta configuración, en cambio, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 38.

Copyleft – Ius Publicum

de eventuales situaciones subjetivas involucradas, manteniendo así constitucionalmente compatible la categoría en los únicos casos donde la exclusión del control del juez sea constitucionalmente impuesta[31].

Con el fin de desarrollar el planteamiento anteriormente expuesto, en los próximos párrafos consideraremos brevemente, antes de nuestra realidad, la evolución histórica de la problemática en dos ordenamientos afines como el francés y el español, siendo necesario excluir, en aras de una mayor brevedad y claridad expositiva, las consideraciones sobre otros ordenamientos[32] (Parte I).

Terminaremos nuestra investigación examinando las tendencias jurisprudenciales más recientes de nuestro ordenamiento que, si bien en la lógica restrictiva antes mencionada, dan muestra todavía de algunos cabos sueltos (Parte II).

La evolución del problema en Francia y España constituye una premisa muy útil para poder analizar con posterioridad el debate doctrinal y jurisprudencial en Italia. De hecho, permitirá considerar que nuestra jurisprudencia más reciente está profundamente influenciada por aquellos modelos y realizar algunas observaciones críticas sobre los límites y ocasiones (perdidas) con motivo de tal influencia.

En particular, aparte del justo reconocimiento histórico de otorgar a Francia el nacimiento del concepto (cuyas razones parecen subsistir, *mutatis mutandis*, incluso en nuestros días), se tratará de considerar un recorrido común, caracterizado por la tendencia a basar la no impugnabilidad del acto político los mismos mecanismos que generalmente se relacionan con la no impugnabilidad de los actos de la autoridad pública, y reconstruir la

[31] Véase F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 87, que desarrolla algunas ideas ya presentes en G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, en *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, 4.

[32] Para un análisis más profundo, donde se tienen en cuenta también algunas tendencias en los países de *common law*, cfr. G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, en *Dir. amm.*, 2012, 358-368.

Copyleft – Ius Publicum

figura de tal modo que la sustracción del acto al control jurisdiccional no constituya una verdadera y propia derogación de los principios que rigen esta materia[33].

Además, intentaremos dar cuenta de cómo, aunque los *dicta* jurisprudenciales sobre caracteres del acto político ya estén regulados, pueden permanecer abiertas tendencias de «política» jurisprudencial, tal vez con respecto al problema del acto «interno» o «separable», especialmente en las relaciones internacionales, en la aproximación negativa basada en la carencia de las condiciones de la acción en el caso en cuestión (legitimación / interés para recurrir)[34] o considerando la desvalorización del carácter político de la elección frente a su carácter técnico-discrecional. En estos ámbitos, la «política» jurisprudencial del juez administrativo tiene todavía, probablemente, mucho que decir.

En conclusión, se considera que recientemente nuestro juez constitucional ha tenido modo de intervenir en el tema y ha resuelto una cuestión relativa al debatido caso del nombramiento de los asesores por parte del Presidente de una Junta regional, en el caso de estatuto que incluya normas en materia de igualdad de oportunidades. Se trata de un pronunciamiento muy relevante porque, además de intervenir en un tema sobre el que se debate mucho actualmente, parece contener algunas consideraciones nuevas sobre el tema que no pueden dejar de mencionarse.

Tal como veremos, las nuevas indicaciones provenientes del Tribunal Constitucional, que ha inspirado la jurisprudencia administrativa más reciente, parecen evocar el dato normativo de otros países (sobre todo de España), aunque en contra de diversas disposiciones procesales.

[33] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico*» *e interesse pubblico*, cit., 312.

[34] Véase A. CASSATELLA-F. CORTESE, *Sul referendum abrogativo e sulla giustiziabilità dei suoi tempi (osservazioni a margine di Tar Lazio, Sec. II bis, ord. 8/4/2011, n. 1302)*, en *www.forumcostituzionale.it*.

Copyleft – Ius Publicum

Si bien esto confirma, por un lado, la importancia del análisis comparado para esta temática, por otro lado, demuestra la persistente centralidad de la jurisprudencia, más que del dato normativo, en la construcción de la categoría del acto político.

De hecho, como veremos, precisamente la doctrina española, aunque subraye en ocasiones el carácter controlable del conjunto de los actos de gobierno por parte del juez, corre el riesgo de establecer una intervención excesiva de este último en la función del gobierno, acaba interpretando el acto político más como momento de autolimitación judicial que como expresión de la forma de gobierno (análogamente a lo que sucede en Estados Unidos en lo que concierne a las llamadas *political questions*)[35].

Por tanto, el acto político se determinaría por la jurisprudencia, no en base a criterios predeterminados, sino caso por caso, a título de *self restraint* judicial, y la remisión al mismo se revelaría como una especie de artificio retórico[36].

Por otra parte, el mismo se configura como una excepción persistente de los distintos ordenamientos considerados, en los que la figura del juez no solo «determina» el acto político a título de *self restraint*, sino que, por el contrario, tiende a menudo a delimitarlo, sometiendo el acto al control, aunque «débil», ya que, en todo caso, el mismo se caracteriza por una fuerte discrecionalidad.

PARTE I

3. EL ORIGEN FRANCÉS Y SU DESARROLLO.

[35] G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, cit., 358-365.

[36] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico*» *e interesse pubblico*, cit., 319.

Copyleft – Ius Publicum

Como se ha dicho, en Francia es donde la noción del acto político *(acte de gouvernement)* se manifiesta por primera vez[37]. Ya hemos observado que la cuestión originariamente es toda interna a la justicia administrativa. Digamos ahora, mejor, que en aquella época se trataba de configurar el modo de ejercicio de las competencias reconocidas en el órgano vértice de la justicia administrativa. Nos encontramos en los años de la Restauración, periodo en que el Consejo de Estado francés es visto con profunda desconfianza debido a la caída del Imperio Napoleónico, con el cual el Consejo de Estado estaba profundamente vinculado.

En este clima de hostilidad se observa una doble restricción de las atribuciones del juez administrativo: por un lado, se atribuyen una serie de funciones al juez ordinario, y por el otro, las cuestiones de mayor importancia política pasan a los órganos de la administración activa.

Por consiguiente, el nacimiento del concepto es *éminemment prétorienne*[38] y se remonta a 1822 (*arrêt Lafitte)*, cuando un concesionario de la princesa Borghese reclamó el pago supletorio de una renta en dotación conferida por Napoleón a la princesa. El Consejo de Estado se declaró incompetente «considérant que la réclamation tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement». A continuación, el campo se extendió a los *actes de guerre*, a los *traités diplomatiques*, a las reclamaciones de las antiguas dinastías[39].

[37] Lo recuerda E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 267, y más recientemente, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 3; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 3. Véase también J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 74 ss. Sobre el origen del acto político en Francia, v. P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, 30 y ss. M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, 1935, 95 y ss.

[38] C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 4.

[39] Para una lista de las sentencias del Consejo de Estado que durante el periodo del Segundo Imperio desestiman la apelación sobre la base de que el acto impugnado recae en la categoría de *actes de gouvernement*, v. G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit.,

Copyleft – Ius Publicum

En esta primera fase de desarrollo se afirma la *théorie du mobile*[40], o del móvil político del acto, o de la causa subjetiva, según la cual cualquier acto de la administración, en caso de estar inspirado en motivos políticos o de que persiga finalidades de orden político, asume por ello solo la naturaleza de acto político o de gobierno y se somete así al control de los órganos de justicia administrativa[41].

Como se ha observado exactamente, indagando sobre la naturaleza del acto, el concepto se convierte en un instrumento de «política» jurisprudencial que el Consejo de Estado emplea para manejarse en sus relaciones con un Gobierno fuerte y autoritario[42]. Por otra parte, esto terminó por consentir que el Gobierno, de acuerdo con la simple declaración de que en el acto tienen que ver motivos políticos, determine la inmunidad del mismo[43].

Cabe mencionar, por otra parte, que la óptica procesalista, si bien es importante, no se ha juzgado suficiente para ilustrar la naturaleza de los actos en cuestión, ya que se ha considerado que solo una investigación sobre la colocación en el sistema de las fuentes de los *actes de gouvernement* pueda llevar a esto, naturalmente en el marco de la problemática del reparto de la potestad normativa entre el Parlamento y el Gobierno[44].

Con el paso del sistema de la *justice retenue* a aquel de la justicia delegada, con la ley 24 de mayo de 1872 y, por tanto, con la llegada de la Tercera República, en un clima de mayor peso del principio de legalidad, se abandona la teoría del móvil y se afirma una nueva, la de la «naturaleza» del acto, según la cual se busca identificar una línea de demarcación

84. Para un extenso análisis reciente (también) en la jurisprudencia francesa relativa a los actos de gobierno, v. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, cit., esp. 181 y ss.

[40] Véase G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif applique*, IV, París, 1855, 10.

[41] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 6.

[42] E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 272.

[43] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 6.

[44] Así G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit., 90, 106, que sostiene, por tanto, que no existe una noción jurisprudencial de acto de gobierno en el sistema de justicia retenida.

Copyleft – Ius Publicum

más nítida entre actos políticos y actos administrativos, que precisamente se diferenciarían por el hecho de estar relacionados con dos actividades (gobierno y administración) de distinta naturaleza[45]. El primer pronunciamiento que se recuerda sobre el tema es el famoso *arrêt Prince Napoleon* de 1875[46].

Por otra parte, en esta fase, el binomio gobierno-jurisdicción subraya bajo el perfil de la competencia que se debe declarar la politicidad del acto. Por consiguiente, se ha observado que la «naturaleza» del acto comparte con la del móvil el carácter aleatorio y metajurídico, solo que en el primer caso la determinación del acto político es atribuida al juez, a partir de un listado que ha ido formando gradualmente la jurisprudencia que decide, caso por caso, sobre la naturaleza del acto[47].

La teoría de la naturaleza del acto evolucionará y se perfeccionará en Italia, en aquella de la causa objetiva que, sin todavía aislar la actividad de gobierno como forma de

[45] Véase E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 7. En la misma época, no es una casualidad si en Francia se elaboraba el concepto de acta autoritativa. V., sobre esto, R. CAVALLO PERIN, *L'elaborazione dell'atto di autorità in Francia*, en *Annuario 2011 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Nápoles, 2012, 265-284.

[46] El recurso fue interpuesto por el príncipe Napoleón José Bonaparte en contra de la decisión del ministro de la Guerra, que se negó a reintegrarlo en el ejército, del que fue expulsado después de la caída del Segundo Imperio. El Consejo de Estado, aunque no acepta la apelación, rechaza la excepción de inadmisibilidad sobre la base del carácter político del acto. El Consejo de Estado señala que, para establecer un acto político, no es suficiente la resolución del Consejo de Ministros, o que esté motivado en un interés político, reivindicando la tarea de verificar, caso por caso, la efectiva existencia del carácter de naturaleza política. Posteriormente, en el Duc d'Aumale et du Prince d'Orleans 20 de mayo de 1887, el *commissaire de gouvernement* Marguerite aclara aún más el alcance de la nueva dirección, que indica que el propósito político que llevó a un representante de la autoridad pública a realizar un acto en particular no quita, a este último, el carácter administrativo si aquel acto es por su naturaleza un acto de administración. Sobre tal jurisprudencia, véase G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit., 112 ss.

[47] E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 274.

Copyleft – Ius Publicum

actividad estatal distinta de la actividad administrativa, considera políticos aquellos actos caracterizados por la consideración del interés general del Estado en su unidad[48].

Pero detengámonos por el momento en el debate francés sobre el *acte de gouvernement.* Distingamos, pues, entre tesis que admiten y tesis que niegan el acto político. Cabe recordar, por otra parte, cómo un punto de encuentro entre estas dos maneras opuestas de ver el acto político en la doctrina francesa a menudo se da por la atenuación de los efectos del acto de gobierno en el plano de la responsabilidad patrimonial[49].

En el examen de los autores que admiten la existencia del acto político, se puede distinguir a su vez entre quien considera el acto político como categoría «política» y quien por el contrario busca darle una definición jurídica.[50] Además, puede haber otros tipos de clasificación, tal vez sobre la base de la importancia subjetiva, objetiva o histórica de la categoría. Finalmente, como veremos, muchos estudiosos, también entre los más influyentes, como testimonio de la dificultosa clasificación del concepto, han cambiado varias veces de opinión en relación al mismo[51].

Aquellos que consideran el *acte de gouvernement* como categoría «política» tienen un punto de partida común: si el juez se abstiene de conocer determinados actos es por las repercusiones políticas que puede haber. El fundamento que se da desde el punto de vista político es diferente. Hauriou, que además volverá a revisar más veces sus tesis sobre el asunto, en un primer momento identifica su fundamento en la razón de Estado[52]. Hay quien,

[48] Véase O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Nápoles, 1912, 339-343; O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti politici (o di Governo)*, en *Noviss.dig.it.*, I, 2, Torino, 1958, 1511 ss. Siguió esta teoría también S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1930, 4-5.

[49] Véase N. GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, cit., 130. En la doctrina francesa, sobre las razones favorables a la responsabilidad patrimonial del Estado, también en caso de actas de gobierno, v. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public géneral*, París, 1911, 400.

[50] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, cit., 90 y ss.

[51] Emblemático en este punto, como veremos más adelante, el camino de M. Hauriou.

[52] M. HAURIOU, Notes au Sirey, 1893-3-129, Arrêt Vaudelet et Farand.

Copyleft – Ius Publicum

sin embargo, citan la fuerza mayor[53]. No obstante, un importante sector doctrinal hará referencia al principio de separación de poderes[54]; también Hauriou, más adelante, accede a esta idea, considerando que la teoría del acto de gobierno responda a la necesidad de elevar una barrera frente a las jurisdicciones administrativas, separadas de la administración activa en el sistema de justicia delegada[55].

Pero, ciertamente, la tesis que ha obtenido más éxito, con posterioridad también en la doctrina italiana[56], es aquella según la cual los actos de gobierno son el fruto de la «política» jurisprudencial del Consejo de Estado[57]. Tanto en Francia[58] como en Italia[59], dicha tesis, que se ha asociado a la idea de que el acto de gobierno solo puede definirse empíricamente como el acto comprendido en una lista elaborada por los órganos de justicia administrativa[60], ha sido criticada, en cuanto que en ella se ha vislumbrado una nueva propuesta, por otras vías, de la teoría del móvil político.

Hay quien, sin embargo, denunciando la fragilidad del fundamento político, busca en el Derecho positivo un fundamento del acto de gobierno[61]. Pero, ciertamente, la idea central, que caracterizará más de un siglo de investigación sobre el acto de gobierno, gira en torno al reconocimiento jurídico de una función de gobierno específica, distinta de la

[53] J. DOUCET, *Etude critique de la notion d'acte de gouvernemente et de son application aux matières internationales*, Grenoble, 1910, 84 ss.

[54] T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, I, París, 1897, 87 ss.

[55] M. HAURIOU, Notes au arrêt Gugel, R. Sirey 1895, II, 42.

[56] A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 806 ss.; A. DE VALLES, *Sulla teoria degli «atti politici»*, cit., 11-13; teoría, esta última, descuidada, pero en nuestra opinión muy interesante, ya que se ve a la Junta de Estado como «órgano» no totalmente independiente de los poderes ejecutivos, y destaca la «política» jurisprudencial.

[57] Véase especialmente P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, cit., *passim*; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public géneral*, cit., 77-78; M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, cit., 95-96.

[58] Véase M. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, cit., 324.

[59] Véase E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 274.

[60] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 34.

[61] T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, cit., 29.

Copyleft – Ius Publicum

administrativa, partiendo de la célebre fórmula clásica de Laferrière sobre la distinción entre gobernar y administrar[62]. En el seno de esta corriente de pensamiento se coloca la teoría del acto de gobierno calificado como acto de ejecución directa e inmediata de una disposición formal de la Constitución[63].

Como se expondrá más adelante, esta idea de fondo se abrirá camino también en Italia, sobre todo entre los constitucionalistas, quienes distinguirán, no por casualidad, el acto político del acto de gobierno.

Aquellos que niegan la posibilidad de aplicar un tratamiento jurídico distinto entre los actos del poder público, por un lado destacan la insuficiencia de las tesis que configuran el acto de gobierno como categoría política, y por el otro refutan la idea de la relevancia jurídica del concepto: sea aquella de su fundamento positivo, sea aquella que deriva de la distinción de la función de gobierno de la administrativa.

Respecto a este asunto, cabe considerar lo que apuntó uno de los opositores más célebres del acto de gobierno, el cual lo definió como *introuvable*, consagrándose a un cuidadoso análisis empírico para demostrar su inexistencia: «l'acte de gouvernement est un défi à la raison et au droit, un véritable objet de scandale»[64] .

La teoría negativa, que según algunos parte de las mismas premisas que la empírica, para después llegar a conclusiones más radicales[65], mantiene todavía hoy su actualidad y

[62] E. LAFERRIERE, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, II, París, 1888, 32. En esta pista: L. DUGUIT, *Traité du droit constitutionnel*, II, París, 1928, 306 ss.; M. LE COURTOIS, *Des actes de gouvernement*, París, 1898, 34; R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'aprés les données fournies par le droit constitutionnel francais*, I, Paris, 1920, 259 ss.

[63] R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'aprés les données fournies par le droit constitutionnel francais*, cit., 527; L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, París, 1918, 110 ss.

[64] M. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, cit., 317 ss. Entre los partidarios de la teoría negativa puede citarse H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1926, 115-118.

[65] Por lo tanto: E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 35; J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 98.

Copyleft – Ius Publicum

relevancia. Según esta teoría, no existe una particular categoría de actos sustraída al régimen común a todos los actos del poder ejecutivo; en algunos casos, de hecho, el control jurisdiccional no puede explicarse por razones de imposibilidad jurídica, consistentes generalmente en el hecho de que falta alguno de los presupuestos procesales de aquel control, como la personalidad del sujeto recurrente, el interés personal directo y actual a la impugnación[66].

No obstante, mirando «desde la parte» del poder, y no de la del sujeto recurrente, esta tesis ha sido declinada por algunos, considerando la discrecionalidad absoluta que caracterizaría al acto de gobierno[67]. Esta última referencia ha recibido críticas, pero también ha gozado de un innegable atractivo: baste pensar en la legislación española, donde, con el Reglamento general de ejecución de la Ley de lo contencioso-administrativo de 1888 (Ley de Santamaría de Paredes) hay un claro reclamo a la inmunidad del acto político en cuanto acto discrecional[68].

La doctrina francesa más reciente, como se ha señalado[69], se caracteriza por un cierto inmovilismo: se asienta sobre las tesis tradicionales y, a pesar del gran cambio de régimen constitucional debido a la llegada de la V República con la Constitución de 1958, que como se señala, marca la ruptura con el parlamentarismo clásico y la primacía del ejecutivo entre los poderes del Estado, no hace análisis profundos, limitándose a la exégesis del formante

[66] Véase el punto en E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 35; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 281.

[67] Las propuestas hechas por la doctrina alemana. Ver G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1905, 601 ss.; R. LAUN, *Les actes de gouvernement*, en *Ann. Inst. Int. dr. publ.*, 1931, II, 102 ss., este último con una cierta influencia en el pensamiento de Guicciardi. En Francia, v. L. MICHOUD, *Des actes de gouvernement*, en *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenobles*, 1889, I, 216 ss., que se encuentra comúnmente entre los más importantes exponentes de la teoría negativa.

[68] Véase *infra*.

[69] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 164, a cuyo amplio tratado se reenvía para un examen más detallado.

Copyleft – Ius Publicum

jurisprudencial. Considerando esto último, se llega a la inexorable conclusión de que el acto de gobierno, si bien reestructurado, continúa existiendo en el sistema jurídico francés.

Pensemos en la declaración del estado de asedio o en la más reciente figura del estado de urgencia, en los *pouvoirs de crise* del art. 16 de la Constitución de 1958, en el *droit d'amnistie*, a los actos relativos a las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento en los actos relativos a las relaciones internacionales.

Las decisiones del Consejo de Estado permitan aislar dos dominios en lo que la clásica teoría del acto político mantiene su vigencia en Derecho francés. Éstos son el ámbito de las relaciones internacionales y el de las relaciones entre órganos constitucionales. El reconocimiento de la naturaleza de acto de gobierno lleva al Consejo de Estado a autolimitarse en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad de la actuación administrativa.

Establecidas estas líneas maestras, la labor de delimitación que continúa realizando el Consejo de Estado y la paulatina exclusión del campo del acto político de toda una serie de actuaciones administrativas que, inicialmente, podríamos considerar comprendidas en las excepciones reseñadas, proporcionan interesantes indicios sobre el paulatino convencimiento judicial de la necesidad de poder, al menos, tener acceso a controlar aquellos aspectos más formales, la apariencia de regularidad, de cualquier acto emanado del Gobierno[70].

En el ámbito de esta última jurisprudencia, sin embargo, han nacido las importantes teorías del *acte détachable*[71] o del *acte clair,* que han contribuido de modo determinante a una mejor delimitación y a una progresiva reducción de la inmunidad del Gobierno.

[70] A. BOIX PALOP, *Muerte y resurrección del acto de gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado Francés)*, en *Revista de administración pública*, 2002, 497.

[71] Véase los asuntos importantes: «que Nghia Vo», «Bollardiére de Paris», «Greenpeace Francia», examinados por último por N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 239 ss. Sobre la jurisprudencia francesa que ha elaborado la figura del *acte détachable*, v. P.H. CHALVIDAN, *Doctrine et acte de gouvernment*, en *A.J.D.A.*, 1982. Muy

Copyleft – Ius Publicum

La difícil verificación que el juez es llamado a realizar en estos casos para constatar la eventual importancia «externa» o «interna»[72] del acto, o su «separabilidad», en cuanto acto puntual y concreto, de las decisiones generales de política exterior, refleja una tendencia eminentemente casuística inevitable a acrecentar la «política» jurisprudencial del Conseil d'État[73].

De este modo, se confirma la centralidad de la jurisprudencia a la hora de identificar los límites del acto político, aunque en dirección «inversa» respecto de los orígenes: ahora, de hecho, se trata de delimitar el concepto, mientras que, en un principio, había sido «creado» para reducir los espacios de la tutela judicial.

Por tanto, en Francia se verifica la disolución de la convergencia original entre motivos subjetivos y objetivos, debida en gran parte tanto a la dificultad de relacionar la cualificación de «acto político» con la calidad de los intereses públicos tutelados por el mismo, en un contexto de pérdida de soberanía del Estado (tanto hacia el exterior como hacia

importantes también: Conseil d'État 27 novembre de 2000 (*affaire Association Comité tous frères*) y Conseil d'État 25 de septiembre de 1998, que permiten comprobar hasta qué punto la actitud de este órgano de control de la actuación de la Administración francesa está comenzando a arrogarse competencia para enjunciar cualquier acto por mucho que, *a priori*, pueda parecer claramente político. <<No obstante, junto a la constatación de esta innegable reducción de las esferas de inmunidad jurisdiccional, ambas decisiones muestran también la prudencia del Consejo de Estado a la hora de entrar a evaluar las consideraciones de oportunidad que impulsaron al Gobierno a obrar de una determinada manera. La consideración de estas actuaciones come administrativas no supone el traslado de la decisión sobre el fondo a los órganos jurisdiccionales, que atinadamente respetan la competencia del Poder Ejecutivo para evaluar la situación y obrar de acuerdo a las consideraciones de oportunidad en las que estas actuaciones tienen su origen>>: A. BOIX PALOP, *Muerte y resurrección del acto de gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado Francés)*, cit., 504, el cual sostiene que esta reflexión es plenamente trasladable a España.

[72] De acuerdo con la teoría de P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, cit., 62 ss.

[73] Es sabido que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ya, al comienzo del siglo pasado, aplicaba la teoría del acto «separable» para ampliar la posibilidad de impugnación de un contrato suscrito por la administración, identificando la presencia en el caso de un acto administrativo unilateral, «separable»: v. Conseil d'État, 21 de diciembre de 1906, *Synd des propriétaires et contribuables du quartier Corix-de-Seguey Tivoli*, *Rec.* 962, concl. Romieu.

Copyleft – Ius Publicum

el interior) [74], como a la consolidación del principio de efectividad y plenitud de la tutela jurisdiccional.

En dicho contexto, los persistentes casos en que se determina la politicidad del acto parecen poder atribuirse más a una relación de *self restraint* de la jurisprudencia que a la misma esencia de la noción de acto político, como se ha dicho, en profunda crisis. Parece que un fenómeno similar se vuelve a proponer también en España y en Italia.

4. EL ACTO DEL GOBIERNO EN ESPAÑA

El ordenamiento español, si bien profundamente influenciado por la elaboración francesa, de la misma manera que el italiano, y en el mismo periodo, recibe la doctrina del acto de gobierno por vía legislativa, con la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888. Y lo hace de un modo singular, o incluyendo al acto político (*acto de gobierno*) entre las modalidades del poder discrecional, retomando así una teoría francesa que en este sentido reconstruía los caracteres del instituto y las razones de la inmunidad.

Sin embargo, será el art. 4 del Reglamento ejecutivo de la ley de 29 diciembre de 1890 el que expresamente excluya del control jurisdiccional «las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre la que versen pertenezcan al orden político o de gobierno».

[74] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico*» *e interesse pubblico*, cit., 315.

Copyleft – Ius Publicum

El debate sobre el acto de gobierno se inicia en España tan solo a partir del Estado constitucional, ya que, antes, en el Antiguo Régimen, había una profunda confusión entre administración y jurisdicción, así que será necesario esperar al siglo XIX para ver el nacimiento de la administración y de un sistema de justicia gracias a los principios revolucionarios de legalidad y de separación de poderes.

La Ley de Santamaría de Paredes nace como solución de compromiso: los conservadores renuncian al anterior sistema de justicia retenida y, a cambio, los liberales admiten restricciones al control jurisdiccional de la administración. La ley, además, sustituye el sistema precedente de la «lista» de los actos impugnables con una cláusula general de competencia jurisdiccional, y restringe sin embargo la tutela de los actos que fueran ejercicio «de potestades regladas, y vulneren un derecho —y no un simple interés— de carácter administrativo establecido este anteriormente por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo».

Así, todo el ámbito de exceso de poder, que en Francia ya tenía en la época un gran desarrollo, se pone al margen del sistema jurisdiccional. Además, la jurisdicción administrativa es confiada al Tribunal Supremo, que, salvo excepciones, al principio se caracterizó por un ejercicio muy prudente de sus atribuciones. Se observó, pues, lo que sucedió en Francia en el momento de la restauración borbónica, cuando el Consejo de Estado empezó a negar la propia competencia para conocer los actos inspirados por un móvil político.

El acto de gobierno encuentra por primera vez su reconocimiento expreso en el art. 4 del Reglamento de actuación de 1890, en un precepto que después se transfunde en la ley reformada de 1894, donde se considera que las cuestiones que conciernen al «orden político o de gobierno» corresponden a la potestad discrecional de la administración. El elemento clave del sistema, con la Ley de Santamaría, pasa a ser entonces el concepto de discrecionalidad. Por consiguiente, el acto de gobierno, al menos en esta primera fase, no se configura como un acto distinto del administrativo, sino como un acto administrativo considerado incuestionable por su carácter discrecional.

Copyleft – Ius Publicum

Es destacable que, mientras en Francia, a partir del año 1875, prevalece en la jurisprudencia la tesis «objetiva» del acto político, en España, el acto de gobierno se recibe por vía legislativa, pero con un criterio que en la aplicación práctica ha hecho prevalecer durante mucho tiempo el aspecto subjetivo del fin político, como demuestra la utilización de la categoría en cuestiones que resulta muy difícil considerar estrictamente políticas: medidas de seguridad derivadas del uso de poderes de la policía, salud e higiene, potestad tributaria, resolución de problemas sociales especialmente relevantes, concesiones administrativas y organización de los servicios generales del Estado o del ejército, actos del Gobierno sobre la administración y el gobierno locales[75].

En cuanto a los actos relativos a las relaciones internacionales, es necesario destacar cómo la casuística jurisprudencial, a diferencia de Francia, en España aparece muy reducida cuantitativamente, al menos hasta la mitad del siglo XX, y ese debe presumiblemente al aislamiento internacional que ha caracterizado a España durante mucho tiempo, primero a causa de la Restauración borbónica, después por la dictadura franquista[76]; por otro lado, en las relativamente pocas ocasiones donde el juez es llamado a intervenir, este declara sistemáticamente su propia incompetencia, sin recuperar de Francia la teoría del *acte détachable* o del *acte clair*, que habría permitido un control sobre los eventuales elementos «reglados, internos y administrativos», escindibles de la decisión política.

[75] Véase N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 322 ss. Sobre el acto político en España véase, además, J. MANUEL RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *Acto político y control jurisdiccional*, en *Actualidad administrativa*, Nº 5, 1996, págs. 103-122; F. JAVIER GARCÍA GARCÍA-SOTOCA, *Los Actos Políticos del Gobierno: ¿Límite negativo de la jurisdicción?*, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 14, sept. 2002 [documento *on line*]; C. DOMÍNGUEZ LUIS, *Poder judicial: actos de gobierno y su impugnación*, Edit. Iustel, Madrid, 2006; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Madrid, 2009.

[76] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 376. Además, la doctrina española no se preocupó mucho de las relaciones internacionales porque excluyó que la Administración tuviera como misión la dirección política de las mismas relaciones. V. A. POSADA, *Tratado de derecho administrativo según las doctrinas filosóficas y la legislación positiva*, (Tres volúmenes), Madrid, 1897-1898, 460.

Copyleft – Ius Publicum

Con la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 se modifica profundamente la concepción tradicional del acto de gobierno. Este ya no se considera una tipología de acto discrecional, sino un acto ontológicamente distinto del administrativo, siendo la función administrativa distinta de la política, encomendada tan solo a los órganos supremos estatales.

El art. 2.b) de la ley excluye expresamente de la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa».

Puede resultar interesante destacar cómo, a pesar de la intención legislativa de pasar de una acepción subjetiva a una objetiva de acto de gobierno, en la práctica, siendo además la indicación meramente ejemplificativa y abierta, contenida en el art. 2.b), en los primeros años de la ley, en pleno régimen franquista, la jurisprudencia hace entrar en la categoría de los actos de gobierno actos claramente administrativos[77].

Por otro lado, desde un punto de vista técnico, esta tendencia era favorecida por el perverso sistema del recurso administrativo, que dejaba al acto administrativo susceptible de revisión en última instancia delante del Gobierno, así que «en un macabro juego de malabarismo jurídico»[78], un acto administrativo, por el hecho de pasar, a través de apelación, por el Gobierno, terminaba por «transformarse» en acto político.

[77] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 396. Sobre el mismo aspecto véase también M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los actos políticos del Gobierno en el derecho español*, Presidencia del Gobierno, colección Estudios, Madrid, 1978, 48.

[78] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 399. Muy crítico ante esta tendencia es, entre otros, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, 966.

Copyleft – Ius Publicum

Dadas las implicaciones del contexto político franquista, la unidad del poder y la concentración de las funciones sobre el jefe de Estado, la concepción «panadministrativista» del Estado y la confusión entre Gobierno y administración, «la última ratio de los actos políticos en el Derecho español era que la voluntad política del jefe de Estado no pudiera ser controlada por el Tribunal Supremo»[79].

Por otra parte, con la entrada en vigor de la ley de 1956, se abre en la doctrina española el debate sobre el acto político, naturalmente siguiendo las líneas directrices de la doctrina francesa. También en España, por tanto, se asiste a un encendido debate entre defensores de la tesis negativa y defensores de la positiva.

Entre los primeros se encuentra, naturalmente, García de Enterría, con su fundamental obra *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*.[80]

Estos, partiendo de la premisa según la cual no es configurable ninguna distinción entre función política y administrativa[81], consideran que la evolución de la noción de acto de gobierno en Francia es la prueba más evidente de que este tipo de acto no tiene ningún fundamento. Según el ilustre autor, desde la teoría del móvil, pasando por la de la naturaleza del acto, hasta llegar a la de la lista jurisprudencial, la doctrina del acto político «ha desaparecido en el Derecho francés», como en el italiano y en el alemán. En los casos de

[79] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 400.

[80] E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, en *RAP*, n. 38, 1962, 180-195.

[81] Premisa que hoy en día tiene sus seguidores también en una influyente doctrina italiana, particularmente crítica con la persistencia del acto político en el orden constitucional actual: v F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, en *www.giustamm.it.* V., en la misma línea, también F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 87. Sin embargo, es necesario recordar que en Italia el rechazo de la efectiva subsistencia de una cuarta función del Estado, denominada política o de gobierno, no siempre ha conducido a la negación del acto político. Así que no ha sido, por ejemplo, para los partidarios de la tesis de la causa objetiva, que negaban la autónoma relevancia de la función política, señalando que los actos políticos se manifiestan en las «formas» propias de actos reconducibles a las funciones del Estado. Véase O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti politici (o di Governo)*, cit., 1512.

Copyleft – Ius Publicum

relaciones internacionales, o en las relaciones entre Parlamento y Gobierno, el único motivo de exención jurisdiccional se da por el hecho de que, simplemente, este tipo de actos «no proceden, con toda claridad, de la Administración como persona», y por ello no están sujetos al Derecho administrativo, sin poder vulnerar directamente un derecho subjetivo[82].

Se ha observado que tal tesis, impecable desde un punto de vista abstracto y teórico, puede ser válida para un Estado de derecho, que el régimen franquista de la época, a pesar de su nombre, no era[83]. Por otra parte, había también autores, no por casualidad constitucionalistas, que quizás con más realismo admitían el acto político, en general argumentando a través de la distinción entre función administrativa y función de dirección política o de gobierno[84].

La jurisprudencia, como se ha dicho, aparecía poco influenciada por la doctrina, sobre todo por la negativa. Las tesis doctrinales reclamadas, realmente con poco dogmatismo, eran más bien reconducibles a aquellas que admitían el acto de gobierno sobre la base de la diferencia entre función política y la función administrativa.

Por otra parte, como se ha visto, en jurisprudencia, con el régimen de la época, se observa una marcada *deference* del Tribunal Supremo, que en este contexto, a veces reclamando la tesis del acto político como ejecución directa de disposiciones constitucionales, otras veces argumentando en torno al carácter no exhaustivo de la lista del

[82]Ver también J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 107 ss., el cual sostiene en ese sentido que el artículo 31 t.ú. Cons. Estado es una disposición superflua, de manera que, en lugar de acto político, sería mejor discutir de acto constitucional o de acto internacional (el autor también considera que la investigación llevada a cabo en torno a la legislación italiana es extensible, en sus resultados, a aquel español); L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *Las sanciones de orden público en el derecho español*, Madrid, 1973.

[83] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 417.

[84] Véase L. SÁNCHEZ AGESTA, *Concepto jurídico del acto político (Los nuevos límites de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en *Homenaje a Nicolás Pérez Serrano*, II, Madrid, 1959, 193; J.M. BOQUERA OLIVER, *Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa*, en *RAP*, n. 40, 1963.

Copyleft – Ius Publicum

art. 2.b) LJCA, termina en realidad por volver a situar en el centro la tesis del móvil político, como demuestra claramente la jurisprudencia en materia de seguridad interna del Estado y de orden público[85].

En definitiva, el Tribunal Supremo parece comportarse como nuestra Casación, que, durante el régimen fascista, desempolva en 1927 la tesis del móvil político, mientras que, como se apunta, el Consejo de Estado generalmente ha sabido dar prueba de mayor independencia frente al Gobierno.

De hecho, a comienzos de los años 60, el Tribunal Supremo rectifica la doctrina del móvil político sobre la base de dos observaciones fundamentales: el art. 2. b) LJCA habla de «actos políticos del Gobierno» donde «Gobierno» está escrito con mayúscula, si bien se refiere subjetivamente a los actos adoptados por el Consejo de Ministros. Además, sobre la base del Preámbulo de la ley de 1956, se aprecia la distinción entre función política y función administrativa, por lo que la primera incluye tan solo las grandes decisiones que conciernen al Estado, no simplemente actos administrativos que afectan a una o más personas, como por ejemplo una sanción de orden público[86].

Superada la dictadura, doctrina y jurisprudencia son llamadas a enfrentarse a la Constitución de 1978. Esta impone una renovada reflexión sobre el concepto de acto de gobierno, relacionado con varios principios nuevos y conceptos que allí se afirman: la nueva forma de Estado, social, democrático y de derecho, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva (art. 24), el vínculo al derecho de todos los poderes públicos, el sistema de responsabilidad de los poderes públicos y la recuperación del principio de separación de los poderes.

[85] Para un análisis de la misma, ver N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 436 ss. Importante, sobre este mismo asunto, la precedente obra de L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *Las sanciones de orden público en el derecho español*, cit., 79 ss.

[86] Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 2004, 582.

Copyleft – Ius Publicum

Se manifiesta, entonces, una separación teórica entre doctrina constitucionalista y administrativa: mientras que la primera hace hincapié sobre todo en la ubicación constitucional del Gobierno como órgano de dirección de la política interna y exterior, y eje de la función de gobierno, la segunda termina por ocuparse sobre todo de las relaciones entre Gobierno y poder jurisdiccional, descuidando las relaciones con el poder legislativo[87]. El Tribunal Constitucional, por su parte, admite la legitimidad constitucional del acto de gobierno, antes implícitamente, y después, con la sentencia n.º 45/1990, expresamente.

Probablemente las dificultades reconstructivas encontradas por la doctrina y la jurisprudencia españolas en el periodo postconstitucional dependen en gran medida de la no simple conciliación de los principios y valores constitucionales arriba enunciados[88].

Los partidarios de la persistencia del acto político, transformado (no por casualidad) en acto de gobierno, argumentan en torno al cambio del Estado, convertido en democrático, y destacan la nueva legitimación democrática del Gobierno, responsable ante el Parlamento, la necesidad en un Estado social, que ve multiplicarse sus propias responsabilidades, de una función de gobierno distinta de la función administrativa. Además, se apunta que el art. 106 de la Constitución limita el objeto del control jurisdiccional de la acción del poder ejecutivo a la «potestad reglamentaria» y a la «actuación administrativa», y se considera, por tanto, que

[87] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 449. La Constitución de 1978 va a ser muy importante también en la revalorización del objetivo de desviación de poder, aunque sea codificada en la ley sobre los tribunales administrativos de 1956 (artículo 83, párrafo 2), había sido degradado por el formalismo de la ley bajo el régimen de Franco. Sobre este punto, M. ATIENZA-J.R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bolonia, 2004, 100, muchas referencias al estudio de C. CHINCHILLA, *La desviación de poder*, Madrid, 1999. Sobre el tema, recientemente, T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Sobre los límites constitucionales del poder discrecional*, en *www.ius-publicum.com.*

[88] Así lo demuestra la reconstrucción clara y completa de N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 452 ss. Argumenta que hoy en día, a pesar de la Constitución de 1978, la teoría del acto de gobierno en España ha tenido una «sorprendente recuperación», J.B. VERA, *Imparzialità vs. indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, en *Dir. amm.*, 2007, 25.

Copyleft – Ius Publicum

el control no puede implicar toda la actividad del Gobierno, si acaso fiscalizable a través de canales alternativos, del control político al operado por el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, hay que enfrentarse a la histórica afirmación del Estado de derecho y con sus correspondientes representantes del principio de legalidad y de la «universalidad de la protección jurisdiccional». La categoría de los actos políticos toda vez promulgada la Constitución de 1978 ha sido puesta en tela de juicio por un importante sector doctrinal, hasta el extremo de entender con GARCÍA DE ENTERRÍA que el párrafo b) del artículo 2 de LJCA debe considerarse derogado por la CE, por aplicación de los artículos 24, 103.1 y 106.1[89].

En otras posiciones más templadas se entendía que podía mantenerse la existencia de los actos políticos como categoría autónoma, ciertamente desde una acotación estricta de aquéllos[90].

La jurisprudencia postconstitucional tiende a aceptar la tesis objetiva o material del acto de gobierno, entendido como «acto constitucional», o destaca los criterios de la «máxima discrecionalidad u oportunidad», con el fin de identificar el «acto de gobierno *por naturaleza*». Por otra parte, el juez no pierde el poder sobre la cualificación del acto.

Se abre aquí la espinosa cuestión de la valoración sobre los elementos «separables», parecida a aquella francesa de *acte détachable*. Como se ha dicho, en el pasado esta tendencia era estrictamente rara para el juez español. La cláusula constitucional de plenitud y efectividad de la tutela parece desempeñar un papel fundamental al dar al juez la posibilidad de un control más profundo en la verificación de «posibles elementos reglados» del acto de gobierno, salvo para los casos relativos a las relaciones entre poderes constitucionales (por

[89] E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 1995, 555.

[90] J. GARBERI LLOBREGAT, con GIMENO SANDRA, MORENO CATENA Y GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Derecho Procesal Administrativo*, Valencia, 1993, 125.

Copyleft – Ius Publicum

ejemplo, la disolución de las Cámaras, la iniciativa legislativa del Gobierno), donde el juez evita verificar la posible existencia de «elementos reglados»[91].

En la jurisprudencia se ha podido constatar, después de muchas vacilaciones, la apertura no sin dificultades, a una idea de universalización en cuanto al control judicial de cualquier acto que dimane de un poder público, aún cuando no se abandona, admitir una esfera de la actuación de los diversos poderes públicos, que por sus caracteres "ajurídicos", en el sentido de carecer de una determinación normativa ordinaria o de conformar decisiones atípicas, no puede ser objeto de un proceso jurisdiccional.

Véase, por ejemplo, la denegación del derecho de petición por los cauces de la Ley 92/1960 de 22 de diciembre y en virtud del artículo 29 de CE: <<La Constitución al reconocer el derecho de petición no conlleva necesaria y forzosamente el derecho al logro de lo pedido; el derecho de petición, por su naturaleza es abstracto y su contenido concreto y actual viene condicionado en su concesión a la idoneidad y pertinencia conforme al Ordenamiento Jurídico, de suerte que es su aspecto posibilista el que marca la corrección en el actuar administrativo del órgano receptor de la petición>>[92].

La doctrina mayoritaria[93] reconoce que elementos externos al contenido propio de la decisión política (sujeto, competencia, procedimiento, incluso «adecuación al fin») son separables y perfectamente fiscalizables por el juez.

[91] Véase N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 643. En una visión más restrictiva, las relaciones internas que podrían dar lugar a actos de gobierno serían solamente las que se refieren al poder ejecutivo y al poder legislativo. Sobre este asunto, véase A. SAIZ ARNAIZ, *Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *R.A.P.*, 1994, 250.

[92] STS de 31 octubre 1983, R.J. 5294. Para otros ejemplos v. F. JAVIER GARCÍA GARCÍA-SOTOCA, *Los Actos Políticos del Gobierno: ¿Límite negativo de la jurisdicción?*, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, cit.

[93] Véase, por ejemplo, A. EMBID IRUJO, *La justiciabilidad de los actos de gobierno (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor E. García De Enterria*, III, Madrid, 1991, 2721.

Copyleft – Ius Publicum

En jurisprudencia, es muy importante la afirmación contenida en la STS de 26 mayo 1997[94]: <<incluso cuando se trate de actos políticos, la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obliga a asumir el control jurisdiccional, cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben ajustarse los actos de dirección política. Siempre son controlables los elementos reglados o jurídicamente asequibles de los actos de los poderes públicos, lo que determina que una acusación de que el órgano jurisdiccional se ha introducido en el ámbito de la discrecionalidad no es combatible por la vía de denunciar un exceso en el ejercicio de la jurisdicción, sino por el de la infracción de la norma o la jurisprudencia que consagre aquélla discrecionalidad, pues es atributo de la propia jurisdicción fijar los límites de lo discreción al, cuando se sometan a su consideración pretensiones de nulidad de las actuaciones administrativas>>.

Desde esta nueva perspectiva cabe entender fiscalizable por los órganos jurisdiccionales los elementos reglados, por ejemplo, del Decreto publicado en el B.O.J.A. con fecha de 19 de abril de 1994 de convocatoria de elecciones en el Parlamento de Andalucía, en sus condiciones normativas[95]; una moción de censura presentada frente al Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, por infracción del artículo 23.2 de la Constitución en relación con el artículo 201.5 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General[96].

En este sentido, como ha sido apuntado eficazmente, «se establece así una traslación o asimilación entre el control del acto de gobierno y el control de la discrecionalidad de la

[94] R.J. 4532.

[95] Cfr. STS de 14 diciembre 2000, R.J. 555.

[96] Cfr. STS de 26 mayo 1997, R.J. 4532. Para otros ejemplos v. F. JAVIER GARCÍA GARCÍA-SOTOCA, *Los Actos Políticos del Gobierno: ¿Límite negativo de la jurisdicción?*, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, cit.; J. JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*, en *Revista jurídica de Castilla y León*, n.° 26/2012, 71-73.

Copyleft – Ius Publicum

Administración»[97]. El punto esencial que cabe destacar es que en los múltiples casos de duda en la verificación de cuánto haya de político o de administrativo en la decisión, es el juez quien tiene la última palabra, caso por caso, después de haber efectuado un profundo examen sobre la cuestión[98].

Así pues, este parece un aspecto en sí muy relevante. Está claro, además, que tal metodología de fiscalización es más o menos compartida según los diversos presupuestos de partida acerca del fundamento del acto de gobierno en el actual ordenamiento constitucional español. Y se observa que sobre este punto las posiciones no son ciertamente unívocas. Pero de todos modos, la cláusula del «derecho universal al juez» es la que permite a este último una vasta, y a menudo no fácil, apreciación «política» del asunto[99]. Como veremos, también en Italia la jurisprudencia más reciente e influyente parece tomar ese camino.

La LJ de 1998, sin embargo, ha tomado una posición neta sobre el tema, diferente de aquella seguida por nuestro legislador en 2010. Este es un punto muy importante: como veremos, si bajo un perfil estrictamente formal se puede considerar forzada la jurisprudencia italiana más reciente, por otro lado, confirma la centralidad de esta última a la hora de delimitar los límites del acto político, incluso más allá del dato normativo.

[97] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 631.

[98] Véase N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 636, aunque crítica en contra de esta tendencia. Crítico ante esta tendencia es, entre otros, también A. BOIX PALOP, *Muerte y resurrección del acto de gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado Francés)*, cit., 506-507.

[99] Ejemplar bajo este aspecto el hecho jurisprudencial de la «desclasificación» de los documentos del CESID, en que varias sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 han considerado de su propia competencia recursos de contencioso-administrativo formulados contra decisiones que el Gobierno español consideraba incluidas en la categoría de los actos de naturaleza política: v. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 690 ss. Ver también J.B. VERA, *Imparzialità vs. indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, cit., 25 ss., que también contiene la disputa (de entornos del Gobierno español, así como de 13 de los 30 magistrados que asistieron al pleno, que votaron en sentido contrario) la decisión del Tribunal Supremo de Justicia (noviembre de 2006), con el que se anuló un Real Decreto del Gobierno que ordenaba el traslado de la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de Madrid a Barcelona.

Copyleft – Ius Publicum

Una cierta doctrina, propensa a admitir la persistencia del acto de gobierno en el ordenamiento español, pedía una expresa mención de esto en la ley de reforma de 1998, que incidiese sobre la opaca formulación de 1956[100]. Todo ello no ha sido verificado. La ley de reforma del contencioso-administrativo de 1998, en el art. 2.a), contiene una cláusula de inclusión que califica el acto de gobierno, de modo indirecto pero claro, como acto discrecional cuyos elementos «regulados» son fiscalizables por el juez.

De este modo, queda constancia del sello legislativo de esta influyente doctrina que ha predicado desde siempre la inutilidad del acto político: históricamente superado en cuanto contrario a la Constitución española y, en general, a todo el Derecho público europeo, e innecesario, por el contrario, para explicar la inmunidad de los actos relativos a las relaciones internacionales o las relaciones con el Parlamento[101].

[100] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 725 ss. Siguiendo esta línea, algunos consideran que: <<se desenfoca la cuestión, si los arts. 9.1 y 3 in fine y el art. 24.1 se contemplan unilateralmente sin ponderar el principio de separación de poderes y concretamente los arts. 97, 108 y 66.2 CE cuando establece que corresponde a las Cortes Generales el control de la acción del Gobierno y que a su vez, este responde solidariamente ante el Congreso de su gestión política, en definitiva a nuestro juicio es harto dudoso desde el marco normativo constitucional la pretendida retirada de los actos políticos como categoría y por tanto como una realidad autónoma y diferenciada de las potestades administrativas, actos o decisiones de gobierno cuyo ejercicio corresponde al Gobierno de la Nación (Consejo de Ministros) o a los Consejos de Gobierno de las diversas Comunidades Autónomas>>: véase F. JAVIER GARCÍA GARCÍA-SOTOCA, *Los Actos Políticos del Gobierno: ¿Límite negativo de la jurisdicción?*, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, cit., 10.

[101] Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., 584. Sin embargo ni la praxis, ni la jurisprudencia y la doctrina en donde no existe ni mucho menos unanimidad a la hora de constatar la franca retirada de la categoría del acto político, parecen certificar dicha retirada. Así y respecto del art. 2 a) LJCA se ha dicho que <<lo absurdo de la redacción vigente pretende justificarse en la exposición de motivos de la Ley con una tesis radical y no amparada ni por la doctrina mayoritaria ni por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo. En efecto, pretende la citada exposición que el concepto de acto político resulta inadmisible en un Estado de Derecho, y, por si alguna pudiera caber al respecto, se señala en términos positivos, una serie se aspectos sobre los que en todo caso será siempre posible el control judicial>> (F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, 1998, 92). El mismo autor constata como el acto político se admite en otros Estados de Derecho.

Copyleft – Ius Publicum

Sin embargo persisten, incluso en la jurisprudencia posterior a la reforma de 1998, amplios márgenes de interpretación: no existe un criterio pacifico en lo que hace a la desaparición de la categoría del acto político. La inseguridad jurídica derivada de la falta de un criterio determinante para delimitar qué actos son políticos en todo caso, como la ausencia de criterios generales en cuanto a esa revisión para todos los que se incluyan en esa categoría, es consustancial y insalvable, incluso de existir una enumeración exhaustiva de decisiones con todas matizaciones por parte del legislador[102].

Con posterioridad a la entrada en vigor no se han producido novedades significativas. Por ello, el parecer doctrinal que expusiera la STS de 15 de julio de 1997 será renovado por otras, y tiene perfecta vigencia. Se sostiene que <<el tema del control jurisdiccional del acto político encuentra su formulación en la correcta aplicación de las técnicas judiciales de control en función de la naturaleza de cada acto y que incide directamente en las llamadas técnicas de control de la discrecionalidad, en donde es diferenciable el carácter de la decisión en cada caso adoptado para examinar si tiene carácter jurídico o no, por lo que será necesario determinar si se trata de cuestión en la que prima el conocimiento científico y que aconseja el respeto a la discrecionalidad técnica o bien determinar si estamos ante un acto con un núcleo esencialmente político o dictado por razón de criterios de oportunidad, reconocida legalmente, o ante la necesidad de determinar la realización de prioridades relacionadas con actividad política del sistema democrático, supuesto en el que el control jurisdiccional no puede ser tan intenso y debe conformarse con el examen de los presupuestos de hecho de los aspectos reglados del acto: competencia, causa y fin o, como se dice en el ámbito del derecho anglosajón, la revisión de los aspectos jurídico-procedimentales y el test de racionalidad>>. A lo que cabe añadir, con la STS de 3 de diciembre de 1998, que ese control está sujeto a una graduación en función de las circunstancias que constituyen el contexto de ese acto.

[102] J. JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*, cit., 75.

Copyleft – Ius Publicum

De interés, por otra parte, es conocer lo que sucede cuando el legislador no ha dispuesto elementos reglados o conceptos judicialmente asequibles[103]. Esta cuestión tiene en esa ultima sentencia una valiosa disertación que es conveniente sintetizar. Se afirma una doble idea: principal, sustentada en que por sí sola la noción de los elementos reglados <<no resulta suficientemente sólida para asentar un control riguroso de los actos políticos, puesto que el legislador puede obviar ese control con sólo eliminar la regulación de los citados elementos>>, y de suficiencia, en tanto <no basta la existencia de un elemento reglado para que sin más afirmarse que el acto es susceptible de control, será necesario, además, que concurran otros elementos de conexión con el ámbito administrativo suficientemente relevantes que presuponga un control jurisdiccional, no político, por afectar a derechos de terceros, de tal manera que permitan controlar tal aspecto del acto político y otorguen a aquéllos un interés legítimo en la revocación del acto en cuestión>>.

Con base en esas dos concepciones, <<la técnica del examen de los elementos reglados debe complementarse con otras tales como las del control de la discrecionalidad que nos enseña que debe prestarse especial atención a la motivación de las decisiones y a comprobar si concurre algún indicio de falta de razonabilidad en la decisión, y la técnica del control de los principios y valores constitucionales, reconociendo el carácter capital de los derechos fundamentales a los que deben sacrificarse, siempre que se dé el principio de proporcionalidad exigible, cualesquiera otros derechos>>. Esto es lo que la regulación legal a la postre habilita, bien que la jurisprudencia por la naturaleza del acto entienda, con acierto, que no procede en todo caso[104].

[103] J. JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*, cit., 73.

[104] J. JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*, cit., 73-74. Consideremos los siguientes ejemplos extraídos de la jurisprudencia y reproducidos por el autor citado en la presente nota (al que se remite, en todo caso, para la casuística siguiente y más reciente). La aplicación de los criterios normativos previstos en las distintas normas que regulan la facultad para convocar elecciones otorgarán al acto naturaleza reglada (SSTS de 15 de julio de 1997, de 3 de diciembre de 1998, y de 14 diciembre de 2000). Puede ser interesante notar que en un caso similar la jurisprudencia italiana reciente ha afirmado un principio similar: véase Cons. Est., sec. V, 27/11/2012, n. 6002. Otro tanto sucede con determinados aspectos de la extradición pasiva, pues

Copyleft – Ius Publicum

El pretendido carácter político de un acto de Gobierno, lo mismo que el carácter discrecional de un acto de la Administración, no es un presupuesto de admisibilidad, sino que forma parte de la cuestión de fondo a decidir en sentencia; admitido el control judicial, el tribunal puede revisar los elementos reglados del acto (por ejemplo, la competencia y el procedimiento); pero también al enjuiciar el fondo, puede realizar un juicio de ponderación de los componentes "políticos" de ese acto a la luz de los derechos fundamentales que puedan estar en juego. No se trata de que el Tribunal Supremo sustituya el criterio "político", sino de enjunciar si el mismo lesiona o no derechos fundamentales; y dentro de este enjuiciamiento, si dicha lesión es prevalente o no sobre los bienes que con el "acto político" se pretende amparar[105].

5. BREVE CUADRO DE LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL EN ITALIA. ACTUALES PERFILES DE CRITICIDAD.

según STS de 26 de noviembre de 1999, aunque el control judicial se mueve dentro de unos estrictos límites, más estrechos que en relación con los restantes actos sometidos a control, y el reconocimiento del control sobre los elementos reglados del acto no excluye la vigencia del art. 24.1 de la Constitución, sino que permite que el legislador defina mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos, le corresponde examinar eventuales extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión.

[105] F.J. CORDÓN MORENO, *El Proceso Contencioso Administrativo*, Pamplona, 1999, 62-63. Véase también A. BOIX PALOP, *Muerte y resurrección del acto de gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado Francés)*, cit., 505: <<En este sentido, tanto la evolución de la juriprudencia española anterior a la reforma operada por la Ley 29/1998 come el proprio contenido de la misma, que viene a recoger los frutos de este proceso de decantación jurisprudencial, permiten detectar el reconocimiento de unas esferas de actividad gubernamental con unos perfiles y carateres proprios, que pueden identificarse con los clásicos actos políticos. Pero de esta diferenciacíon no se derivan consecuencias radicales, en cuanto a la imposibilidad de un control a cuenta de los órganos jurisdiccionales, sino una mera modulación en la amplitud con la que éste podrá ser realizado (atendiendo únicamente a aspectos reglados, a cuestiones relativas a derechos fundamentales o a las consecuencias en materia de responsabilidad)>>.

Copyleft – Ius Publicum

A la vista de los cursos y transcursos históricos antes brevemente descritos, teniendo en cuenta algunos ordenamientos considerados especialmente emblemáticos, se proponen algunas interesantes invariantes interpretativas.

Como desde hace tiempo se ha destacado, en un primer acercamiento se pueden ligar las distintas concepciones de carácter «subjetivo» a los regímenes de carácter más o menos fuertemente autoritarios, y los de carácter «objetivo» a los regímenes liberales[106]. También en Italia, en la evolución de la doctrina, hemos tenido orientaciones de carácter «subjetivo» y orientaciones de carácter «objetivo»[107].

A los primeros es atribuible no solo la antigua teoría del «móvil»[108], sino también la de la discrecionalidad absoluta[109]. Entre los segundos podemos situar la teoría de la naturaleza del acto, la de la causa objetiva, elaborada justamente por la doctrina italiana, y la de la ejecución de la Constitución.

También en Italia, además, se ha desarrollado en el pasado la orientación «historicista», que niega la posibilidad de una solución dogmática del problema, poniendo de relieve la conexión entre la noción de acto político y los acontecimientos históricos de varios ordenamientos, a la que puede ser, en cierta manera, reconducida también la denominada teoría negativa, que partiendo de las mismas premisas que la teoría empírica, se arroja hacia conclusiones más radicales, que en general se refieren a la idea de que los actos políticos no presentan peculiaridades intrínsecas, sino simplemente son actos respecto a los cuales no es

[106] Véase E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, op.cit., 25. Véase también G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 158, nota 82.

[107] Para un estudio de la evolución de la cuestión en la doctrina italiana, así como E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 27 ss., y, más recientemente, V. FANTI, *L'<<atto politico>> nel governo degli enti locali*, cit., 441 ss.

[108] Véase F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1914, 63 ss.; U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Nápoles, 1931, I, 25-26.

[109] Véase C.F. FERRARIS, *Diritto amministrativo*, Padova, 1922, I, 238.

Copyleft – Ius Publicum

posible el control jurisdiccional, porque faltan en estas hipótesis los presupuestos necesarios para el ejercicio del control jurisdiccional (legitimación e intereses para recurrir, etc.).

Puede ser interesante destacar cómo hoy, frente a un cierto estancamiento doctrinal, la pelota ha vuelto a las manos de la jurisprudencia[110] que, por una parte, tiende a repetir de forma más bien constante aquellos que considera que son los caracteres propios del acto político[111]; y por la otra, teniendo en cuenta estos criterios, parece implícitamente volver a proponer la antigua lógica de la «lista», configurando el acto político en la expresión de relaciones internacionales[112] y en el acto constitucional[113].

Por otro lado, la jurisprudencia, ante la necesidad de efectuar una lectura constitucionalmente orientada del art. 31 t.ú. Consejo de Estado (hoy art. 7 c.p.a) respecto a los artículos 24 y 113 de la Constitución italiana[114], a menudo emplea el razonamiento típico

[110] También debido a la imposición de los principios de la eficacia y la integridad de protección, que aumentan la «política de orientación» de la jurisprudencia, para ser leída en términos de restricción progresiva de la categoría de acto político.

[111] El criterio subjetivo, objetivo y, a veces, como tema de apoyo, un tercer criterio: el de la «libertad en la elección de los fines que se persiguen». Como veremos, se trata de elementos más bien aleatorios, sobre todo el segundo y el tercero.

[112] Literatura sobre el tema: v. A. ROTTOLA, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Bari, 2001.

[113] Véase G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Turín, 2001.

[114] Destaca cómo el tema nunca ha sido sometido al escrutinio de constitucionalidad, F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 85. No por casualidad el tema no es tratado en la revisión a fondo de M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela enun cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, en *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, editado por G. della Cananea y M. Dugato, Nápoles, 2006, 505 ss., o, más recientemente, por el F.G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, en *Dir. proc. amm.*, 2012, 371 ss. Un ejemplo de cómo la lectura constitucionalmente orientada del art. 31 t.ú. Cons. Est. llevada a cabo por el TAR remitente, y cuando en este caso, a través de una interpretación restrictiva basada en el principio de incuestionabilidad de la protección judicial, a excluir de la lista de los actos políticos los procedimientos de disolución de los consejos municipales y provinciales por infiltraciones mafiosas, se ha considerado «plausible» por el Tribunal Constitucional, v. Tribunal Const., 19 de

Copyleft – Ius Publicum

de las teorías negativas, pero adaptándolo a la idea de fondo de la distinción entre función de gobierno y de dirección política y actividad administrativa.

No parece coincidencia que las que son probablemente los dos tratados italianos más importantes y originales sobre el tema[115] consideren en principio válida y teóricamente correcta el planteamiento «historicista»[116] y la negativa[117] (que hemos visto en cierto modo formar parte de una única cepa), pero tomando después caminos diversos. Pero el asunto es precisamente este: emprenden caminos distintos en cuanto a que es distinto el contexto de ordenación en el cual los dos fines perseguidos se encuentran al operar.

Es destacable, además, la diversidad del enfoque del administrativista, que trata el tema sobre el eje administración-jurisdicción, efectuando la interpretación del conjunto dispuesto por los artículos 26 y 31 t.ú. Consejo de Estado, respecto al del constitucionalista que, sin embargo, siguiendo la estela de la enseñanza del maestro Paolo Barile, cumple un recorrido sobre el eje gobierno-administración y se centra, en la parte reconstructiva, en la evolución de la categoría conceptual de dirección política.

Como se ha dicho, esta idea de fondo, ya presente en algunas corrientes doctrinales francesas, se abrirá camino también en Italia, sobre todo entre los constitucionalistas, quienes distinguirán, no por casualidad, el acto político del acto de gobierno, sin seguir la intención de encuadrar los actos políticos en el esquema tradicional del acto administrativo sino

marzo de 1993, n.º 103, en *www.cortecostituzionale.it*. Por otro lado, hoy hay que rendir cuenta de la reciente e importante sentencia, n.º 81/2012, sobre la cual v. *infra*.

[115] A menudo se ha considerado la obra de E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., y de E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit.

[116] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 39.

[117] E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 282.

Copyleft – Ius Publicum

situándolos dentro de la función de gobierno o de dirección política (los llamados actos de gobierno)[118].

Por otra parte, se trata de una idea no abandonada nunca del todo, y hoy actualizada conforme a las exigencias del Estado social y pluralista de derecho[119], en el cual la función de gobierno asumiría una importancia cada vez más fuerte, pero con un fundamento ideológico y axiológico bien diferente del contexto de los años treinta del siglo pasado en que fue elevada a sistema[120].

[118] P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 226; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 43 ss.

[119] En Italia, v. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 184 y ss. Pero la obra que vuelve con más convicción sobre estos aspectos es, sin duda, la de N. GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, cit., *passim*.

[120] Esto, por otra parte, no sorprende tanto, porque si encauzar significa guiar y dirigir hacia una o más finalidades determinadas (véase T. MARTINES, *Indirizzo politico*, en *Enc. dir.*, XXI, Milán, 1971, 135), y por tanto la dirección política es una actividad de dirección de la cosa pública que se identifica en la investigación y en la persecución del interés general, este último, a su vez, es percibido de manera diferente por los diversos actores políticos. Por lo tanto, debe asociar el concepto de dirección política a la variabilidad del contenido de los fondos de las actividades del Estado, y por lo tanto, la afirmación del pluralismo en nuestro sistema. Véase M. DOGLIANI, Indirizzo politico, en *Dig. disc. pubbl*., Torino, 1992, 245. Esta importante observación nos lleva a creer que el concepto de acción política apareció históricamente contingente; así se puede decir de la propia noción de dirección política. Es bien sabido, de hecho, que, más allá de la teoría normativa (Mortati) y la analítica (Martines) de lo político, se han venido afirmando las teorías de la actividad política como actividad vinculada o por lo menos, discernible en «general» y «permanente» vinculado a la Constitución, y «contingente» o de mayoría, que tiene lugar en la escala de políticas simples y que, por tanto, es susceptible de modificarse en el tiempo. La conocida tesis, formulada por P. BARILE (*I poteri del Presidente della Repubblica*, en *Riv. trim. dir. pubbl*., 1958, 248 ss.), se reanuda en la obra contemporánea sobre «actos de gobierno» y los «actos políticos», y es funcional para distinguir entre las dos categorías, la primera puesta en la función de gobierno (en el sentido amplio ahora mencionado), y haciendo confluir los segundos entre los actos administrativos, totalmente fiscalizables ex art. 113 de la Constitución, aunque con los límites dados por el amplio poder discrecional (véase P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 224-226). Eso sí, de acuerdo con esta idea, mientras que todos los actos políticos son actos constitucionales, no todos los actos constitucionales son de naturaleza política, siendo dicho carácter detectable solo en los actos que se caracterizan por un elemento de libertad en el fin (o que sean la traducción sobre el terreno jurídico de las opciones políticas operadas por las fuerzas de mayoría). Véase E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 182.

Copyleft – Ius Publicum

Es necesario considerar si esta historicidad, implícita al mismo concepto de dirección política, no pueda, por un lado, conducir también en este campo a la afirmación de teorías «escépticas», que excluyan la juridicidad del fenómeno o lo configuren, hoy, en potencial contraste con la definitiva adquisición en el constitucionalismo de un poder separado y responsable, respetuoso con los derechos individuales, y por el otro poner en evidencia la crisis de la persistente centralidad de una dirección política estatal, frente a los profundos cambios institucionales que estamos atravesando[121]. Pero retomaremos este punto al final del escrito.

Parece observarse una clara confirmación de cuanto hemos afirmado en la consideración del recorrido de Guicciardi, que en el arco de una década afina su propia tesis, porque se pasa de un ordenamiento estatutario al ordenamiento constitucional[122].

En la primera elaboración, que por su originalidad puede ser considerada una tesis «aparte» en todo el panorama europeo, aunque influenciada por las reconstrucciones alemanas de Laun y francesas de Michoud sobre la discrecionalidad, por cuanto atañe al perfil objetivo, se considera que el acto político pertenece al *genus* de los actos administrativos discrecionales, para después distanciarse en el sentido de que el acto (administrativo) político está vinculado a la única norma sobre la competencia, mientras que para el resto es *necesariamente* legítimo. El acto político ilegítimo, por vulneración de una norma sobre la competencia, simplemente no es un acto político.

Puede resultar interesante considerar cómo Guicciardi, como conclusión de su escueto análisis crítico con el acto político, juzgaba esta ultima opinión como la más

[121] La teoría «escéptica» de la dirección política puede atribuirse a G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padua, 1972, 100. La persistente crisis del acto político, esta vez en su versión de «acto de gobierno», dada la pérdida de la soberanía del sistema jurídico estatal, la aparición gradual del estado de las autonomías, el aumento de la expresión de las técnicas políticas a través de la «mediación», destacada recientemente por A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 315.

[122] El segundo ensayo al que se hace referencia en el texto es E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, cit.

Copyleft – Ius Publicum

«seductora», si bien después se distanciaba siguiendo un planteamiento dispositivo, según el cual: «la negación del problema puede ser la solución de un problema jurídico siempre y cuando el problema no derive del mismo Derecho positivo, como sucede en Italia por el problema de los actos políticos»[123].

Y Guicciardi, que incluso en dicho ensayo alude varias veces a la reconstrucción alemana de Laun sobre la discrecionalidad, no dudará en retomar la tesis negativa a la luz de la entrada en vigor de la Constitución[124], ya que esta tesis era, de todos modos, la que más se correspondía con sus ideas[125], una vez puesta la potencial incompatibilidad entre el art. 31 t.ú. Consejo de Estado y el art. 113 de la Constitución italiana, en cuanto ésta no distingue el acto político del acto administrativo.

Más tarde, a causa de la entrada en vigor de la Constitución y del considerable alcance del art. 113 de la Constitución italiana, se termina sin embargo por acceder a la tesis negativa, además considerada «seductora» en el estudio de 1937[126].

Este planteamiento, basado en la inmunidad del acto por la discrecionalidad que lo caracteriza, y cercano a la de Sandulli, quien, sin embargo, otorga mayor relevancia a la imposibilidad de la lesión de intereses individuales[127], se afirmará a continuación, y sobrevolará la doctrina y jurisprudencia propias[128], acercándose a la otra tesis de la no

[123] E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 283.

[124] Véase E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, cit.

[125] Nota correctamente cómo la teoría de la Guicciardi constituye una variante de la teoría negativa J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 103.

[126] Sobre el acercamiento entre tesis positivas, que reducen progresivamente el margen de amplitud del acto político, y tesis negativas, v. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, 65.

[127] Véase A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, cit., 520; ID., *Il giudizio avanti al Consiglio di Stato*, Nápoles, 1963, 74.

[128] Todavía está presente, incluso en los manuales. Véase, por ejemplo. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 2010, 41; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 107, lo que concuerda con la tesis de lo superfluo del art. 31 t.ú. Cons. Estado.

Copyleft – Ius Publicum

vulneración del art. 113 de la Constitución italiana por parte del art. 31 t.ú. Consejo de Estado, ya que el acto político es algo distinto del acto administrativo, o a la idea más radical de la superfluidad del art. 31, dada por la no configurabilidad de una categoría independiente de actos políticos[129].

Pero si es así, el autor es de la opinión de que la invariante de fondo, aun considerando la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia de otros ordenamientos, pasa a ser la de la «última palabra» del juez sobre el hecho, en su conjunto también en el caso de la teoría del móvil político, según una línea de progresiva evolución -si bien no siempre unívoca y a veces hecha de bruscas frenadas, si no de marchas atrás- que ha visto, con la afirmación del principio de legalidad primero, y de efectividad y plenitud de la tutela judicial después, una creciente centralidad del papel de la jurisprudencia en la identificación del acto político.

Todo ello, naturalmente, no excluye la relevancia del aporte del constitucionalista, pero impone la necesidad de colocar dentro de este cuadro complejo, de la mano del juez, otro factor, cada vez más relevante, el del carácter del acto político, en la óptica de la difícil configuración autónoma de actos del Gobierno *por naturaleza* distintos del acto administrativo. Sobre este punto probablemente se encuentran hoy las dificultades teóricas más fuertes, y las respuestas tienden a diversificarse.

En la jurisprudencia a menudo parece que la distinción *cualitativa* entre actos se dé por supuesta (sobre todo en el elemento objetivo y en el acto político como acto «libre» en sus fines), y precisamente sobre esta se plantea muy a menudo la teoría negativa, dirigida a sostener retóricamente la exégesis constitucionalmente orientada.

Mayores dudas, sin embargo, afloran en la doctrina, además no solo entre los administrativistas, frente al alcance del principio de plenitud y efectividad de la tutela

[129] Véase P. GASPARRI, *Considerazioni entema di atto politico*, en *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, II, 1, 105; ID., *Corso di diritto amministrativo*, I, Bolonia, 1953, 82-83; J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 129.

Copyleft – Ius Publicum

jurisdiccional, que de hecho ha planteado, en un sistema de Constitución rígida, nada menos que la inmunidad de la ley[130].

Si lo anteriormente expuesto es verdad, llegados a este punto se debe considerar necesariamente cómo configura la jurisprudencia italiana el acto político, reflejando también las tendencias más recientes.

Veremos como, ante normas diferentes, se plantean criterios similares de resolución del problema. Esto, que por una parte puede suscitar alguna sospecha al jurista cuidadoso con el rígido respeto de la norma, confirma, por otra, la centralidad de la jurisprudencia en la construcción de la categoría y en la individualización de sus límites.

Llegamos así a considerar la jurisprudencia italiana habiendo acogido dichos puntos comunes en base a los cuales podemos proseguir con el discurso con un mayor conocimiento.

En Francia y en España la «crisis» del acto político deriva probablemente de la disolución de la convergencia original entre motivos subjetivos y motivos objetivos. Las razones fundamentales se han indicado: crisis de la centralidad de una figura subjetiva unitaria para definir el fin último del Estado; aumento de la relevancia del los derechos fundamentales del ciudadano y de la efectividad de su tutela. En todo caso, esto no determina la extinción de la figura.

[130] Véanse las recientes posiciones críticas de F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, cit.; F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, cit.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit. Por otro lado, que sea acto libre en el fin solo en el caso de que no existan principios constitucionales que vinculen el fin que el legislador puede perseguir, es admitido, como es sabido, también por quien ha acentuado particularmente el perfil de «acto político» de la ley. Véase E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 188 ss.; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milán, 1970, ahora también en ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milán, 2001, 74. En la Doctrina española, tales posiciones diversas emergen de un modo más acentuado, si cabe. V. los diferentes enfoques de N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., por una parte, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, cit., por la otra.

Copyleft – Ius Publicum

Por un lado, la misma mantiene unos márgenes de relevancia, pero de hecho se vacía de consistencia autónoma una vez se desarrolle, en relación con la misma, un análisis de coherencia teleológica (*sub specie* de sensatez, proporcionalidad y adecuación). En Francia, esto se dio (como se podía prever, vistas las características «creativas» de la jurisprudencia francesa), por vía eminentemente jurisprudencial, mientras que en España la posibilidad de controlar los elementos «regulados» por el acto político encontraron una previsión explícita en la reforma de 1998. Italia, como veremos, parece colocarse últimamente en una posición «híbrida»: por vía jurisprudencial – a pesar de una disposición (art. 7 c.p.a) que prevé la no impugnabilidad de los «actos o procedimientos que emanan del Gobierno en el ejercicio del poder político» – parece llegar a lo dispuesto por el legislador en el ordenamiento español.

Por otra parte, en este último, la reforma de 1998 no ha hecho otra cosa que acoger las directrices ya consolidadas en la jurisprudencia. Asimismo, hemos visto como a menudo no es suficiente con la presencia de elementos «regulados», por lo que se requiere al juez la verificación de la subsistencia de situaciones jurídicas subjetivas eventualmente afectadas por el acto en cuestión, con un posible juicio de «equilibrio», fundado sobre el principio de la proporcionalidad, entre los derechos fundamentales implicados en la decisión.

La compleja y siempre difícil delimitación de los elementos que, al margen de los estrictamente formales, cabe integrar como reglados, al igual que los análisis y valoraciones que requieren aquellas actuaciones gubernativas que afecten o lesionen los derechos fundamentales, revelan la práctica imposibilidad de establecer *a priori* dónde se sitúa el límite infranqueable que el juzgador no puede traspasar sin invadir las funciones del Poder Ejecutivo[131].

Todo lo anterior parece confirmar la idea de que el acto político, en su sustracción al control jurisdiccional, mantiene márgenes de persistencia; pero, en este punto, en base a lo que se manifiesta esencialmente como una elección de «política» jurisprudencial de *self*

[131] J. JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*, cit., 51.

Copyleft – Ius Publicum

restraint[132], y como tal elaborada no ya en base a criterios predeterminados, sino caso por caso. Algunos ejemplos jurisprudenciales correspondientes al ordenamiento italiano mostrarán más adelante lo expuesto, justificando también así la oportunidad de una consideración previa de los ordenamientos francés y español.

PARTE II

6. LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE SOBRE EL TEMA DEL ACTO POLÍTICO. PREMISA: LOS REQUISITOS DEL ACTO POLÍTICO.

¿Existe hoy en nuestra casuística jurisprudencial la categoría del acto político? ¿Hay contrastes persistentes que destacar? Observando los conocimientos más recientes sobre el tema es posible dar una respuesta afirmativa a ambas preguntas[133]. El acto político, como ha sido correctamente anotado, aparece una «categoría persistente»[134], al menos en la jurisprudencia, incluso en la más insospechable[135].

[132] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 319.

[133] Entre los que, sin embargo, han puesto de relieve la falta de decisiones jurisprudenciales que hayan afirmado la existencia del acto político está, como es sabido, E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, cit., que hizo hincapié, como un ejemplo de caso excepcional, en la Sentencia Cons. St., sec. IV, 28 de diciembre de 1926, n.º 781. Tal hallazgo ha sido confirmado más recientemente por G. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, en *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, que por el contrario se refiere al período republicano. Todavía más reciente V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., 118, afirma fuertemente la ausencia en jurisprudencia de la afirmación del carácter político del acto, si bien admitió que «en algunos casos raros (...) se encuentra un reconocimiento de la categoría».

[134] F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 74. Para un análisis detallado y reciente de casuística jurisprudencial v. L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, en *www.rivistaaic.it.*

[135] CEDH, 14/12/2006, n. 1398, *Markovic c. Italia*, en *Riv. dir. int.*, 2007, 184.

Copyleft – Ius Publicum

En nuestra jurisprudencia, el acto político se identifica cuando se da la copresencia de dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo.

Bajo el primer aspecto, debe tratarse de «acto emanado del gobierno, es decir, de la autoridad competente, así como la función de dirección política y de dirección al máximo nivel de la cosa pública»; bajo el perfil objetivo «debe tratarse de un acto o de una orden emanados en el ejercicio de un poder político, más que en el ejercicio de una actividad meramente administrativa»[136], y «debe referirse la constitución, la salvaguardia o el funcionamiento de los poderes públicos en su estructura orgánica y en su aplicación coordinada»[137].

A veces se añade también que «los actos políticos constituyen expresiones de la libertad política ordenada por la Constitución a los órganos supremos decisorios del Estado para la satisfacción de exigencias unitarias e indivisibles inherentes a esto, y son libres en la elección de los fines, mientras los actos administrativos, también cuando son expresiones de amplia discrecionalidad, están sin embargo ligados a los fines impuestos por la ley»[138].

Frente «al acto de alta administración, por regla adoptado por el órgano político, es el primer momento de actuación, aun en líneas generales, de la dirección política a nivel administrativo. A diferencia del acto político, esto explica una potestad vinculada en el fin y sujeta al principio de legalidad. Los actos de alta administración son una especie del más amplio género de los actos administrativos y subyacen por tanto al régimen jurídico relevante, incluido el control jurisdiccional, aunque sea también con algunas peculiaridades conectadas

[136] Véase Cons. Est., sec. V, 6/10/2009, n. 6094, en *Foro amm.-CdS*, 2009, 2320; Cons. St., sec. V, 6/05/2011, n. 2718, en *Foro amm.-CdS*, 2011, 1531.

[137] Véase Cons. Est., sec. IV, 12/03/2001, n. 1397, en *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Veneto, sec. III, 25/05/2002, n. 2393, en *Foro amm.-Tar*, 2002, 1549.

[138] Véase Cons. Est., sec. V, 27/07/2011, n. 4502, en *Foro amm.-CdS*, 2011, 2439; Cons. St.., sec. V, 23/01/2007, n. 209, en *Foro amm.-CdS*, 2007, 131. Para una reciente exposición de la tesis del acto político como un acto libre en el fin, v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Turín, 2011, 240, nota 21.

Copyleft – Ius Publicum

a la naturaleza claramente discrecional de los mismos. De hecho, el control del juez no es de la misma amplitud que el ejercitado en relación con un acto administrativo cualquiera, pero se revela menos intenso y circunscrito a la revelación de manifiestas faltas de lógica formales y procesales»[139].

Como se preconizaba en el pasado[140], a la extensión de la categoría de los actos de alta administración corresponde una disminución del acto político. Y hoy, también en el plano dogmático, dicha categoría parece de hecho ampliarse más allá de cuanto se intuía en el trabajo pionero sobre el tema.

No ya simplemente actos administrativos atribuibles a la dirección política administrativa (directivas, actos generales, actos de programación, etc.) en los cuales está prevista la participación, a menudo a nivel informal, de los sujetos sociales representantes de los intereses involucrados[141], sino también actos puntuales, atribuibles a la dirección política de la administración, sobre la gestión de relaciones de oficio (tareas, nombramientos, destituciones, etc.) o en los que la dirección política se expresa directamente, sin la anterior mediación representada por los actos de dirección[142].

Se trata de actos identificados conforme a dos criterios: el ser actos de dirección político-administrativa y el estar caracterizados por una causa o un motivo de carácter político que amplía su discrecionalidad y los hace inmunes bajo perfiles de estrecha legitimidad (incompetencia, vulneración de ley, falta de lógica).

[139] Cons. Est., sec. V, 27/07/2011, n. 4502.

[140] Véase G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 174 ss.

[141] G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 315.

[142] V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, cit., 132-133.

Copyleft – Ius Publicum

7. (SIGUE) CASOS DE EXCLUSIÓN DE LA POLITICIDAD DEL ACTO. EN PARTICULAR: LA NUEVA EXÉGESIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL TEMA DE LA DESIGNACIÓN DE ASESORES DE UNA JUNTA REGIONAL.

Sobre la base de las premisas anteriores, la jurisprudencia excluyó por tanto ya hace tiempo la «politicalidad» de un acto en los siguientes casos[143]: el nombramiento como abogado general del Estado de una persona ajena a la administración; las deliberaciones de la «Cassa per il Mezzogiorno» de negación de concesión de contribuciones sobre los intereses por financiación industrial, la disolución de asociaciones políticas y la confiscación de sus bienes; los actos de la Comisión estatal de control sobre las regiones; el nombramiento de los miembros del CNEL, la providencia con la cual un oficial de los *carabinieri* del Servicio de Información y Seguridad Militar italiano (SISMI) haya sido restituido a la administración a la que pertenece; la disolución de los consejos comunales y la destitución del alcalde.

Más recientemente, considerando que se trata de actos de «alta administración», se ha excluido el carácter político del decreto con el cual el ministro de Justicia concede la extradición[144]; del decreto del ministro del Interior con el cual se dispone «por motivos de orden público o de seguridad del Estado» la expulsión del extranjero a los efectos del art 13 del Decreto Legislativo n.º 286/1998[145]; del decreto de disolución de los Consejos comunales y provinciales por «enlaces directos o indirectos de los administradores con la criminalidad organizada» *ex* art. 143 t.ú.e.l[146]; de la determinación con la cual el Ministerio de las

[143] Véase G. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, cit., 549, al cual nos remitimos para los detalles de la jurisprudencia citada.

[144] Véase Cons. Est., sec. IV, 15/06/2007, n. 3286, en *Foro amm.-CdS*, 2007, 1792; Cons. St., sec. IV, 6/04/2000, n. 1996, en *Foro amm.*, 2000, 1227. *Contra*, Tar Puglia, Bari, sec. I, 20/12/1990, n. 970, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

[145] Véase Cons. Est., sec. VI, 16/01/2006, n. 88, en *Foro amm.-CdS*, 2006, 198.

[146] Véase Cons. Est., sec. VI, 16/02/2007, n. 665, en *Foro amm.-CdS*, 2007, 612.

Copyleft – Ius Publicum

Comunicaciones ha negado la autorización a la cesión por parte de la Rai de acciones de una sociedad filial (Raiway)[147].

Hace unos años tuvo lugar un extenso debate sobre dos sentencias del Tribunal Administrativo Regional del Lazio que anularon respectivamente el procedimiento de revocación de un miembro del Consejo de Administración de la Rai y el decreto presidencial de destitución del cargo de Comandante general de la guardia de finanza[148]. Sin embargo, estos últimos casos, aunque relevantes en el plano mediático, efectivamente encajan en el filón bastante consolidado según el cual los actos destinados para la provisión de personal del Estado a los máximos niveles son actos de alta administración y no actos políticos[149].

Hay, además, otros casos menos incontestables respecto a los cuales, aunque en el seno de una línea de tendencia restrictiva, existen márgenes de opinión y con ello aumentan los espacios de «política» jurisprudencial del juez administrativo.

[147] Véase Tar Lazio, sec. II, 12/03/2002, n. 1897, en *Foro it.*, 2002, III, 636 ss., con nota de G. TROPEA, *Affare Raiway: nel giudizio «sul rapporto» i preminenti interessi nazionali prevalgono sulla privatizzazione del mercato radiotelevisivo*.

[148] Se trata de los casos conocidos, «Petroni» y «Speciale»: Tar Lazio, sec. III, 8/11/2007, n.º 11271, en *Giust. civ.*, 2008, 509, con notas de T. KLITSCHE DE LA GRANGE, *L'atto politico (e il «politico»)* y de P. STELLA RICHTER, *Postilla sulla stessa nozione di atto amministrativo*, y Tar Lazio, sec. II, 15/12/2007, n. 13361, en *Foro amm.-Tar*, 2007, 3787, con nota de P. SANDRO, *"Quer pasticciaccio brutto de via XX Settembre": il Tar annulla la sostituzione del Comandante generale della Guardia di finanza*.

[149] Véase F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 79; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., 125-126. Algunas dudas sobre la capacidad de control de tales actos es expresada por C. CARUSO, *I casi "Speciale", "Petroni", "Sgarbi": sindacabilità dell'atto politico?*, en *Quad. cost.*, 2009, 384. Específicamente, en el caso de la revocación del miembro del consejo de la RAI, muestra perplejidad sobre el fondo de la sentencia del Tar, respecto a la no configurabilidad en el caso objeto de examen de un acto político, P. SANDRO, «*Democrazia dell'alternanza» e atto politico: il Tar annulla la revoca del consigliere Petroni*, en *Foro amm.-Tar*, 2007, 3134 ss. Comparten, en cambio, la decisión del juez administrativo, L. VIOLINI, *Note sul «caso Petroni»: ovvero se sia ancora necessario garantire l'imparzialità del servizio pubblico radiotelevisivo e come la si debba garantire*, en *Quad. cost.*, 2008, 375 ss., y G. FARES, *L'apertura del mercato radiotelevisivo*, Turín, 2008, 103.

Copyleft – Ius Publicum

Entre las cuestiones que han llevado la discutida categoría del acto político al centro del debate se encuentra la relativa a la configurabilidad del acto político de regiones o entes locales, a la luz de la reforma del Título V de la Constitución italiana y del sistema electoral, con la elección por sufragio universal y directo del alcalde y del presidente de la provincia.

Esto ha sucedido en cuanto a que, si bien el art. 31 t.ú. Consejo de Estado, y hoy el art. 7 c.p.a, se refieren a los actos imputables al «Gobierno» en sentido estricto, una cierta jurisprudencia[150] ha considerado que el requisito «subjetivo» del acto político se identifica más genéricamente en la exigencia de que el acto proceda de una autoridad que ejerza la función de dirección política y de dirección al máximo nivel de los poderes públicos, admitiendo la posibilidad, hasta ahora realmente más teórica que concreta, de que existan actos políticos adoptados por órganos estatales diferentes del Gobierno.

Ahora bien, la jurisprudencia ha reconocido en abstracto que acto político puede ser la moción de censura al presidente de la Junta regional[151]. Más delicado parece la debatida cuestión del nombramiento o revocación del asesor comunal o provincial. Según una sentencia del Tribunal Administrativo Regional de Liguria[152], en el actual contexto institucional también los actos de nombramiento y los procedimientos conexos de revocación de los componentes de la Junta asumirían una naturaleza primordialmente política, en cuanto a que serían emitidos en las funciones de dirección política. No obstante, el Consejo de

[150] Véase el Tar Lazio, Roma, sec. III-*quater*, 30/09/2009, n. 9460, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

[151] Véase Cass. civ., Sec. un., 18/05/2006, n. 11623, en *Foro amm.-CdS*, 2006, 2462. Sobre la posible heterogeneidad de la moción de censura dirigida al presidente de la región respecto a los actos adoptados por este, v. *infra*, nota 168. Sobre la teórica configurabilidad del acto político respecto a las regiones, v. V. CINGANO, *Riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le Regioni e gli Enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, cit., 839; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 169-172. Más reciente v. también M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 285 ss., que considera que, con respecto a las autoridades locales no es correcto utilizar la expresión «dirección política», ya que, a diferencia del Estado y de las regiones, no pueden adoptar actos políticos sino solo actos de alta y ordinaria administración.

[152] Sec. I, 7/12/2004, n. 1600, en*www.giustizia-amministrativa.it*.

Copyleft – Ius Publicum

Estado[153] ha excluido la politicidad del acto con la cual el alcalde revoca a un asesor comunal, con la relevancia que la determinación de los órganos de gobierno de los ayuntamientos, con los ámbitos de competencia conexos, está regulada por la ley estatal y que dichos órganos «no son de relevancia constitucional».

Según algunos intérpretes de estas hipótesis, incluso sin configurarse efectivamente un acto político, la inmunidad de estos actos deriva del hecho de que en cada caso se trata de una elección que involucra el denominado fondo de la cuestión administrativo, inmune en el ámbito del juicio de legitimidad, por lo menos a través de un control de tipo «fuerte», caracterizado por la posibilidad de sustitución de la valoración del juez sobre la decisión tomada por la administración[154].

En todo caso, mientras esta última tesis insiste sobre la relación jurisdicción-administración, hay que destacar cómo el juez administrativo, a través de una argumentación sin embargo más definida por el orden institucional, dispone de importantes márgenes de «política» jurisprudencial sobre el asunto, que atañen al delicadísimo tema del orden del Estado[155], y que evidentemente están destinados potencialmente a cambiar con el cambio de este.

En cuanto a los actos de las regiones, como se ha dicho en la línea teórica que entra en la noción de acto político, puede ser interesante destacar cómo la progresiva «juridificación» de un caso pueda llevar a un cambio de jurisprudencia sobre el asunto.

[153] Sec. V, 23/01/2007, n. 209, en *Foro amm.-CdS*, 2007, 131.

[154] V. FANTI, *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, cit., 518-519.

[155] Que eso sea un aspecto esencial de la política jurisprudencial de los tribunales ha sido puesto de relieve hace tiempo por S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, cit., 439, aunque con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Copyleft – Ius Publicum

La doctrina, también reciente[156], incluye el nombramiento de las Juntas regionales entre los actos constitucionales[157].

Sin embargo, se ha considerado que «en el acto de nombramiento de un asesor regional no puede ciertamente reconocerse la naturaleza de acto político; por una parte, de hecho, no es libre en la elección de los fines, estando sustancialmente dirigido a la mejora de la cartera de ayuda del presidente de la región en la administración de la propia región, y por la otra, está sometido a criterios estrictamente jurídicos, como el citado en el art. 46, párrafo 3, del Estatuto campano relativo al respeto de la composición equilibrada de los dos sexos»[158].

[156] Ver V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., 120.

[157] Entre ellos, se piensa en la designación de los senadores de por vida por el presidente de la República, medida calificada por la jurisprudencia como un «acto típicamente presidencial» y no administrativo: v. Cass. civ., Sec. un., 25/06/1993, n. 7075, en *Giust. civ.*, 1993, 2636. Ciertamente, no tienen el carácter de actos políticos, pero la mayoría de los actos tienen contenido político-administrativo, los actos de nombramiento, designación y cese de los representantes del municipio y la provincia en entes, empresas e instituciones, llevados a cabo por el alcalde o el presidente de la provincia, sobre la base de las directrices establecidas por el Consejo, de conformidad con el art. 50 t.ú.e.l. Sobre este punto, v. F. TRIMARCHI, *In tema di rapporti tra politica e amministrazione: la nomina dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni, alla luce di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, nota a Cons. Est., sec. V, 29/10/2009, n. 6691, en *Foro amm.-CdS*, 2010, 627 ss.

[158] Cons. Est., sec. V, 27/07/2011, n. 4502, en *Foro amm.-CdS*, 2011, 2439. Para ahondar más hay que observar que la cuestión de los nombramientos de los concejales respetando el principio de igualdad de oportunidades no parece estar cerrada, a pesar de la autoritaria toma de posición del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional de la que se está dando cuenta. Por tanto, hay que señalar una opinión coetánea del Consejo de Estado (Sec. I, n. 1306/2012 de 16 de marzo de 2012, en *www.giustizia-amministrativa.it*), dada en un recurso extraordinario de un aspirante miembro de un gobierno provincial, por la que si la norma del Estatuto no indica exactamente cuántos miembros de un mismo sexo deban estar presentes en la junta, sino que se limita a enunciar el principio de igualdad de género y de una presencia equilibrada de hombres y mujeres en la formación órganos y oficinas, no es posible que el intérprete reemplace la legislación y determine él mismo el número mínimo de miembros de cada sexo. Siguiendo tal lógica, incluso en el caso del que se está hablando, en el que el Estatuto no impone un número mínimo de concejales mujer, y en el cual había presente al menos una, el juez no habría podido acceder al recurso. Recientemente el Consejo de Estado confirmó la sentencia anterior n.º 4502/2011, tomando como argumento la sentencia n.º 81/2012 del Tribunal Constitucional. Se trata de la Cons. Est., sec. V, 21/06/2012, n. 3670, en *www.giustizia-amministrativa.it.*

Copyleft – Ius Publicum

También en este caso, además, la cuestión de legitimación y del interés por recurrir ha tenido una importancia particular en la resolución del caso. Antes de tratar el perfil del nombramiento del asesor de la Junta, el juez se ha enfrentado de hecho al problema de la existencia de las condiciones de la acción. Y en el presente caso, se ha encontrado con su presencia a través de una serie de «indicios», como el carácter preceptivo de las normas estatutarias en materia de presencia femenina, la necesidad de proteger un derecho fundamental, de relevancia constitucional, la evolución en sentido amplio de la legitimación, argumentando también a través de reclamos al principio de subsidiariedad horizontal y a la llamada ciudadanía «societaria».

Por otra parte, se ha considerado que la demandante en tal caso no representaba el interés general de los ciudadanos de sexo femenino (como habrían podido serlo algunas asociaciones) legitimándose para la acción solo en calidad de posible aspirante al cargo y protegiendo su propio interés personal para poder concurrir en el nombramiento del asesor regional en cuota femenina[159].

El caso ha tenido un apéndice reciente ante el Tribunal Constitucional, que finalmente ha encontrado el modo de pronunciarse sobre el tema del acto político, si bien no examinando directamente la constitucionalidad del art. 7, párrafo 1, c.p.a.

La región de Campania, de hecho, ha planteado el conflicto de atribución entre entes en contra de esta decisión del Consejo de Estado, impugnando la sentencia del juez administrativo, en cuanto que el acto de nombramiento de los asesores por parte del presidente de la Junta regional sería un acto político, inmune a los efectos del art. 7 c.p.a.,

[159] Por un lado, esta actitud de apertura respecto a la legitimación no está siempre presente, como veremos más adelante en el caso relativo al d.P.R de llamada a referendo revocatorio. Por otro lado, esta apertura podría llevar, por coherencia, a una todavía más cuestionable admisión de la legitimación incluso contra otros actos de nombramiento, como el de ministros, donde existan similares vínculos constitucionales y legislativos. Pero, probablemente, en este caso, el acto volvería a ser configurado como político, y difícilmente vendría afirmada la fiscalización, incluso frente a normas preceptivas y de «elementos regulados» (de la misma forman que ha ocurrido en España, en relación con los casos de los poderes constitucionales).

Copyleft – Ius Publicum

puesto que estaría caracterizado por el *intuitus personae* y, además, el art. 51 y 117, párrafo 7, de la Constitución italiana y el art. 46, párrafo 3, del Estatuto regional, calificados como programáticos, no alterarían la naturaleza política del acto en cuestión.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional[160], el recurso es inadmisible, en cuanto que la región de Campania ha utilizado impropiamente el instrumento del conflicto de atribuciones para censurar errores durante el juicio, cuando debería haber hecho valer su tesis de la inmunidad del acto político a través de un recurso de Casación por (presunto) defecto absoluto de jurisdicción.

Puede resultar interesante para nuestros objetivos observar que, sin embargo, el Tribunal no se limita a tal afirmación, sino que para llegar a ella, en la sentencia efectúa algunas consideraciones sobre el acto político.

Por un lado, de hecho, considera «compartible y sufragada por elementos de Derecho positivo» la tesis de la región recurrente en cuanto a la existencia de espacios reservados a la elección política.

Por el otro, sin embargo, considera que los espacios de discrecionalidad política encuentran sus límites en los principios de naturaleza jurídica impuestos por el ordenamiento, así que «cuando el legislador predetermina cánones de legalidad, la política debe atenerse a ellos, en cumplimiento de los principios fundamentales del Estado de derecho. En la medida en la que el ámbito de extensión del poder discrecional, incluso el amplísimo que connota una acción de gobierno, está circunscrito por vínculos impuestos por normas jurídicas que marcan sus límites o indican la dirección de su ejercicio, el respeto de tales vínculos constituye un requisito de legitimidad y de validez del acto, fiscalizable en las sedes apropiadas».

[160] Sentencia 5/04/2012, n.º 81, en *www.cortecostituzionale.it.*

Copyleft – Ius Publicum

El Consejo de Estado había considerado dirimente el hecho de que el acto no pueda calificarse como político donde exista un parámetro legal que lo condicione. El Tribunal Constitucional parece ir más allá: por una parte, el acto puede tener «naturaleza política» y constituir objetivamente el ejercicio de un poder político, y por la otra, en la medida en que este mismo acto se encuentre con un vínculo jurídico (el principio del equilibrio de género), esto puede ser fiscalizado por la autoridad jurisdiccional, sin por ello perder su naturaleza política.

Se trata, evidentemente, de un hito especialmente importante que parece añadir, en nombre de los principios de legalidad y de efectividad y plenitud de la tutela, a su vez corolarios del Estado de derecho, un requisito adicional que limita la categoría, aun con la existencia del elemento *subjetivo* y del *objetivo*: el de la predeterminación *lato sensu* legal del caso[161].

Aunque se reconoce el esfuerzo interpretativo del Tribunal Constitucional, dirigido a una ulterior circunscripción de la inmunidad del acto político, en cumplimiento de los principios del Estado de derecho y del art. 113 Constitución italiana, esta última etapa es, en opinión de quien escribe, inútil y perplejo, cuanto menos, si se interpreta del modo que se acaba de explicar.

Inútil, en cuanto que el Tribunal bien habría podido limitarse a declarar la inadmisibilidad del conflicto de atribuciones propuesto por la región, tratándose de una cuestión de interpretación que entra dentro de las funciones de la autoridad judicial, en el caso del Tribunal de Casación por presunto defecto absoluto de jurisdicción[162].

[161] Como diremos, sin embargo, se puede dar otra lectura, menos perjudicial, de la sentencia del Tribunal Constitucional.

[162] A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turín, 2009, 247.

Copyleft – Ius Publicum

Perplejo, en cuanto que en este caso el Tribunal parece considerar que el acto político pueda ser, según los casos, fiscalizable o no[163]. Pero esta tesis aparece en contraste con lo indicado en el art. 7, párrafo l, c.p.a., que relaciona directamente la inmunidad (*ergo*: su carácter no recurrible) al carácter político del acto; además, esta comportaría un tránsito impropio de la cuestión del *procedimiento* al *fondo de la cuestión*, determinando eventualmente una sentencia de rechazo del recurso por estar infundado y no, como tradicionalmente ocurre, por inadmisibilidad.

Esto se confirma por una reciente sentencia de los jueces de Palazzo Spada[164], que reclama además la sentencia del Tribunal Constitucional y termina por efectuar un control estrecho de sensatez-proporcionalidad sobre el acto político, considerando que la presencia de una única asesora mujer determina una desproporción manifiesta del principio estatutario de «reequilibrio», colocándose por debajo del umbral de sensatez.

[163] La problemática de la cuestión podría redimensionarse distinguiendo el poder político del presidente del Gobierno desde la forma «administrativa» en que se manifiesta. En este sentido, en el apartado 4.3 de la sentencia se afirma, de manera no del todo clara, y tal vez sin un interés preciso de posicionarse en una postura concreta sobre la naturaleza administrativa o política del acto en cuestión, que «el hecho de que el presidente del Gobierno sea un órgano político y de ejercicio del poder político, que se refleja en el nombramiento de los comisionados, no significa que sus actos sean todos y bajo cada perfil incuestionables. Tampoco, por otra parte, la presencia de algunas limitaciones altera, por sí misma, la naturaleza política del poder ejercido por el presidente con el acto de nombramiento de concejales, sino que delimita el espacio de acción».

[164] Cons. Est., sec. V, 21/06/2012, n. 3670. La reciente jurisprudencia administrativa sigue una línea guía del Tribunal Constitucional. V. Cons. Est., sec. V, 27/11/2012, n. 6002, que excluye la naturaleza de acto político de las convocatorias de las elecciones regionales, siendo el caso de un poder discrecional amplio pero circunscrito por vínculos establecidos por normas jurídicas que delimitan los confines y que los dirigen. Se ha observado anteriormente como, a este respecto, la jurisprudencia española ha resuelto hace tiempo la cuestión considerando los elemento «regulados» de ese tipo de actos controlables por el juez (SSTS de 15 de julio de 1997, de 3 de diciembre de 1998, de 14 diciembre de 2000).

Copyleft – Ius Publicum

Básicamente, respecto al acto político, no parece posible considerar una reducción de la discrecionalidad a cero[165], o plantear una superación de la tradicional lógica binaria de control de los actos administrativos[166]. Por consiguiente, si el acto es político, no es *impugnable*, de otra manera no se trata de acto político; como máximo se podrían configurar procedimientos administrativos *separables* respecto al acto político, o mejor, a la función política ejercitada, y en cuanto tal, impugnables.

En este sentido, nos parece más persuasiva y lineal la sentencia del Consejo de Estado sobre la cual se ha pronunciado el Tribunal Constitucional; sentencia que, como se ha dicho, excluye que pueda reconocerse naturaleza de «acto político» a los decretos de nombramiento de los asesores, en la medida en la que tales actos estén sujetos al respeto de criterios jurídicos como el relativo al «pleno respeto de una presencia equilibrada de mujeres y hombres» ratificado en el art. 46, párrafo 3, del Estatuto de Campania.

A menos que el Tribunal no haya querido dar a entender, aunque no sea *expressis verbis*, que puesto que el art. 7, párrafo 1, c.p.a. hace referencia exclusiva a los «actos emanados del Gobierno en el ejercicio del poder político», debería admitirse la presencia de actos políticos -no del Gobierno- fiscalizables en sede jurisdiccional sin que sea contradicha su naturaleza política[167]. Esta clave interpretativa evidentemente disminuye el impacto revolucionario de la sentencia, que por esta vía se limitaría a ratificar el presupuesto *subjetivo* del acto político, en contraste con algunas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales

[165] La referencia es a aquella jurisprudencia (por todas contra el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía, Milán, sec. III, 8 de junio de 2011, n.º 1428) que, como se sabe, ha retomado el concepto de la jurisprudencia alemana del *Ermessensreduzierung auf Null* para admitir, en caso de silencio del CPA (Código del Proceso Administrativo), la decisión judicial sobre el fundamento de la reclamación sustancial deducida en juicio y la sucesiva condena a la adopción del acto solicitado.

[166] A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, en *Dir. amm.*, 2008, 517 ss.

[167] Sugiere esa posible exégesis S. MEZZACAPO, *L'autonomia riservata alla scelta politica deve rispettare i canoni della legalità*, en *Guida al diritto*, n. 21/2012, 97 ss.

Copyleft – Ius Publicum

que, como se ha dicho, extienden también (al menos) a las regiones la posibilidad de adoptar actos «constitucionales» no impugnables[168].

Por otra parte, es necesario observar cómo la influyente indicación jurisprudencial del Tribunal Constitucional parece, libre de su aceptabilidad, y por tanto de su claridad, volver a proponer también en nuestro ordenamiento la tendencia jurisprudencial ya examinada (primero francesa, y más recientemente, propia también de otros ordenamientos como el español)[169], dirigida a identificar dentro del acto político elementos «separables», «regulados»[170] o ambos.

También por esta vía, como se ha dicho, aumenta el margen jurisprudencial de definición de los varios casos y de regulación de potenciales conflictos institucionales entre poderes. Del resto, el planteamiento metodológico aquí adoptado nos empuja a subrayar más este último aspecto que las críticas que se podrían mover hacia el camino reconstructivo en concreto recorrido por el Tribunal Constitucional.

[168] No solo eso. Estrictamente hablando, también debe admitir la teórica fiscalización de los actos políticos adoptados por órganos constitucionales distintos del Gobierno. Lo que, sin embargo, en lugar de ponerse contra algunas sentencias que han identificado en estos casos la existencia de un acto político indiscutible (por ejemplo, el nombramiento de senadores vitalicios), no conciliarían con la solución de la cuestión hace tiempo identificada por renombrada doctrina (Barile). De hecho, quitando los actos de las regiones probablemente, no pueden ser puestos en el mismo plano la moción de censura contra el presidente de la región y a los actos adoptados por él.

[169] En los que, sin embargo, no se aplica en la actualidad una norma que expresamente excluya la impugnabilidad de los actos políticos. En efecto, como se ha dicho, la ley de reforma del contencioso administrativo de 1998, art. 2.a), contiene una cláusula de inclusión, que califica el acto de Gobierno, de manera indirecta pero clara, como un acto discrecional cuyos elementos «regulados» son controlables por el tribunal.

[170] Para ser precisos, parece darse relevancia a la categoría de los elementos «regulados» del acto (presente sobre todo en el caso español), más que a aquella del acto «separable» (presente principalmente en el caso de Francia), como veremos más adelante, mediante el examen de algunos casos de declaración de la jurisprudencia del carácter político del acto.

Copyleft – Ius Publicum

Parece que asistimos, en resumidas cuentas, a un «diálogo» entre varios ordenamientos, que se caracteriza porque la efectividad de la tutela tiende a imponerse y a prescindir del dato normativo y de la coherencia interna del sistema.

Otra cuestión especialmente delicada y que ha dado lugar recientemente a una confrontación entre el Tribunal Administrativo Regional y el Consejo de Estado ha tenido que ver con la inmunidad de un decreto del presidente de la República que, a iniciativa del ministro del Interior, fijaba los límites de las circunscripciones uninominales para las elecciones provinciales de Apulia.

En opinión del juez de primer grado[171] el decreto en cuestión sería un «acto procedente de un órgano en el sentido y en la dirección al máximo nivel de la cosa pública» en relación con «el funcionamiento de un poder público en su estructura orgánica» por el cual «no se configuran frente al mismo sujetos perjudicados interesados en la anulación del mismo».

Esta sentencia ha sido duramente criticada por la doctrina[172], que no ha compartido la idea de que la actividad de identificación-delimitación de las circunscripciones uninominales provinciales sea verdaderamente libre en el objetivo y ha denunciado la gravedad del vacío de tutela en una materia particularmente sensible, y efectivamente expuesta bajo varios perfiles a lagunas en este sentido[173], como la electoral.

El Consejo de Estado[174] ha intervenido, pues, excluyendo que el procedimiento censurado sea expresión del poder político del Gobierno, dado que el principio del art. 113 Constitución italiana, impone una exégesis restrictiva de la categoría de los actos políticos sustraídos a la jurisdicción, y ha considerado además que se trata de un acto administrativo

[171] Tar Puglia, Bari, sec. III, 18/05/2009, n. 1183, en *Foro amm.-Tar*, 2009, 1572.

[172] Véase G. TARLI BARBIERI, *L'individuazione dei collegi uninominali nelle elezioni provinciali: un caso (risolto) di vuoto di tutela in materia elettorale*, en *Le Regioni*, 2011, 102 ss.

[173] Véase F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, en *Giur. cost.*, 2009, 3613 ss.

[174] Sec. V, 6/05/2011, n. 2718, en *Foro amm.-CdS*, 2011, 1531.

Copyleft – Ius Publicum

que debe ejercitarse conforme a la ley que lo regula y prevé (aunque en este caso la ley n.º 122/1951 aparece con muchas lagunas, y se interpreta junto a los órdenes del día aprobados con ocasión de la aprobación de la propia ley).

También en este caso tomamos una «elección» judicial muy interesante, ya que el juez administrativo amplía la noción de poder regulado (comprendiendo en la juridicidad los órdenes del día de la ley de 1951 y las circulares interpretativas adoptadas después por el Ministerio del Interior), y además se mueve según la lógica de la efectividad y la plenitud de la tutela en una materia, como se ha dicho, especialmente sensible.

En resumen, es necesario considerar una reciente sentencia del Tribunal Administrativo Regional de Lazio[175], según el cual el decreto del presidente de la República de convocatoria del referéndum abrogativo de leyes estatales y la deliberación del Consejo de ministros que identifica la fecha para la consulta son actos impugnables y no tienen, por tanto, naturaleza política.

Pese a existir opiniones doctrinales influyentes en sentido contrario[176], el Tribunal Administrativo Regional de Lazio sostiene que no todos los actos que caracterizan el procedimiento de referéndum participan de la naturaleza legislativa. Asimismo, excluye la politicidad de los actos anteriores argumentando que son «actos aplicativos de la legislación primaria» aunque afecten «a la participación del Gobierno y del presidente de la República, y aun dotados de un cierto margen de discrecionalidad temporal, con límites rígidamente prefijados por la ley». También en este caso, además, la llamada a la «juridificación» del caso se combina con el principio de efectividad y plenitud de la tutela, que sirve como corolario retórico del discurso.

Se trata de un caso muy interesante también porque, como se ha dicho, representa una hipótesis de impugnación delante de un juez administrativo de un «acto constitucional»

[175] Ord. sec. II-*bis*, 8/04/2011, n. 1302, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

[176] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Milán, 1982, 16.

Copyleft – Ius Publicum

(como se ha dicho a modo de principio, todavía hoy acto político), sobre el cual concurre el control del Tribunal Constitucional en materia de conflicto de atribución entre poderes del Estado, activable por el Comité promotor para el referéndum[177].

Pero sobre todo hay que destacar que cuanto se «gana» en términos del carácter de potencial impugnabilidad del acto se pierde después en concreto respecto a los otros «actos constitucionales», porque el juez administrativo declara inadmisible el recurso, considerando que en el caso bajo examen no existe un interés legítimo para impugnar la fecha elegida para la consulta del referéndum.

En concreto, según el Tribunal Regional Administrativo de Lazio, la exigencia de contener el gasto público concentrando en una única fecha el referéndum y la consulta electoral no justifica la anulación de los actos impugnados, pues se trata de un interés indiferenciado, referido a la colectividad en su totalidad, no ya al Comité promotor o a un individuo particular.

La doctrina ha puesto en duda que en este caso no pueda reconocerse un interés legítimo en oposición al ejercicio de una potestad discrecional que, duplicando las consultas, determina un aumento del gasto público con efectos ablativos sobre el patrimonio de los pertenecientes al Comité[178]. Además, y más en general, ha invitado provocativamente a reflexionar sobre que la concepción «sustancial» del interés legítimo, a diferencia de la «procesal» elaborada antes de la entrada en vigor de la Constitución, corresponde a una menor extensión de la tutela judicial del particular con respecto a las decisiones públicas[179].

Somos de la opinión de que esta última consideración, libre de las implicaciones sistemáticas que lleva consigo, permite destacar de nuevo otro elemento: en este caso, de

[177] Véase F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 79.

[178] Véase A. CASSATELLA-F. CORTESE, *Sul referendum abrogativo e sulla giustiziabilità dei suoi tempi (osservazioni a margine di Tar Lazio, Sec. II bis, ord. 8/4/2011, n. 1302)*, cit., 8.

[179] Véase A. CASSATELLA-F. CORTESE, *Sul referendum abrogativo e sulla giustiziabilità dei suoi tempi (osservazioni a margine di Tar Lazio, Sec. II bis, ord. 8/4/2011, n. 1302)*, cit., 11.

Copyleft – Ius Publicum

hecho, puede darse un último aspecto de «política» jurisprudencial, referente a la extremadamente delicada teoría de la legitimación y del interés por el recurso, como atestiguan algunos recientes casos jurisprudenciales[180].

8. (SIGUE) LA CASUÍSTICA «EN POSITIVO».

Con respecto a la casuística «en positivo», damos cuenta de algunos casos más antiguos y de otros más recientes, sabiendo que no es tan exacto considerar que después de la entrada en vigor de la Constitución el carácter político del acto no se ha reconocido nunca.

En las primeras décadas del siglo XX, la jurisprudencia consideró los actos políticos[181] como una ocupación temporal de inmuebles, efectuada con el objetivo de proveer a una «grave y amenazante situación política»[182]; la disolución de una sociedad de gimnasia determinada por la necesidad de reprimir el peligro de propaganda nacionalista eslovena en los territorios de Venecia Julia[183]; la disolución de una sociedad cooperativa de jornaleros en cuanto que se consideraba que bajo la cooperativa se ocultaba «una reunión de individuos con propósitos de todo menos comerciales» potencialmente subversiva del orden

[180] Se permita el reenvío a G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, nota a Cons. St., Sec. IV, 26/11/2009, n.º 7443, en *Dir. proc. amm.*, 2010, 664 ss. Véase también G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, en *Dir. proc. amm.*, 2010, 1185 ss.; ID., *La retorica nella giurisprudenza amministrativa, ovvero dell'arte di argomentare bene, senza convincere*, en *Dir. proc. amm.*, 2011, 947 ss., obras de especial interés, ya que tienen por objeto revelar, por así decirlo "desde dentro" ideologías, valores y técnicas de argumentación del derecho administrativo más reciente. Entre los procesalistas civiles, para una convincente impostación metodológica histórica y comparada en tema de interés para añadir, v. la obra ya mencionada de M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*.

[181] Sobre este punto, recientemente, V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., 116-121, donde también se hacen referencias más precisas.

[182] Cons. Est., sec. IV, 17/05/1918.

[183] Cons. Est., sec. IV, 28/12/1926, n.º 781.

Copyleft – Ius Publicum

establecido[184]; el decreto de disolución de un Consejo comunal determinado «no por simples motivos de orden administrativo, sino por razones de orden político por la gravedad de las circunstancias que por inmediata y directa garantía de los intereses generales urgentemente imponen recurrir a este procedimiento»[185].

En los últimos años, como se ha dicho, el acto político es seguido por la jurisprudencia en dos casos fundamentales: actos calificables como «constitucionales» y actos relacionados con las relaciones internacionales[186].

En la primera hipótesis se piensa en el nombramiento de los senadores de por vida, definida por la casación como «acto típicamente presidencial»[187]; en el documento de programación económica y financiera con el anexo relativo a la lista de infraestructuras y de las tomas de posesión estratégicas por realizar, calificadas como manifestaciones de dirección político-administrativa, incapaces de menoscabar posiciones subjetivas[188]; en la decisión con la cual el Gobierno, en el ámbito de la política industrial relativa a la concesión de ayudas al sector siderúrgico, reclama a la CE la autorización para la concesión de ayudas del Estado[189]; en la decisión del Gobierno de no iniciar negociaciones con una confesión religiosa con los objetivos de la negociación del acuerdo *ex* art. 8, párrafo 3, de la Constitución italiana [190].

En este último caso, se considera que la sentencia del Tribunal Administrativo Regional de Lazio ha sido anulada por el Consejo de Estado, sentencia luego confirmada por

[184] Cons. Est., sec. IV, 15/04/1904, n.º 180.

[185] Cons. Est., sec. IV, 13/06/1902.

[186] Para una reciente reseña jurisprudencial, véase F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 81 ss.

[187] Cas. civ., Sec. un., 25/06/1993, n.º 7075.

[188] Tar Lazio, Roma, sec. I, 16/02/2010, n.º 2255, en *www.giustizia-amministrativa.it*, que considera, en cambio, impugnable las resoluciones del CIPE relacionadas con el Documento de Planificación.

[189] Cons. Est., sec. VI, 22/01/2002, n.º 360, en *Foro amm.-CdS*, 2002, 171.

[190] Véase el Tar Lazio, sec. I, 31/12/ 2008, n.º 12539, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

Copyleft – Ius Publicum

la Casación. Según el Consejo de Estado, la calificabilidad de una formación social cuya confesión religiosa no forma parte de una decisión política, sino que requiere un ejercicio de discrecionalidad técnica fiscalizable en sede jurisdiccional; además, en caso de que esta valoración tuviera un resultado positivo, el Estado no podría negar por lo menos la puesta en marcha de las negociaciones con la confesión. La sentencia de la Casación, que ratifica la exactitud de la decisión del Consejo de Estado, aplica los principios generales contenidos en la sentencia n.º 81 de 2012 del Tribunal Constitucional[191].

Ya en esta importante cuestión jurisprudencial se puede observar la diferencia de enfoque del caso por parte del juez de primer grado, caracterizada por una mayor *deference* respecto al juez de apelación.

En todo caso, en dicha hipótesis, la anulación de la sentencia de primer grado se explica sobre todo considerando la sentencia de la Casación, que confirma la sentencia del Consejo de Estado a la luz de la jurisprudencia surgida del Tribunal Constitucional (n.° 81/2012) que, como se ha especificado, ha considerado que también el acto político, en la parte en que resulte «regulado» por el derecho, puede estar sujeto a control jurisdiccional (en base al modelo español, aunque no se cite explícitamente).

Pero es sobre todo en lo relacionado con la categoría clásica de los actos relativos a las relaciones internacionales donde pueden anotarse que algunos perfiles de criticidad, quizá

[191] Cons. Est., sec. IV, 18/11/2011, n.º 6083, sentencia luego confirmada por Cas., Sec. un., 28/06/2013, n.º 16305. Sobre esto, v. S. BERLINGÒ, *L'*affaire *dell'U.A.A.R.: da mera* querelle *politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, en *www.statoechiese.it*, n. 4/2014; D. MESSINEO, *Atti politici, stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, en *Dir. amm.*, 2013, 717 ss. Por otra parte, dicha línea jurisprudencial parece desvelar la contradicción en la que ha caído el Tribunal Constitucional con la sentencia n.º 81/2012. Por un lado, el Tribunal afirma, en relación a la región recurrente, la necesidad de impugnar en casación la sentencia por un defecto de jurisdicción y, por el otro, admite la susceptibilidad de revisión de la acción del gobierno, aunque en el plano procesal ello comporta la imposibilidad de configurar casos de defecto absoluto de jurisdicción cuando se está en presencia de actos políticos.

Copyleft – Ius Publicum

explicables adoptando la perspectiva «escéptica» de la consideración de la «política» jurisprudencial del juez administrativo.

Como se ha visto, el procedimiento de extradición ahora tiende a ser considerado fiscalizable también porque, a diferencia de la estipulación y de la aprobación de una convención internacional vinculada a la propia extradición, en tal hipótesis se concede la extradición de un determinado imputado o condenado, «versando en este caso, en materia de un interés público individual, especialmente determinado y circunscrito»[192]. Parece evocarse aquí la categoría, bien llamada por la jurisprudencia francesa o española del *acte détachable* o del *acto separable*.

En otras ocasiones, por el contrario, aun tratándose de procedimientos que tienen un contenido puntual y concreto, y por tanto potencialmente «separables» del plano general de las relaciones internacionales entre Estados, el juez ha calificado el acto como «político».

Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el caso del decreto ministerial que suspendía las autorizaciones para el transporte internacional, adoptado como represalia contra una medida análoga tomada por Austria[193], o en el caso del procedimiento por el cual algunos ministerios italianos, adhiriéndose a las directivas del Consejo de Seguridad de la ONU, han revocado la autorización para la exportación de los barcos de guerra de la marina iraquí[194].

En los dos casos citados, las sentencias son del Tribunal de Roma, lo que puede hacer reflexionar sobre dos aspectos: el primero, más clásico, atañe a la discutida aplicabilidad del límite relacionado con la fiscalización del acto político ante el juez ordinario[195]; el otro, aún más interesante a la luz de nuestro estudio, relativo al *hecho* de que

[192] En este sentido ya Cons. Est., sec. IV, 11/05/1966, n. 344.

[193] Trib. Roma, 18/05/1993, en *Foro it.*, 1995, I, 1058.

[194] Véase el Trib. Roma, 19/10/1991, en *Foro it.*, 1991, I, 3230.

[195] Una cuestión muy debatida, sobre todo en el pasado. A favor de la inmunidad, v. D. CARUSO-INGHILLERI, *Atto politico e giurisdizione amministrativa*, cit., 80 ss.; N. COCO, *L'atto del potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, cit., 277 ss., argumentando sobre la base de la pretendida naturaleza *extra iuris*

Copyleft – Ius Publicum

la sentencia es del juez ordinario y no del juez administrativo, queriéndose tal vez identificar una política jurisprudencial diferente entre los dos foros, con una *deference* más marcada en el primero.

No obstante, recientemente, el Consejo de Estado ha realizado una operación similar, considerando que el consentimiento del Gobierno italiano a la ampliación de la base americana de Vicenza fuese una expresión incuestionable del poder político[196].

Como se ha observado exactamente[197], en esta hipótesis también se habría podido aplicar la teoría del *acte détachable*, en cuanto que en la jurisprudencia francesa son considerados, refiriéndose a las actividades internacionales del Gobierno, precisamente los procedimientos relativos al desplazamiento de tropas extranjeras y los correspondientes permisos de construcción. Así pues, también en este caso el juez parece haber empleado más que nada una especie de «artificio retórico» que esconde un criterio de prudencia y una valoración de «política» jurisprudencial[198].

Parece digno de mención el hecho de que en este sector específico el juez administrativo italiano continúe manifestando un fuerte *self restraint*. De hecho, no puede decirse que según este punto de vista la sentencia de la Tribunal Constitucional n.° 81, de 2012 haya determinado muchos cambios, como, por el contrario, se ha comprobado para el

ordinem del acto. A favor de la fiscalización, por el contrario, A. DE VALLES, *Sulla teoria degli «atti politici»*, cit., 14, sobre la base de que las autoridades judiciales ordinarias, a diferencia del juez administrativo, no pueden considerarse como un «moderador de la función ejecutiva», debiendo sin embargo considerarse integralmente sujetas a la ley; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 504-505, sobre la base de la destacada distinción entre ilegitimidad e ilegalidad del acto; O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti politici (o di Governo)*, cit., 1515, conforme a la idea de que la norma contenida en el art. 31 t.ú. Cons. Estado es una norma excepcional, y como tal, debe interpretarse estrictamente, así como que el tribunal ordinario, a diferencia del administrativo, no tiene poderes de anulación, que son los que el artículo 31 ha querido evitar.

[196] Se trata de la conocida ord. «Dal Molin», Cons. Est., sec. IV, 29/07/2008, n. 3992, en *Foro it.*, 2009, III, 16.

[197] Véase A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 319.

[198] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 319.

Copyleft – Ius Publicum

caso correspondiente a la decisión del Gobierno de no iniciar negociaciones con una confesión religiosa con los objetivos de la negociación del acuerdo *ex* art. 8, párrafo 3, de la Constitución italiana. Y de hecho, más recientemente, el Consejo de Estado[199] ha considerado acto político, adoptado por el Gobierno en el ámbito de las relaciones internacionales que este mantiene con otros países, la compra de vehículos de guerra en ejecución de precedentes acuerdos con Estados Unidos.

Por último, otro caso especialmente espinoso por el que se ha discutido la doctrina. Nos referimos a la sentencia de las Secciones Unidas de la Casación que ha excluido la existencia de la jurisdicción en caso de pretensión indemnizatoria propuesta ante el Tribunal de Roma por los daños causados por los bombardeos de la OTAN contra objetivos civiles, en particular contra un inmueble de la Radiotelevisión serbia de Belgrado[200].

Según la Casación, los actos de guerra en cuestión constituyen la manifestación de una función política *y* «respecto a actos de este tipo ningún juez tiene poder de control acerca del modo en que se ha ejercitado la función». Después de esta sentencia, los familiares de las víctimas denunciaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la vulneración del derecho a juicio, garantizado por el art. 6, párrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El Tribunal reconoce la aplicabilidad del art. 6 en las controversias relativas a la pretendida inmunidad por parte de la jurisdicción de los actos políticos, pero declara la no vulneración[201]. En particular, según el Tribunal, la imposibilidad de los recurrentes de perseguir en juicio al Estado italiano no procedería de la existencia de una inmunidad, sino de los principios que guían el «derecho de acción sustancial» en el Derecho interno. En esencia, el Tribunal de Derechos Humanos ha considerado que la decisión sobre la jurisdicción equivaldría a una jurisdicción sobre el fondo de la cuestión, poniéndose en

[199] Ord. n. 4088/2014, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

[200] Sec. un., ord. 5/06/2002, n. 8157, en *Riv. dir. int.*, 2002, 799.

[201] Sentencia 14/12/2006, *Markovic c. Italia*.

Copyleft – Ius Publicum

discontinuidad con las importantes adquisiciones de la misma en materia de «derecho a un tribunal» y de «derecho a un recurso efectivo»[202].

Esto, por un lado, ha llevado a opiniones concurrentes y disidentes dentro del propio Tribunal, dirigidas a poner de relieve el carácter ilusorio del derecho de acceso al tribunal afirmado en la sentencia, o el *vulnus* del mismo fundamento de la Convención[203]; por el otro, ha desencadenado las críticas de la doctrina mayoritaria[204], que también ha observado cómo el Tribunal ha perdido la ocasión de examinar las relaciones entre acto político y acceso a la tutela, especialmente donde estén en juego los derechos fundamentales[205].

[202] Véase S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 249 ss.

[203] Se refiere a las opiniones del Juez Costa (concurrente) y el juez Zagrebelsky (disidente).

[204] Véase B. RANDAZZO, *Responsabilità dello Stato per atti di guerra: la Corte di Strasburgo "tradisce" la sua consolidata giurisprudenza sul diritto d'accesso ad un tribunale?*, en *www.forumcostituzionale.it*; P. DE STEFANI, Markovic e altri c. Italia, *sentenza della Grand Chamber della Corte europea dei diritti umani, 14 de diciembre 2006*, en *Pace diritti umani*, 2007, 99 ss.; A. BALSAMO, *Le corti europee e la responsabilità degli Stati per i danni da operazioni belliche:* inter arma silent leges?, en *Cass. pen.*, 2007, 2186 ss. Según M. VOSNY, *Actes de gouvernement et droit au juge*, en *Revue française de droit administrative*, 2008, 728 ss., la sentencia en cuestión sería íntimamente contradictoria, no aclarando si el principio de la inmunidad absoluta del acto político da lugar a una limitación sustancial del derecho reclamado o a un límite procesal del derecho de actuar en defensa de una situación subjetiva protegida.

[205] Sobre este punto, es imprescindible recordar el conocido caso *Ferrini* (Cass. civ., Sec. un., 11/03/2004, n.º 5044, en *Riv. dir. int.*, 2004, 540), relativo a una solicitud por parte de un ciudadano italiano de resarcimiento de los daños y perjuicios por la deportación a Alemania y utilizado por las empresas alemanas como trabajador forzado. El Tribunal no duda de que en este caso se trata de actos *iure imperii*, contraídos en el curso de operaciones de guerra. Sin embargo, los jueces señalaron que en este caso se trata de actos que asumen connotaciones de extrema gravedad, configurándose como crímenes internacionales, por cuanto lesivos de valores universales que trascienden los intereses de las particulares comunidades estatales. Sobre esta base argumentativa, la Casación excluye el reconocimiento de la inmunidad de la jurisdicción en favor de los Estados que hubiesen sido declarados culpables de tales actos. El Tribunal de Casación confirmó los argumentos del caso Ferrini en los casos *Giovanni Mantelli ed altri e Liberato Maietta* (Sec. un., 29/05/2008, n.º 14201, en *Giust. civ. mass.*, 2008, 833), relativos a masacres perpetuadas por los nazis de Italia entre 1943 y 1945. Solo que el Tribunal Internacional de Justicia, en su sentencia de 3 de febrero de 2012, en *www.icj - cij.org*, después de haber dicho que no está obligado a pronunciarse sobre las masacres perpetuadas por los nazis en Italia, sino sobre si los tribunales italianos están obligados a conceder a

Copyleft – Ius Publicum

Ciertamente una ocasión perdida, pero también un indicador de cómo quizás no baste con resolver las delicadas cuestiones sobre la mesa sobre bases exclusivamente jurídicas, debiéndose también en este caso observar la «política» jurisprudencial de *self restraint* adoptada por los jueces de Estrasburgo.

9. CONCLUSIONES: ADHESIÓN A LA TESIS «HISTORICISTA» Y ESCÉPTICA.

Intentaremos, llegados a este punto, sintetizar lo hasta ahora observado, teniendo en cuenta los problemas surgidos y los escenarios más generales dentro de los cuales se manifiestan.

Ya es una afirmación indiscutible que nuestro derecho administrativo sea, al igual que el francés, un derecho de génesis jurisprudencial[206]. Sin embargo, en Italia, después de los estudios pioneros de Cassese[207] y Nigro[208] sobre las «ideologías» del juez administrativo, faltan tratados más amplios y recientes de esta importante materia, si se excluyen algunos indicios que emergen ahora en interesantes escritos de jueces administrativos, dirigidos a

Alemania la inmunidad, funda la relevancia de esta última sobre el principio de *sovereign equality of States*, volviendo a comprender las cuestiones en juego entre acta *iure imperii*.

[206] S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, en *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 1 ss.; G. PASQUINI-A. SANDULLI, *Introduzione*, en *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 7 ss.; M. D'ALBERTI-A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, en *Diritto giurisprudenziale*, editado por M. Bessone, Torino, 1996, 299 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, en AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milán, 1983, 121 ss.

[207] *Problemi delle ideologie dei giudici*, cit.

[208] *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, en *Scritti giuridici*, II, Milán, 1996, 1053 ss.

Copyleft – Ius Publicum

desvelar «desde dentro» precisamente la ideología, valores y retórica del juez administrativo[209].

Cierto es que cuando se decidió, hace algunos años, mostrar la génesis y el desarrollo jurisprudencial de nuestro Derecho administrativo a través de una revisión de las «grandes decisiones del Consejo de Estado», no se ha podido omitir la consideración del tema de la fiscalización del acto político, que muestra cómo la jurisprudencia del Consejo de Estado de los años 30, en pleno régimen fascista, se mantuvo firme en la negación de la teoría del móvil, demostrando la independencia y neutralidad que contribuyeron a confirmar las funciones y el papel del Consejo de Estado también con la Constitución republicana de 1948[210].

Al profundizar más, se descubre también que la misma consistencia dogmática del acto político ha sido puesta en tela de juicio por más, comenzando por Francia, y seguido de otros ordenamientos que han heredado el concepto del modelo transalpino. Si bien probablemente la cuestión nace en el cuadro de la transformación del sistema de las fuentes en la decadencia del Estado absolutista, el origen del acto político (según la doctrina

[209] Véase G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, cit.; ID., *La retorica nella giurisprudenza amministrativa, ovvero dell'arte di argomentare bene, senza convincere*, cit.; ID., *A proposito del controllo di legalità*, en *Dir. proc. amm.*, 2012, 551 ss. En general, v. observaciones de A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, cit., 506 ss., lo cual, por un lado, ilustra bien la peculiar función creadora del Consejo de Estado en nuestro ordenamiento (teniendo en cuenta las similitudes y diferencias con respecto al Consejo de Estado francés), y por el otro, no evita críticas a las recientes sentencias que pueden ir más allá de los límites de una interpretación razonable de la ley.

[210] Cons. Est., sec. IV, 27/07/1937, n.º 425, en *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 221 ss. Con esta sentencia, el Consejo de Estado excluye la calificación como un acto político de una medida del Ministerio de las Corporaciones que negaba la aprobación de la destitución de un empleado de un dirigente sindical privado, y ordenaba su reincorporación en el servicio, con el pago de los salarios dejados de percibir. La decisión, que rechaza la teoría del móvil (que se considera que no existe en este caso) y considera que el acto en cuestión «objetivamente» no político, no siendo protegidos en el caso supremos intereses del Estado, fue dictada por Cammeo «impecable y convincente».

Copyleft – Ius Publicum

mayoritaria) es atribuible a una elección de «política» jurisprudencial en el Consejo de Estado francés.

Por tanto, nos ha parecido necesario, también de acuerdo con un examen histórico-evolutivo y comparado, verificar cuánto de este planteamiento original sigue presente todavía hoy, utilizando precisamente la teoría del acto político como criterio metodológico privilegiado para medir la evolución de la «política» jurisprudencial, a su vez fuertemente dependiente del orden institucional de un país y de las cambiantes relaciones entre poderes, funciones y fuentes.

Respecto a este carácter cambiante, la figura del juez al que se somete la cuestión sigue siendo la invariante que caracteriza los distintos sistemas, porque al fin y al cabo tiene la última palabra, incluso en el caso de que se autolimite, como sucedía en el pasado cuando se empleaba la teoría del móvil. De este modo, sobre el rastro de un importante ensayo sobre el tema[211], no nos parece erróneo considerar que el planteamiento histórico contenga una afirmación siempre válida, allí donde se subraya la imposibilidad de formular una definición única e inmutable de la noción de acto político.

Esto, simplemente, porque esa definición debe enfrentarse con demasiados factores, y demasiado cambiantes, para aspirar a una precisa posición dogmática. Lo demuestra, en nuestra opinión, el pensamiento de Guicciardi, que en Italia realizó probablemente la reconstrucción más convincente y lúcida, además de original, sobre el tema, excepto que a continuación tuvo que reajustar su propia teoría al contexto constitucional de la época, que había cambiado.

Observando también a los otros países considerados, se puede decir que hoy la situación se muestra bastante consolidada: la centralidad de la jurisprudencia en la definición

[211] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 39.

Copyleft – Ius Publicum

de la categoría y la doctrina, salvo loables excepciones, se conforma con retomar las tesis del pasado o de la pura exégesis del formante jurisprudencial.

Además, ha permanecido el dualismo de fondo entre los que tienden a justificar la persistencia de la categoría en el marco de la evolución de las relaciones entre Gobierno y administración, así como de la relevancia de la función de dirección política en los Estados sociales del siglo XX, y quienes, sin embargo, prefieren destacar más el resultado del principio de legalidad y, más recientemente, de plenitud y efectividad de la tutela (que a su vez no puede más que aumentar los márgenes jurisdiccionales de definición del caso, tanto que, también por esto, progresivamente muchos actos políticos han sido calificados como actos de alta administración en las últimas décadas).

Por otra parte, hay también quien critica directamente el actual centralismo de la función de gobierno, vista como una capacidad autónoma de cuidar y determinar los intereses vitales del Estado, cuya crisis determina la crisis de toda la categoría[212].

El autor es de la opinión de que este último aspecto no puede ser infravalorado, ya que demuestra cómo es la propia noción de «dirección política» la que ha determinado en nuestra doctrina de mitad de siglo la separación tendencial entre actos políticos y actos de gobierno, debiendo ser corregida en clave histórica, si no «escéptica», como sostienen algunos.

En todo caso, la investigación hasta ahora desarrollada respecto a la jurisprudencia extranjera parece confirmar la centralidad de la «política» jurisprudencial en la «construcción» de la categoría del acto político[213].

[212] Véase A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 315.

[213] Véase, por ej., G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, cit., 3, que habla de «poder consistentísimo de los tribunales italianos», que «no es sin duda inferior al que se encuentra en otros sistemas de los que tan a menudo la doctrina destaca la diversidad». El hecho de que tanto en Francia como en Italia el Consejo de Estado haya sido, desde el principio, «soberano» a la hora de decidir sobre el carácter político del acto, representó

Copyleft – Ius Publicum

La figura del juez, por lo tanto, aparece como una constante del sistema, en un orden evolutivo que ve el inicio de la problemática con la crisis del Estado absolutista, en el cuadro de la delicada relación entre Parlamento y Gobierno, para después dislocarse en el Estado social de derecho del siglo XX dentro de una nueva dialéctica entre Gobierno y Administración.

La centralidad de la «política» jurisprudencial en este campo puede notarse, además, en los cursos y recursos de la teoría del móvil, que a veces, en un cierto contexto institucional, parece renacer de sus cenizas para después tal vez ser de nuevo apartada.

Se ha hablado de la peculiaridad de su origen en la Francia de la restauración. Pero piénsese en la recuperación de esta tesis en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la época franquista, al menos hasta los años sesenta[214]. Consideremos, por último, el asunto italiano, donde la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el acto político en el periodo fascista, que en la época rompe definitivamente con la teoría del móvil, es quizás el ejemplo más significativo de la mantenida neutralidad e independencia del Consejo de Estado respecto al Gobierno autoritario de la época[215], mientras que la Casación, quizás no por

un aumento de garantías para los derechos de las personas, ver también J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 85.

[214] Un discurso no muy distinto puede realizarse, aunque teniendo en cuenta las peculiaridades de dicho ordenamiento, en lo que se refiere a la jurisprudencia estadounidense más reciente en materia de *political question*, donde, a pesar de que el duro desencuentro entre ejecutivo y judicial, haya llevado a una tendencial superación de la teoría enumerativa (Baker), así como a una mayor *deference* respecto a las *letters* o a los *statements* del Departamento de Estado, sigue habiendo un amplio margen de maniobra en manos de los tribunales, al menos en los votos de la doctrina más consciente. Sobre este punto, nos permitimos volver a hacer referencia a G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, cit., 358-365.

[215] Sobre el tema v. G. PASQUINI-A. SANDULLI, *Introduzione*, en *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, editado por G. Pasquini e A. Sandulli, Milán, 2001, 15; F. PATRONI GRIFFI, *Il Consiglio di Stato ed il regime fascista*, *ivi*, 176 ss.; V. CAIANIELLO, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, en AA.VV., *Cento anni di giurisdizione amministrativa*, *Atti del Convegno celebrativo per il centenario dell'istituzione della IV secione del Consiglio di Stato*, Nápoles, 1996, 249 ss.; L. MAZZAROLLI, *La protezione del cittadino* (informe de la Conferencia) "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano", Roma, 6 de febrero de 2003), en *www.giustizia-*

Copyleft – Ius Publicum

casualidad, todavía parecía incierta sobre la categoría y en 1927 emitía una decisión, planteada precisamente sobre la teoría del móvil, muy criticada por la doctrina de la época[216].

Observando también los otros países donde el sistema dualista no se ha afirmado[217], vendría a considerarse que el juez especial, paradójicamente (desde un punto de vista estructural) menos independiente, ha asumido en la materia su propia política jurisprudencial[218] innovadora, a menudo más en línea con las instancias de tutela del ciudadano[219]. Por otra parte, la relevancia de la «política» jurisprudencial en esta materia parece hoy destinada a crecer.

amministrativa.it; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano* (informe de la Conferencia) "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano", Roma, 6 de febrero de 2003), en *www.giustizia-amministrativa.it*; ID., *Il Consiglio di Stato nel ventennio fascista. Prime note,* en *Ordine giuridico e ordine politico*, editado por P. Carta y F. Cortese, Padova, 2008, 27 ss.; G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, en *Dir. proc. amm.*, 2012, 763 ss., con referencia expresa al caso Torlonia y con muchas consideraciones interesantes sobre la función (definida por el autor) «normogenética» y «principio-filática» de la jurisprudencia administrativa.

[216] Cass. civ., Sec. un., 27/01/1927, con notas de N. COCO, *L'atto del potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, en *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 277 ss., A.C. JEMOLO, *La Cassazione e l'atto amministrativo emesso dal Governo nell'esercizio del potere politico*, *ivi*, 391 ss.; M. SIOTTO-PINTOR, *Intorno al concetto del potere politico*, en *Foro it.*, 1927, I, 1073 ss.; B. LIUZZI, *Sulla nozione di atti di governo*, en *Foro amm.*, 1927, IV, 51 ss.

[217] Véase G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, cit., 358-368.

[218] Sobre esta paradoja, en general, v. S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, cit., 424; sobre el tema específico, por el contrario, A. DE VALLES, *Sulla teoria degli «atti politici»*, cit., 13.

[219] Sobre el tema v. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Náples, 2008; ID., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, en *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss.; ID., *I princìpi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, en *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Por una parte, por el impacto decisivo del principio de efectividad y plenitud de la tutela, que lleva a los tribunales a privilegiar los planteamientos negativos, efectuando en esta clave la exégesis constitucionalmente orientada[220].

Por el otro, por la pérdida intrínseca del valor de categoría del acto político, en un contexto de desvalorización general de la soberanía de los ordenamientos estatales, que ha comportado, y comporta cada vez más, cómo se encuentra hoy bajo los ojos de todos en materia de política económica que el cuidado de intereses vitales de la colectividad se confíe cada vez en mayor medida a las instancias supranacionales, a menudo técnicas o «despolitizadas»[221].

Pero, si es así, esta se considera actualmente a la luz de dos cuestiones ineludibles: la progresiva pérdida de soberanía de los ordenamientos estatales y la cada vez más evidente afirmación de los derechos fundamentales, que se refleja sobre el mismo principio de separación de poderes, aumentando el número y la importancia de las *instituciones de garantía* respecto a las *instituciones de gobierno*[222].

[220] La idea básica de este enfoque es que la Constitución no es solo primordial, sino también inmanente en el ordenamiento. Esto implica que la regla es la restricción de la acción de las autoridades públicas para la aplicación de los principios encuadrados en la primera parte de la Constitución (en línea con la tesis de la soberanía de los valores) y que la excepción... simplemente no existe. Si hubiese valores (traducidos como principios constitucionales), no serían verdaderamente soberanos. Esto no quiere decir que no sean equilibrados –considerando que el equilibrio es la dignidad de la persona– sino que significa que la fórmula «primacía de la política» no encuentra cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Para ver esta configuración: G. SILVESTRI, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

[221] Véase A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 315.

[222] Véase el punto en L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, en *Dir. pubbl.*, 2010, 141 ss. Recientemente, el empañamiento de la doctrina de la no fiscalización del acto político fue visto como uno de los muchos instrumentos (junto con otros, como por ejemplo: una lectura particularmente estricta de la prohibición de *non liquet*, la aplicación anómala del principio de interpretación coherente, etc.) que han permitido al juez conquistar espacios que antes parecían cerrados. Esto se refiere a: M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, en *www.rivistaaic.it*, § 3.

Copyleft – Ius Publicum

En este sentido, se observa que, en un ordenamiento constitucional en el que la regla es la limitación de la acción de los poderes públicos para la realización de los principios expuestos en la primera parte de la Constitución, la fórmula de «primacía de la política» no puede tener más ciudadanía[223].

Además, la progresiva caída de las barreras tradicionales entre poder ejecutivo y poder legislativo, debida a varios factores (crisis de la representación política, relevancia de las administraciones independientes, tendencia a trasladar las decisiones de los actos puntuales a los actos de regulación, calado del Derecho supranacional en algunas materias como la ambiental, etc.), no opera con miras a la inmunidad del poder, sino al contrario, de la extensión de las garantías, ya sea en el caso de «administrativación» del procedimiento legislativo (pensemos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación de leyes-medidas) o ya sea, por el contrario, en caso de «politización» del procedimiento[224].

Esto presenta evidentes recaídas también en el plano procesal. El principio de justiciabilidad de los actos del poder público, contenido en las cartas constitucionales de los diferentes países que hemos considerado[225], o de cualquier modo implícito dentro del sistema, desde esta óptica ha impuesto a la jurisprudencia una exégesis en la medida de lo posible restrictiva de la categoría de los actos políticos.

También en este sentido se puede probablemente leer la reciente sentencia del Tribunal Constitucional en relación con el nombramiento de los asesores de una Junta regional[226] que, como ya se ha dicho, si bien de un modo no del todo inteligible, especialmente en relación con la calificación jurídica de la naturaleza del acto, muestra sin embargo de una forma plástica la actual «política» jurisprudencial.

[223] Véase la nota 220.

[224] B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit.

[225] Para una visión general, consultar E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. it., Milán, 2010.

[226] Sentencia de 5 de abril de 2012, n.º 81.

Copyleft – Ius Publicum

En nombre de los principios de efectividad y plenitud de la tutela jurisdiccional, y en cumplimiento de los caracteres del Estado de derecho, se ha considerado limitar ulteriormente la esfera de inmunidad del acto político, que, aun ante la repetición de los requisitos *subjetivo* y *objetivo*, bien podrá ser fiscalizable «en la medida en que el ámbito de extensión del poder discrecional, también aquel amplísimo que caracteriza a una acción de gobierno, está circunscrito por vínculos impuestos por normas jurídicas que señalan sus límites y dirigen el ejercicio…».

Nuestra jurisprudencia, sin embargo, se presenta bastante rigurosa en la búsqueda de los requisitos subjetivos y objetivos del acto político, incluso si después, dada la aleatoriedad de estos presupuestos, como se ha visto, conserva márgenes de valoración consistentes.

En todo caso, muy a menudo se combina el argumento de la distinción «ontológica» del acto político respecto al administrativo con el (propio de la antigua teoría negativa) de la carencia en este caso de situaciones jurídicas subjetivas involucradas por el uso del poder.

Teniendo en cuenta que a su vez esta última temática es, en sí, objeto de una constante y todavía incierta «política» jurisprudencial por parte del juez administrativo, en cuanto que es uno de los aspectos que tradicionalmente ha caracterizado su especialidad respecto al juez ordinario, queda claro que este último método de búsqueda se debilita, en su alcance heurístico, donde sea privado del apoyo del primer presupuesto (relativo a las relaciones entre actividades de gobierno y administración).

Es fácil encontrar, en este sentido, quién denuncia la inconstitucionalidad del art. 7 c.p.a. basándose en la imposibilidad de distinguir una función de gobierno de la función administrativa, también sobre la base del amplio alcance del art. 113 de la Constitución italiana, que hace referencia a los «actos de la administración pública», y no ya a los actos

Copyleft – Ius Publicum

administrativos en sentido estricto[227] o, más recientemente, quién invita a partir de los derechos constitucionalmente tutelados y no del poder, admitiendo la exclusión del control del juez solo donde esta sea reconducible a una norma constitucional, o más bien, donde sea constitucionalmente impuesta[228].

En opinión de quien escribe, sin embargo, es todavía válida la antigua orientación «historicista», en su variante negativa. En este sentido, se puede todavía considerar que el art. 7 c.p.a. no sea inconstitucional allí donde, lejos de ratificar una presunta «primacía de la política», aluda a elecciones del Gobierno, o de otros órganos «constitucionales», caracterizadas por una elevada discrecionalidad, las cuales no permiten imaginar los extremos para una impugnación delante del juez administrativo, en cuanto que no son idóneas para menoscabar situaciones subjetivas.

El presente trabajo, en su perspectiva histórico-comparada, pretende ser una nueva prueba de la actualidad de esta tesis, que además hoy, si cabe, permite adoptar aún mejor los nuevos equilibrios entre poderes del Estado y entre reglas y principios.

El *excursus* histórico-comparado, aunque de manera muy parcial, nos ha mostrado cómo el planteamiento «historicista» puede considerarse, en la centralidad que encomienda a la jurisprudencia en los distintos giros histórico-institucionales, una "invariante" de fondo en un sistema tan deconstruido, y como tal representar un interesante punto de vista que, si bien no resuelve los múltiples problemas en juego, al menos permite percibirlos mejor.

[227] Véase F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, cit., § 18; en el mismo sentido F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, cit., § 4. Para un enfoque similar: G. GRASSO-R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, en *Costituzionalismo e storia*, editado por C. Ghisalberti e G. Bianco, Turín, 2007, que argumentan que «un cierto acto del Gobierno no puede ser cuestionado por ser político, pero es político en cuanto que no impugnable. Son las características del acto, y no su relación con la dirección política del Gobierno, las que excluyen la posibilidad de apelación».

[228] F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 87.

Copyleft – Ius Publicum

En este sentido, como se ha visto, en este contexto de ordenamiento europeo, invadido por la centralidad del principio de efectividad de la tutela, parece ir hacia una hibridación de los modelos, tal como demuestra la tesis de la cobertura «jurídica» del acto político, expresamente regulada en España y recibida en nuestro país por vía jurisprudencial y no legislativa.

Y no solo eso. Se trata de un planteamiento también oportuno metodológicamente porque, como hemos dicho, es la misma noción de dirección política que puede ser encuadrada según categorías históricas, si no también «escépticas». Y, justamente en este orden de ideas, el mismo principio de separación de poderes se redefine otorgando una importancia cada vez mayor a las *instituciones de garantía* (no necesariamente jurisdiccionales).

En todo caso, a nuestro juicio son estos últimos los caminos que debería recorrer la jurisprudencia hoy en nuestro ordenamiento de modo más plausible, en contra de un dato normativo que continúa hablando de actos del Gobierno inmunes.

No parece, por tanto, posible admitir la «cobertura» jurídica de un acto político[229]. En estos casos, se tratará siempre de actos administrativos, aunque tendencialmente caracterizados por una amplísima discrecionalidad, por tanto impugnables en principio, e inmunes solo a condición de incluirlos en el denominado fondo de la cuestión administrativo,

[229] Como parece opinar el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 81/2012. Se debe distinguir entre acto político incuestionable y acto político inapelable (ante los tribunales administrativos). Por supuesto que será posible admitir la posibilidad de fiscalización del acto político en foros diferentes a los tribunales. Basta pensar -una vez más- en la designación de senadores vitalicios (acto «sustancialmente presidencial», pero utilizable como ejemplo). Tal acto no es impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que no infringe ningún interés legítimo. Pero es teóricamente revisable «en las sedes apropiadas», ya que el Senado podría elevar la contienda de competencia por deterioro y el presidente podía ser puesto en un estado de acusación, si la gravedad de la infracción constituye un atentado a la Constitución. El Tribunal parece ir más allá de este hallazgo, allí donde habla de acto político fiscalizable en los tribunales, en cuanto que ha vulnerado una norma de Derecho.

Copyleft – Ius Publicum

con tutela limitada a los aspectos de legitimidad[230] o, pero siempre en segundo lugar, considerar infundadas las condiciones de la acción en el caso específico.

Bajo este perfil quedan hoy abiertas (y, por lo tanto, confiadas a la «política» jurisprudencial) dos cuestiones relevantes de fondo.

La primera consiste en una delimitación más clara del requisito *subjetivo* del acto político. Es evidente que la categoría de los actos «constitucionales», aún más que la de los actos internacionales, en cuanto tendencialmente más amplia que la de los actos políticos del Gobierno, impone un esclarecimiento entorno al alcance del art. 7, párrafo 1, c.p.a. Lo mismo puede decirse para algunos actos de regiones y entes locales. Probablemente, la persistente incertidumbre sobre este aspecto se ha descargado sobre la reciente reconstrucción efectuada por el Tribunal Constitucional.

Esta aconsejable aclaración ayudaría también a despejar el campo de las tensiones que crea la segunda cuestión, que es la de las situaciones legitimadoras. Lejos de prefigurar una posible coexistencia entre intereses protegidos y actos políticos no impugnables, en contraste con los principios constitucionales[231], el problema de las situaciones legitimadoras se situaría en un segundo tiempo, en el control del acto administrativo. Pero en este caso, como se ha visto, aparece una última cuestión relevante de «política» jurisprudencial, puesto que la extensión, a veces, no supervisada por la legitimación, puede incidir sobre la connotación subjetiva casi incontestable del proceso administrativo[232].

[230] Esta es la conclusión alcanzada por V. FANTI, *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, cit., 518, después de excluir que el contenido en el art. 31 de T.Ú. 1924 (que ahora tenemos que decir que es el art. 7 c.p.a.) se pueda extender a los actos dictados por órganos distintos del Gobierno.

[231] Esencialmente por esta razón, la tesis negativa mantiene su actualidad.

[232] Basta pensar en las conclusiones opuestas alcanzadas por el Cons. Est., sec. V, 27 de julio de 2011, n.º 4502, en cuanto a la designación de los comisionados de un Consejo Regional, y Tar Lazio, ord., sec. II-bis, 8 de abril de 2011, n.º 1302, en términos de llamar a referéndum para derogar.

Copyleft – Ius Publicum

La relevancia del factor de la «legitimación» para apelar no debe sorprendernos llegados a este punto; como se ha visto, también en la jurisprudencia española el carácter «regulado» del caso a menudo no se considera suficiente para estimar el carácter controlable del acto, de forma que se pasa a verificar la subsistencia de los intereses protegidos, perjudicados por el acto, frecuentemente a través de un juicio de proporcionalidad donde subsistan derechos fundamentales en posible conflicto entre ellos.

Se confirma, mediante este siguiente aspecto, la oportunidad de considerar la evolución de la figura del acto político en el ordenamiento francés o en el español. Ha surgido una idea de fondo: más allá de las técnicas con las que interviene el legislador sobre la cuestión, la profunda «hibridación» de los modelos, debida a la afirmación común de los principios de efectividad y plenitud de la tutela y del principio de legalidad, así como a la tendencia de hacer confluir el problema en las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa, no hace más que aumentar el poder de cualificación del juez que, caso por caso, realiza una serie de valoraciones detalladas *lato sensu* «políticas», que frecuentemente prescinden del dato normativo.

En este sentido, el acto político, en su persistencia, no hace otra cosa que confirmar la actual clave de lectura conforme a la cual fue enmarcado originariamente, requiriendo que a partir de aquí empecemos por tratar, con un método en la medida de lo posible complementario respecto al iuspositivo, muchos otros perfiles de persistente criticidad de nuestro Derecho público.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

JOINT PROCUREMENT AND INNOVATION IN THE NEW EU DIRECTIVE AND IN SOME EU-FUNDED PROJECTS

Silvia PONZIO

INDEX

1. INTRODUCTION
2. INNOVATION IN PUBLIC PROCUREMENT IN THE EU SINGLE MARKET
3. NEW ORGANIZATIONAL MODELS FOR JOINT PROCUREMENT
4. THE NEW CHALLENGES OF EU-FUNDED PROJECTS TO PURCHASE INNOVATIVE SOLUTIONS AT EUROPEAN LEVEL
5. THE NEED OF PROFESSIONALIZATION FOR INTEGRITY AND EFFICIENCY IN PUBLIC PROCUREMENT

1. INTRODUCTION

The new European Directive on public procurement[1] provides new rules and instruments for fostering the aggregation of public procurement of goods, services and works[2] as well as the innovation in public procurement even through IT tools[3].

[1] Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 *on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC*; See also: Directive 2014/25/EU of the European Parliament

Copyleft – Ius Publicum

New chances for cooperation - also cross-border or transnational - among contracting authorities are introduced, particularly for Central Purchasing Bodies (CPBs) in order to pursue the best value for money as well as innovation and sustainability, overcoming the existing barriers in the EU Single Market and offering new chances to economic operators, especially to innovative SMEs.

Considering the difficulties in the implementation of such forms of cooperation the new Directive aims to facilitate such experiences on the basis of some EU projects that first tested new solutions. Such projects have permitted to establish some networks among European public purchasers and to develop experiences of joint procurement to test the most relevant critical points as subsequently highlighted in the Directive [4] .

Among the most advanced and innovative joint procurement experiences, the HAPPI project *Healthy Ageing - Public Procurement of Innovations* [5] stands out for having combined product innovation ("what to buy") with a significant innovation of the procurement procedure jointly designed and conducted by CPBs of different Member

and of the Council of 26 February 2014 *on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC;* Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 *on the award of concession contracts*.

[2] Directive 2014/24/EU, cit., Art. 59. See the Title II, Chapter II (Artt. 33-39), on *Techniques and instruments for electronic and aggregated procurement*.

[3] EU Commission, *Golden Book of e-Procurement Good Practices*, available at: *http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/e-procurement/golden-book/index_en.htm*. See also: EU Commission, *A Strategy for e-Procurement*, 20th April 2012.

[4] Directive 2014/24/EU, cit., Whereas no. 71.

[5] The HAPPI project *(Healthy Ageing Public Procurement of Innovations, http://www.happi-project.eu/)*, is funded by the EU Commission (DG Enterprise) within the Call "*Supporting Public Procurement of Innovative Solutions: Networking And Financing Procurement" (ENT/CIP/11/C/N02C011).* See infra § 4.

Copyleft – Ius Publicum

States. The experience of the HAPPI project in the wider perspective of the next challenges of the implementation of the new Directive has been recently discussed and this article aims to highlight the more innovative perspectives emerged[6]. The new challenges require to overcome legal and language barriers and need an intense capacity development. The benefit of such changes should assure a significant improvement of the quality of public spending for the benefit of innovative and sound suppliers and of citizens[7].

2. INNOVATION IN PUBLIC PROCUREMENT IN THE EU SINGLE MARKET

The new European Directive on public procurement[8] provides new organizational and contractual instruments to pursue simplification and innovation in public procurement in order to enhance the EU Single Market. In such a perspective joint procurement

[6] Conference on *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Rome, Italian Council of State, 14th May 2014 (http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/ATT00053.pdf).

[7] EU Commission, *Public consultation on the modernisation of EU public procurement policy – Towards a more efficient European procurement market*, available at *http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2011/public_procurement_en.htm*.

[8] Directive 2014/24/EU cit.

Copyleft – Ius Publicum

strategies can become an innovative way of buying [9] with a more extended use of e-procurement[10].

The EU legal framework on public procurement provides transparent procedures[11], implementing the principles of fair competition, participation and non-discrimination through an objective selection of the tenderers coherent and proportional to the features of goods and services purchased, in order to ensure openness of the Single Market. However, the still existing linguistic and legal barriers among Member States have undermined the realisation of such goals. Simultaneously, the fragmentation of public demand has often caused public procurement inefficiency[12].

The estimate of total government expenditure for public procurement of works, goods and services (excluding utilities) in the EU is significant and almost reached the 14% GDP in 2012[13]. Data observed in Italy are similar, considering that, in 2012, the public

[9] Directive 2014/24/EU, cit., Art. 59. See the Title II, Chapter II (Artt. 33-39), on *Techniques and instruments for electronic and aggregated procurement*.

[10] EU Commission, *Golden Book of e-Procurement Good Practices*, available at: *http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/e-procurement/golden-book/index_en.htm*. See also: EU Commission, *A Strategy for e-Procurement*, 20th April 2012.

[11] Directive 2004/18/EC, 31 March 2004, Art. 7 and Directive 2004/17/EC, 31 March 2004, Art. 16.

[12] O. Bandiera, A. Prat, T. Valletti, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, 2009, *American Economic Review*, the report points out the differences in the prices of equivalent goods and the higher costs are related to insufficient professional skills (83%) more than the existence of corruption.

[13] EU Commission. *Public Procurement Indicators 2012*, 12th November 2014, where it is reported for the 2012 that the total expenditure on works, goods and services (excluding utilities is the 13,74 % of GDP (the EU Public Procurement market amount – excluding utilities in 2012 reaches 1769,58 billion of Euro, in the same year the value of contracts published in TED are 401,68 billion of Euro)". M. Poulain, *Opening public procurement markets: Contribution of trade policies to the recovery in the field of public procurement*, Procurement unit DG

Copyleft – Ius Publicum

spending in public procurement of works, services and supplies has reached an amount equal to 95 billion €[14].

Notwithstanding the relevant purchasing power of public administrations and the significant resources involved in the area of public contracts, until today such power has been deeply limited by the widespread fragmentation of public demand. Indeed, the existence of over 250 000 contracting authorities in Europe has been detected, where these authorities manage procurement budgets of different sizes and possess very different purchasing capacities[15]. Within this context, public procurement can represent the basis for important policies aiming to ensure public demand quality and integrity for the benefit of citizens as well as to favour a smart, sustainable and inclusive growth[16], while pursuing the

Trade, Rome, 15th October 2009. M. Burgi, *Annual Report 2012 – Germany*, in *Ius Publicum Network Review*, Issue no. 2/2012, 1 and ff.

[14] G. Giovannini, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 4 et seq.

[15] EU Directive, Whereas No. 78 et seq. EU Commission, Commission staff working paper, *Evaluation Report - Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, 27th June 2011, SEC(2011) 853 final, Part 1, VI. See: G. M. Racca, *The role of IT solutions in the award and execution of public procurement below threshold and list B services: overcoming e-barriers*, in D. Dragos – R. Caranta (Eds.) *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty?*, European Procurement Law Series, Vol. 4, Djøf Publishing,Copenhagen, 2012, 382-383.

[16] EU Commission, 3rd march 2010, *Europe 2020 — A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*. See: G. M. RACCA, *Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement Performance*, *4th International Public Procurement Conference (IPPC 2010) – Seoul (Korea)*, August 26-28, 2010, available at http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/18TransparencyAccountabilityinProcurement/Paper18-13.pdf; G. M. Racca, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, cit., 226 e 227.

Copyleft – Ius Publicum

most efficient use of public resources[17]. Such objectives represent particularly pressing needs due to the economic crisis.

The economic significance assumed by public contracts (public procurements and concession contracts) has determined the EU intervention in this sector for defining common principles for Member States in order to advance in developing the Single Market, still so limited. Despite the provision of EU public procurement principles and rules[18], the goal of the Single Market is still not accomplished. Indeed 80% of public procurement in Europe is below the European thresholds or is outside the scope of the EU Directives. The application of different national principles and rules has limited the participation - especially the cross-border one - in award procedures. Indeed, the amount of direct cross-border procurement is equal to 1,6%[19] which raises up to 11% taking into account the

[17] Directive 2014/24/EU, Whereas No. 2.

[18] Since the early 70's, the European public procurement rules on public procurement have primarily aimed to achieve economic integration among the Member States implementing the EU principles and the "economic freedoms" as defined by the Treaties: cfr. Directive 71 /305/EEC of 26 July 1971 *concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts*; Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 *coordinating procedures for the award of public supply contracts*; Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 *relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts*. On the development of the EU public procurement legal framework see: C. H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, 17 et seq. See now the Treaty on the Functioning of the European Union on: the free movements of goods (artt. 28 - 37); the free movement of persons, services and capital (artt. 45 - 48); right of establishment (artt. 49- 55); the freedom to provide services (artt. 56-62); the movement of capitals and payments (artt. 63-66). See: S. Arrowsmith, *The Law of Public and utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, London, I, 2014, 237 et seq.; A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU competition rules*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

[19] EU Commission, Commission staff working paper, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit., I, 134.See: Rambøll Management, Rambøll study for the EU Commission, *Cross-border procurement above EU thresholds*, May 2011, 38. This study also found that 50% of public procurement shall be awarded to economic operators established in less than 100 km by the contracting authority. See also: EU

Copyleft – Ius Publicum

indirect cross-border procurement (where firms bid for contracts through their foreign affiliates or subsidiaries)[20].

An effective Single Market and a fair competition could permit to develop more efficient businesses as well as to guarantee a proper use of public resources for improving European citizens' life quality.

The economic relevance of the public contract sector led the EU institutions to develop such principles also to boost the European economic growth[21]. Indeed public procurement plays an important role for the Europe 2020 strategy's success since it represents, within the EU legal system, a market-based instrument to achieve a smart, sustainable and inclusive growth[22] while ensuring the most efficient use of public resources[23] as well as the openness of the European public procurement market.

The lack of an adequate public procurement orientation towards innovation has been acknowledged not only in Europe[24] and has hindered the spread of innovation and a

Commission, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market*, COM(2011) 15 final, 27th January 2011, 4.

[20] EU Commission, Commission staff working paper, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit., I, XIII. See: EU Commission, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market*, cit., 4.

[21] G. Giovannini, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 4.

[22] EU Commission, 3rd March 2010, *Europe 2020 — A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*.

[23] Directive 2014/24/EU, cit., Whereas No. 2.

[24] The Japanese government discussed the significance of an innovation orientated toward a new approach for public procurement. And through comparison with procurement strategies employed by the US, the UK and the Netherlands it proposes: (1) intermediary professional actors to appraise prototype technologies; (2) interactive

Copyleft – Ius Publicum

better definition of public demand as well as the definition of innovative technical specifications for products and services[25].

The public procurement of innovative goods and services has become an essential tool in order to ensure quality and efficiency of the services delivered to citizens, especially in economic crisis times[26], since economic operators' investments for complying with the public procurement of innovations may foster the creation of new products or the improvement of already existing products[27]. The public demand, if correctly driven towards the achievement of environmental, social or health protection goals, could successfully stimulate innovation and investments by the economic operators from reference markets favouring competition among themselves and the creation of new job opportunities.

dialogues between suppliers and users before tendering; (3) fair and transparent competition focusing on new social and economic values of emerging technologies are the absolute essence of public procurement for innovation. Y. Myoken, *Demand-orientated policy on leading-edge industry and technology: public procurement for innovation*, in *International Journal of Technology Management*, 2010, 49 (1-3), 196 – 219.

[25] J. Edler – L. Georghiou, *Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side*, in *Research policy*, 2007, 949-963.

[26] EU Commission, *Scoreboard shows EU more innovative, but gap between countries widening*, 26 March 2013, that provides a ranking of EU Member States. While the most innovative countries have further improved their performance, others have shown a lack of progress. The overall ranking within the EU remains relatively stable, with Sweden at the top, followed by Germany, Denmark and Finland. Estonia, Lithuania and Latvia are the countries that have most improved since last year. Drivers of innovation growth in the EU include SMEs and the commercialisation of innovations, together with excellent research systems. However the fall in business and venture capital investment over the years 2008-2012 has negatively influenced innovation performance.

[27] EU Commission, Eu*rope 2020 Flagship Initiative Innovation Union – 2011*. Public procurement of innovative products and services is vital for improving the quality and efficiency of public services at a time of budget constraints. Yet little public procurement in Europe is aimed at innovation, despite the opportunities under the EU procurement directives. This is due to a range of factors, such as: incentives that favour low-risk solutions; a lack of knowledge and capabilities regarding successful procurement of new technologies and innovations; and a disconnection between public procurement and policy objectives.

Copyleft – Ius Publicum

The role of public demand for innovation is particularly relevant when the risk for companies to innovate is high. The high risk occurs when a supplier needs to commercialise because demand is uncertain. As a result, many products and companies fail at the demonstration and scale-up stage. Consciousness of an existing market for an innovative product reduces the risk and enables a supplier to invest in anticipation of future revenues. Innovation through public procurement has great potential to trigger innovation in industry and to create markets for innovative products which meet specific needs[28]. Through the public procurement of innovation, public authorities may buy goods and services even already existing but needing to be improved, obtaining these in a reasonable time.

The new Directive highlights that "public procurement is crucial to driving innovation, which is of great importance for future growth in Europe" and promotes "the development and use of European approaches to life-cycle costing as a further underpinning for the use of public procurement in support of sustainable growth"[29].

To achieve the mentioned goals and in order to increase the efficiency of the public procurement sector with an innovation of the award procedures the new EU rules aim to facilitate cooperation among contracting authorities both cross-border and transnational, while facilitating participation of innovative Small and Medium Enterprises (SMEs) in public procurement.

In such a perspective the cross-border joint procurement is promoted aiming to enhance the benefits of the Single Market by creating cross-border business opportunities for the economic operators. Indeed, innovative projects involve a great amount of risk than

[28] EU Commission, *Innovation Union Competitivness Report*, 2011, available at *http://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/competitiveness-report/2011/iuc2011-full-report.pdf*.

[29] Directive 2014/24/EU, cit., Whereas No. 95.

Copyleft – Ius Publicum

reasonably bearable by a single contracting authority. The new strategies of cooperation in public procurement may allow contracting authorities "to derive maximum benefit from the potential of the internal market in terms of economies of scale and risk-benefit sharing"[30] .

Meanwhile "public procurement should be adapted to the needs of SMEs" particularly of the innovative ones. To preserve competition and transparency as well as market access opportunities – even at cross-border and transnational level – for SMEs, contracting authorities are encouraged to "divide large contracts into lots"[31], possibly accompanied by a maximum number of lots that can be awarded to one bidder[32]. Lots' strategies can develop on a quantitative basis, arranging the size of the individual contracts so as to adapt them to capacity of SMEs, or on a qualitative basis, taking into account the SMEs' specialised sectors and consequently adapting the content of the individual contracts[33].

[30] Directive 2014/24/EU, cit., Whereas No. 73.

[31] Directive 2014/24/EU, cit., Whereas No. 59 and 78.

[32] EU Commission, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy*, cit., 30.

[33] EU Commission, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy*, cit., 4. G. M. Racca, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *ApertaContrada*, 2014, available at http://www.apertacontrada.it/2014/01/15/le-prospettive-dellaggregazione-nellamministrazione-dei-contratti-pubblici , where are highlighted the benefits to provide separate lots (territorial or by type of service) in relation to the presence of economic operators in the sector. In this framework this strategies enhance competition and encourage the participation of small and medium enterprises more innovative.

Copyleft – Ius Publicum

3. NEW ORGANIZATIONAL MODELS FOR JOINT PROCUREMENT

In order to ensure the innovation and rationalization of the organizational models of public procurement procedures, the new EU Directive provides new principles and rules in the field of aggregation of public procurement promoting cooperation among contracting authorities from different Member States. In such a perspective significant innovations in national legal systems are required. Within this new context the overall public procurement moves from being a model based on award procedures carried out by individual contracting authorities towards a totally different model, grounded on the aggregation of such award procedures[34].

The cooperative models can be developed among CPBs as contracting authorities that may drive public choices towards the best use of public resources for the benefit of innovation, sustainability and competition, favouring participation of innovative SMEs in public procurement. CPB is a complex organization that has different professional skills (legal, economic, technical, methodological, engineering etc.)[35]. Those skills are often out

[34] G. M. Racca, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 11. See also: G. M. Racca and S. Ponzio, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in *Droit administratif*, cit., 7 et seq.

[35] G. M. Racca, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, in F. Lichère – R. Caranta – S. Treumer (ed. by) *Modernising Public Procurement: the New Directive, DJØF Publishing*, Copenhagen, 2104, 225-254; G. M. Racca, *Nuove prospettive per l'aggregazione dei contratti pubblici nel contesto europeo*, in R. F. Acevedo – P. Valcarcel Fernandez (ed. by) *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomson Reuters – Editorial Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2014, 455-492; G. M. Racca, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *Aperta Contrada*, in http://www.apertacontrada.it/2014/01/15/le-prospettive-dellaggregazione-nellamministrazione-dei-contratti-pubblici/, 2014; G. M. Racca, G. L. Albano, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience*, in C. Harland – G. Nissimbeni - E. Schneller (ed. by), *Strategic Supply Management Sage*

Copyleft – Ius Publicum

of reach for most individual contracting authorities and they are necessarily required for the implementation of joint procurement. CPBs can ensure the necessary professionalization for a smarter use of the innovative contractual tools such as framework agreements and dynamic purchasing systems or procedures (e.g. innovation partnership[36]).

New chances for cross-border cooperation are explicitly provided by the Directive: first, contracting authorities can use public contracts awarded by contracting authorities of different Member States; second, a contracting authority may delegate another one to carry out its own procurement procedure; third, contracting authorities from different Member States can set up joint entities established under national or EU law[37] such as the European grouping of territorial cooperation (EGTC)[38]. The last instrument allow to overcome the barriers hindering territorial cooperation, favoring the establishment of cooperative groups at European level and invested with legal personality, also in the public procurement sector.

Publications, London, 2013, 179-213; G. M. Racca - S. Ponzio, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in *Droit Administratif*, no. 7-8/2011, 7-12.

[36] S. Arrowsmith, *The Law of Public and utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, cit., 1044 et seq.

[37] Directive 2014/24/EU, Whereas No. 73. See EU Commission, *Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation')* - SEC(2011)1169), 4th October 2011, where there is a distinction between cooperation to carry out tasks of public interest in the proper sense and activities that would require the competition in the market. See: R. Cavallo Perin – D. Casalini, *Control over In-house Providing Organisations*, in *Public Procurement Law Review*, Issue 5, 2009, 227-241.

[38] Regulation (EC) No 1082/2006 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on a European grouping of territorial cooperation (EGTC); Regulation (EU) No 1302/2013 amending Regulation (EC) No 1082/2006 on a European grouping of territorial cooperation (EGTC).

Copyleft – Ius Publicum

One of the most innovative legal provisions of the EU Directive enables contracting authorities to use centralised purchasing activities offered by CPBs located in another Member State and that prevent Member States from prohibiting such a possibility[39]. This provision pursues the goals both of strengthening the EU Single Market and of safeguarding competition, which assume specific relevance exactly with regard to public procurement of a high cross-border interest[40]. The provision derives from previous EU principles and does not introduce a new rule. This implies the possibility to apply it according to the whereas that recognized that is was possible before the new Directive even considering the legal and practical difficulties for contracting authorities in purchasing from CPBs in other Member States or jointly awarding public contract[41]. Considering such principles, Member States, while implementing the European Directive, are allowed exclusively to specify which centralised purchasing activities may be used by their contracting authorities[42]. CPB has in fact the possibility to act either as a wholesaler or as an intermediary and, while acting as intermediary, without mandatory instructions that is without an obligation to buy[43].

In such a perspective the use of centralised purchasing activities offered by a CPB (even if located in another Member States) allows contracting authorities not to apply the

[39] Directive 2014/24/EU, cit., Art. 39, par. 2.

[40] G. M. Racca, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Rome, 14th May 2014, cit., 14.

[41] Directive 2014/24/UE, cit., wh. No. 73.

[42] Directive 2014/24/UE, cit., Art. 39, par. 2; see also the art. 2, par. 1, 14, (a) and (b), about the activities intermediary and wholesaler carried out by central purchasing bodies (centralised purchasing activities).

[43] G. M. Racca, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 14.

Copyleft – Ius Publicum

procedures provided for public procurement[44] and even the European principles and rules in the public procurement field[45], since they are already guaranteed by making use of this organizational model.

Such rules allow national contracting authorities to reach significant savings, at the same time requiring to define a clear regulatory framework. Within the Italian legal system, it is of utmost importance to coordinate the implementation of the new Directive with the national rules currently compelling contracting authorities to adhere to contractual tools adopted by the national CPB Consip S.p.A. or to respect the price-quality parameters as inserted within the relative "conventions"[46].

The evolution of the related legal framework is fragmented and not always coherent, especially regarding the obligation of adhesion to the contractual activity carried out by Consip S.p.A.[47]. Initially, the obligation to purchase through this legal entity was provided for State administrations[48], while the other public administrations were obliged to

[44] Directive 2014/24/EU, cit., Art. 37, par. 4.

[45] Directive 2014/24/EU, cit., Art. 37, par. 2.

[46] G. Giovannini, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 7. See G. M. Racca, Public Contract – Annual Report 2012, in *Ius Publicum Network Review*, Issue no. 3/2012 , 11 and ff.

[47] Organisation for Economic Co-operation and Development, *Centralised Purchasing Systems in the EU*, 11 gennaio 2011, in *http://www.oecd-ilibrary.org/governance/centralised-purchasing-systems-in-the-european-union_5kgkgqv703 xw-en*; S. Zuccolotto – L. Minganti, *Evoluzione storica del processo di acquisto della pubblica amministrazione*, in L. Fiorentino (ed. by), *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007, 60 e ss.; E. D'Alterio, *Luci e ombre del sistema degli acquisti delle pubbliche amministrazioni*, L. Fiorentino (ed. by), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella* Repubblica *federale*, Bologna, 2011, 31 e ss.

[48] D.m. 24 February 2000, *Conferimento alla Consip S.p.A. dell'incarico di stipulare convenzioni e contratti quadro per l'acquisto di beni e servizi per conto delle amministrazioni dello Stato*.

Copyleft – Ius Publicum

ensure congruence with the quality/price parameters (*parametri prezzo e qualità*) set in the "conventions" concluded by the national CPB[49].

At first, these commitments were strengthened[50] and extended also to entirely State-owned public and private entities, which therefore had to adhere to the conventions system[51]. At a later stage, these commitments were limited (by providing the obligation to use Consip S.p.A.'s conventions only for "purchase of goods and procurement of high-quality and low-labour-intensity services"[52] and then of "goods and services with national relevance" [53]) and then again extended[54] by including also National Healthcare Agencies[55],

[49] S. Ponzio, *La verifica di congruità delle offerte rispetto alle convenzioni Consip s.p.a. negli appalti pubblici di forniture e servizi*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2356. See also C. conti, sez. giur. reg. Valle d'Aosta, 23 November 2005, n. 14, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3473, with an article of G. Astegiano, *Acquisto di beni e servizi da parte degli enti territoriali e responsabilità del funzionario incaricato*. See also: G. M. Racca, *Aggregate models of public procurements and secondary considerations*, in R. Caranta - M. Trybus (ed. by), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2010, 165-178.

[50] L. 23 December 2000, No. 388, Art. 58; l. 28 December 2001, No. 448, Art. 24, par. 6-8.

[51] L. 28 December 2001, No. 448, Art. 32; l. 27 December 2002, No. 289, Art. 24.

[52] D.l. 24 June 2003, No. 143, Art. 5, par. I, (a), converted in l. 1° August 2003, No. 212

[53] L. n. 24 December 2003, No. 350, Art. 3, par. 166.

[54] D.l. 12 July 2004, No. 168, *Interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica*, Art. 1, converted in l. 30 July 2004, No. 191. See also: l. 23 December 2005, No. 266, art. 1, c. 22, and l. 27 December 2006, No. 296, Art. 1, par. 449.

[55] D.l. 6 July 2012, No. 95, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*, Art. 13, par. 15, (d), converted in l. 7 August 2012, No. 135. See also: P. Amovilli, *Obbligatorietà delle convenzioni Consip e nullità del contratto*, in *Urb. e app.*, 2014, 269.

Copyleft – Ius Publicum

institutes and schools of all levels, education and university institutions[56] and, for what concerns below-European-threshold contracts, local entities[57], within the entities obliged to make recourse to the national central purchasing body, the violation of such obligation entailing the invalidity of the contracts possibly concluded in violation of the obligation, a disciplinary offense and the administrative liability of the civil servant[58].

The new Directive confers more legal certainty to cooperation among contracting authorities (included CPBs) from different Member States for the joint award of public procurement contracts, framework agreements and contracts under a dynamic purchasing systems[59].

The Directive establishes that – unless the necessary elements have been regulated by an international agreement concluded between the Member States concerned – the participating contracting authorities shall conclude an agreement[60], that determines the responsibilities of the parties and the relevant applicable national provisions, as well as the internal organization of the procurement procedure which includes the management of the

[56] L. 24 December 2012, No. 228, *Legge di stabilità per il 2013*, Art. 1, par. 149. Italian Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, 5th March 2013, circolare n. 2674 e 20th March 2013, circolare n. 3354.

[57] L. 7 August 2012, No. 135. T.A.R. Sardegna, Cagliari, I, 8th May 2013, No. 361.

[58] See also: Cons. St., III, 27th March 2014, No. 1486.

[59] S. Arrowsmith, *The Law of Public and utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, cit., 1101 et seq.; C. Risvig Hamer, *Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, 201 et seq. See also: UK Government, *A brief guide to the EU public contracts Directive (2014)*, February 2015, available at *https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/407236/A_Brief_Guide_to_the_EU_Public_Contract_Directive_2014_-_Feb_2015_update.pdf*.

[60] Directive 24/2014/UE, cit., Art. 39, par. 4.

Copyleft – Ius Publicum

procedure, the distribution of the works, supplies or services to be procured and the conclusion of contracts[61]. An implementation of the EU principle of administrative cooperation is provided, as required by the Treaty on the Functioning of European Union, which enables the EU to "support the efforts of Member States to improve their administrative capacity to implement Union law"[62].

Lastly, "joint entities" may be established by contracting authorities from different Member States in order to attribute to such joint entities the task of carrying out the award procedure. The European grouping of territorial cooperation (EGTC)[63] is expressly mentioned as a legal instrument that may be used to implement such model of aggregation. The provision considers also "other entities established according to the Union law", thus allowing the establishment of legal entities which could act as CPBs at the European level. In this case, the determination of responsibilities of the parties and the relevant applicable national provisions as established within the parties' agreement will be integrated by the European regulations on the conflict-of-law rules[64] thus allowing to choose to apply a different law to the execution of the contract.

[61] Directive 24/2014/UE, cit., Art. 39, par. 4.

[62] Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU, Artt. 6 and 197 TFUE. See also F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milan, 2011, 140 – 141. See: H. Caroli Casavola, *Public Procurement and globalisation*, in *Ius Publicum* Network Review, Issue no. 3-4/2012, 13 and ff.

[63] Directive 24/2014/UE, cit., Art. 39, par. 5.

[64] Directive 24/2014/UE, cit., Whereas No. 73, where is mentioned the Regulation 593/2008/EC, on the law applicable to contractual obligations cd. Rome I. G. M. Racca, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 15. See also: Id. *G. M. Racca, Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Rapporto Italiadecide 2015, Bologna, Il Mulino, 2015*. G. M. Racca, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, cit. 243 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

The objective of an EGTC is to promote and facilitate a territorial cooperation (cross - border, transnational or interregional) among its member which may be Member State, Regional or Local authorities or bodies governed by public law. This instrument - initially limited to the implementation of territorial cooperation programs or projects co-financed by the Community through the European Regional Development Fund, the European Social Fund and/or the Cohesion Fund[65] - could become in the new perspective one of the most innovative instrument for fostering cooperation among Member States also in order to set a joint public procurement at a European level. Indeed an EGTC is a legal instrument capable of providing a strong legal basis for cross-border cooperation.

In order to improve efficiency and effectiveness in collaborative procurements, the use of innovative contractual tools, such as framework agreements or dynamic purchasing systems could innovate the procurement system.[66] The EU Directive provides that the framework agreements may be concluded with one or more economic operators by defining all the provisions in the agreements to be signed ("closed" framework agreement or framework contract) or *viceversa* the definition of some conditions may be left up to a reopening of competition (mini-competition) so that contracting authorities may later adjust them to their needs ("open" framework agreement or framework agreements *stricto sensu*)[67]. A further possibility provides additional flexibility allowing to conclude a

[65] Regulation 1082/2006, cit., Article 7(3). Nevertheless, an EGTC may carry out other specific actions of territorial cooperation also without a financial contribution from the Community, with the possibility however for Member States to limit the tasks that an EGTC may carry out without the EU financing. INTERACT, 'European Territorial Cooperation post 2013 – Position Paper', available at *http://www.interact-eu.net/downloads/2152/INTERACT_Position_Paper_ETC_beyond_2013_07_2010.pdf*.

[66] OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) (2011) *Centralised Purchasing Systems in the EU*, January 11 2011, at *www.oecd-ilibrary.org/governance/centralised-purchasingsystems-in-the-european-union_5kgkgqv703xw-en.*

[67] Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC, cit. ; G. M. Racca, G. L. Albano, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience*, cit., 179-213.

Copyleft – Ius Publicum

framework agreement that sets out all the terms, with a partial subsequent reopening of competition among the economic operators parties to the framework agreement[68].

Framework agreements could favor the development of SMEs promoting their entrance in the relevant market and preventing an excessive concentration of contracts awarded to the larger undertakings. In this perspective, competition could be achieved by splitting contracts into territorial or product-based lots, possibly integrated by the determination of a maximum number of lots that can be awarded to one bidder. If there are not enough competitors among the smaller firms, an alternative way to ensure efficient competition might be to group several purchases into one contract, in order to attract potential competitors from other Member States[69].

[68] Directive 24/2014/UE, cit., Whereas No. 61 and Art. 33. Where this possibility has been stipulated by the contracting authorities in the procurement documents for the framework agreement. The choice of whether specific works, supplies or services shall be acquired following a reopening of competition or directly on the terms set out in the framework agreement shall be made pursuant to objective criteria, which shall be set out in the procurement documents for the framework agreement. These procurement documents shall also specify which terms may be subject to reopening of competition.

[69] EU Commission, *Green Paper on the modernisation of public procurement policy*, cit., 30. G. Albano, Demand aggregation and collusion prevention in public procurement, in G. M. Racca – C. R. Yukins, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 161. A. Sánchez Graells, *Prevention and deterrence of bid rigging: a look from from the new EU Directive on public procurement*, ivi, 186-191. Id, Public *Procurement and the EU competition rule*, Hart Publishing, Portland, 2011, 54 et 55.

Copyleft – Ius Publicum

4. THE NEW CHALLENGES OF EU-FUNDED PROJECTS TO PURCHASE INNOVATIVE SOLUTIONS AT EUROPEAN LEVEL

The cooperation among public administrations from different Member States (European territorial cooperation) stands out as one of the objectives of the 2007-2013 EU cohesion policy[70]. With regards to public procurement – although the legal provisions of the previous directive[71] implicitly allowed for cross-border joint public procurement[72] - both legal and practical difficulties have been highlighted by the EU institutions within the new rules on public procurement[73]. Such difficulties are mostly due to conflicts between national public procurement rules and to barriers (e.g. linguistic ones) preventing the recourse to other Member States' CPBs[74] or the joint cross-border award of public contracts.

[70] The reference is to the INTERREG initiative with the forecast of forms of cross-border, transnational and interregional cooperation. This initiative is funded by the European Regional Development, as an implementation of the principle of administrative cooperation established by the Treaty on the Functioning of the European Union.

[71] Directive 2004/18/EC, cit.

[72] Directive 2014/24/EU, cit., Title II, Chapter II (Artt. 33-39), on *Techniques and instruments for electronic and aggregated procurement*. See also the Whereas No. 97.

[73] Directive 2014/24/EU, cit., Whereas No. 73

[74] G. M. Racca, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in A. Pioggia – M. Dugato – G. M. Racca – S. Civitarese Matteucci (ed. by), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, FrancoAngeli, Milan, 2008, 280 et seq.; G. M. Racca, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, in F. Lichère – R. Caranta – S. Treumer (ed. by) *Modernising Public Procurement: the New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2104, 225-254; R. Caranta, *Le centrali di committenza*, in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (eds.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milan, 2008, II, 607-622.

Copyleft – Ius Publicum

In order to overcome these obstacles, the European Union[75] promoted innovation in public procurement both through public procurement of innovation (PPI) – in order to buy existing innovations that don't need new research and development – and pre-commercial procurement (PPC) that "can be used when there are no near-to-the-market solutions yet and new R&D is needed"[76].

In such a perspective the European Union supported the establishment of European public purchasers' networks[77], at first within some programs such as the *Competitiveness and Innovation Framework Programme* (CIP)[78] and the *Framework Programme for Research and Technological Development* (FP7)[79] and subsequently under the *Horizon 2020 Strategy* with the goal to identify, develop and test innovative solutions. Within such initiatives, the EU supports both the most innovative SMEs in the reference markets and the Member States for purchasing these solutions, by providing specific budgetary funds, by favoring cooperation between procurers from across Europe, and by supporting the networking activities of procurers in public procurement of innovations also by co-funding the initial call for tenders.

Several EU-funded projects have concerned procurement involving contracting authorities from different Member States. These include projects in which one of the

[75] EU Commission, DG Enterprise and Industry, *The lead market initiative*, 2009.

[76] For more details see: http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/innovation-procurement.

[77] Among the trans-national networks established see for example: "Enprotex", (*http://www.firebuy.gov.uk/home.aspx*); "Sci-Network" (*http://www.iclei.org/index.php?id=796*). And "Lcb-Healthcare" (*http://www.bis.gov.uk/*).

[78] http://ec.europa.eu/cip/. See also: Programme for the Competitiveness of enterprises and SMEs (COSME) 2014-2020.

[79] http://ec.europa.eu/research/fp7/index_en.cfm

Copyleft – Ius Publicum

partners had the role to procure supplies, services and works relevant to the objectives of the specific project, acting as a central purchasing body[80]. Moreover, many projects were related to public procurement of innovation (PPI) as well as to pre-commercial procurement (PCP)[81], therefore promoting innovation in the market. As to PPI, several public procurement experiences involved collaborative cross-border procurement, as well as the delivery of common specifications across Member States[82].

The aforementioned HAPPI Project was founded under the *Competitiveness and Innovation Framework Programme (CIP)*. The related call aimed to overcome the "lack of knowledge and expertise in contracting authorities" as well as the "lack of innovative (financial or personnel) capability in public organizations" due to the scarcity of resources dedicated[83].

This perspective allows to achieve both the product-related innovation - defined as "the implementation of a new or significantly improved product, service or process" (what to buy) - and the innovation in the organizational and contractual models for procurement.

[80] Alpine Space Programme, website *http://www.alpine-space.eu/*.

[81] SILVER (Supporting Independent LiVing for the Elderly through Robotics) Project (website: *http://www.silverpcp.eu/*).

[82] FIRED-uP (FIRE services Develop innovative Procurement) Project, (website: http://www.fired-up.eu/); PRO-LITE (Procurement of Lighting Innovation and Technology in Europe) Project (website http://www.prolitepartnership.eu/); EcoQUIP Project (website http://www.ecoquip.eu/); InnoBuild Project, (website http://www.innobuild.eu/); Innobooster inLIFe Project (website http://www.innobooster.eu/about-innobooster/); SPEA (Smart Procurement European Alliance) Project (website http://www.speaproject.eu/); SYNCRO Project (website http://www.syncromobility.eu/).

[83] See the Call ENT/CIP/11/C/N02C011 – EU Commission, DG Enterprise & Industry available at *http://www.vpt.lt/vpt/uploaded/2012/metodologija/Inovatyviu%20viesuju%20pirkimu%20pletra_angl.pdf*.

Copyleft – Ius Publicum

This latter plays a fundamental role as it involves a change in the procedures for selection of the awardees while calling for a re-organization of contracting authorities.

The promotion of innovative public procurement takes place both during the "preparatory" phase and during the "implementation" phase. In the former case, by stimulating the cooperation among European contracting authorities, by building networks for favouring joint procurement and thus leading to a full accomplishment of the Single Market goals. In the latter case, through the achievement of a co-funding by the European Union for supporting the realization of the innovative public procurement.

The HAPPI project realizes an important cross-border public procurement whose elaboration has been developed by a consortium of European partners that includes healthcare CPBs, innovation and procurement experts and academic institutions among which the University of Turin[84]. The project is based on the experiences and practices of the CPBs equipped with the largest goods and services buying capacity which has been endorsed by establishing a network among the public purchasers in Europe.

The HAPPI project aims to establish a strategic cooperation among healthcare CPBs from several EU Member States that is also open to others Member State. The cooperation among HAPPI partners pursues the objective to overcome legal and linguistic barriers among EU Member States by stimulating innovation in "how to buy". The related network aims to favour the European joint procurement and overcome the public demand fragmentation according to the spending-review and innovation-boosting priorities established within the *Strategy Europe 2020*. The project is directed to perform an

[84] HAPPI has 12 European partners from France (Réseau des Acheteurs Hospitaliers d'Ile-de-France, Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique (EHESP), BPIFRANCE), the United Kingdom (NHS Commercial Solutions, BITECIC Ltd), Germany (ICLEI - Local Governments for Sustainability), Italy (University of Turin and Società di Committenza Regione Piemonte), Belgium (MercurHosp – Mutualisation Hospitalière), Luxembourg (Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois (FHL), Austria (The Federal Procurement Agency (FPA) – Associate partner) and Spain (FIBICO – Associate partner).

Copyleft – Ius Publicum

aggregated purchase at the European level of innovative solutions for active and healthy ageing, also through market-analysis.

The joint procurement within this project has been preceded by an in-depth Legal Study[85] that pointed out the different techniques and instruments for aggregated procurement at National and European level in order to develop the most suitable model for the HAPPI consortium, to check the feasibility of joint cross-border procurement and to identify the optimal organizational and contractual model.

The chosen model was to delegate the French CPB[86] (acting as partner and coordinator of the whole project) to conclude a Framework Agreement (without commitment to buy) with different lots establishing all the terms and identifying a single economic operator for each lot, on behalf of the other procurers of the consortium, within the French legal institute of «*groupement de commande*». The HAPPI project might anticipate the solution considered by the new Directive opening for all the partners the possibility of using the activity offered by the French CPB, through a proxy or the adhesion to an award procedure of such CPB[87].

In order to apply this model the public procurers of the HAPPI consortium signed an «Agreement establishing the European purchasing group "Innovative Solutions for Healthy Ageing- HAPPI» (an European *groupement de commande*), according to Art. 8 of

[85] The legal study within this project has been conducted by the University of Turin, Management Department (Scientific Responsible: Prof. Gabriella M. Racca, Professor of Administrative Law).

[86] *Groupement d'Intérêt Public (GIP) -Réseau des acheteurs hospitaliers d'Ile-de-France* (RESAH IDF).

[87] Directive 24/2014/UE, cit., Art. 2, par. 14-15-16 and Artt. 37-39, see also: Directive 2014/25/EU, Artt. 2, par. 10-11-12 and Artt. 55-57. See: G. M. Racca, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *ApertaContrada*, 2014, available at http://www.apertacontrada.it/2014/01/15/le-prospettive-dellaggregazione-nellamministrazione-dei-contratti-pubblici, cit.

Copyleft – Ius Publicum

the French *Code des Marchés Publics*[88] as a legal entity for conducting the award procedure. A great effort to harmonize the rules according to the different legal system has been done. The agreement permits to delegate the French CPB for the conduction of the award procedure, in accordance with European Union law and French national law, and to regulate all the elements connected with the allocation of roles and responsibilities to the partners.

[88] The legal institute of the "Groupement de commandes", stipulated by the French, is an organizational model for public procurement that allows coordination among different entities, allowing to award a contract to an economic operator as a result of a single tender procedure. The "groupement" is established through an agreement, which may also be amended or extended, if necessary. See : Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques,, *Recommandations pour la mise en œuvre d'un transfert de maitrise d'ouvrage ou d'un groupement de commandes*, September 2006, available at *http://www.archi.fr/MIQCP/IMG/pdf/mediations_no_15.pdf*. The "groupement de commandes" is well established for several years in the region of Paris and Ile de France. Resah-idf was involved in other "groupement de commande" before this project. See: M. Hehn - L. Bertrand - M.-P. Gagaille - A. Ancedy - M. Talbert, *Groupement de commandes de pansements: quel bénéfice pour la qualité des soins?*, in *JPC - Journal des plaies et cicatrisations*, 2011, no. 77, 6-12, available also at *http://www.resah-idf.com/fichiers/Groupement_de_commandes_de_pansements_quel_b_n_fice_pour_la_qualit_des_soins(17).pdf*.
For further examples of the use of the "Groupement de commandes", even in different contexts, see : Hydratec, *Schema directeur d'alimentation en eau potable du bassin versant de la romanche – Rapport final*', February 2013, available at *http://polytechnique.oieau.fr/AERMC/sdaep-romanche-rapport-final-la-morte-v3.pdf*; and its contract notice available at *http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:211522-2009:TEXT:FR:HTML*. In the mentioned case, the award procedure was related to the acquisition of a study for a master plan on drinking water ("Intitulé attribué au marché par le pouvoir adjudicateur: Elaboration du schéma directeur eau potable du bassin versant de la Romanche"). The "Groupement de commandes" finds no consideration into Italian legal system. In the French Code des Marchés Publics, the "groupement de commande" is regulated by Art. 8. See: A Taillefait, « Coordination, groupement de commandes et centrale d'achats », *Juris Classeur Contrats et Marchés Publics*, f. 50. D. Peljak, « La réforme du code des marchés publics et le groupements d'achats locaux », AJDA, 2001, p. 927. B. Roman Sequense, Où en est-on de la rationalisation de l'achats hospitalier ? », Contrats et Marchés Publics, n. 3 / 2008, comm. 64. Y.-R. Guillou, « Le différentes formes d'achats groupés », *Actualité de la commande et des contrats publics*, 2001, p. 4. A. Mourier, "Compétence managériales et modernisation de la fonction achat dans les hôpitaux public français", *techniques hospitalières*, 2010, p. 29.

Copyleft – Ius Publicum

On the basis of the aforementioned framework agreement each procurer will, in turn, award contracts based on the framework agreement and execute them according to the respective national legal system and through "purchasing orders". Also in such a perspective an effort to harmonize terms and conditions for the subsequent contracts has been done[89] for the final goal of a common legal framework during the execution phase of the contract complying with the national mandatory legal provisions.

The framework agreement could be used by the partners of the project as well as by other interested contracting authorities, thus realizing the sharing of advantages and risks related to the purchase of innovative products still not widespread within the market.

The added value of the HAPPI project seems to be the achievement of the real cross border joint procurement overcoming the legal and linguistic barriers, with the publication of the contract notice and of the tender documents, based on French law, in three different languages[90].

5. THE NEED OF PROFESSIONALIZATION FOR INTEGRITY AND EFFICIENCY IN PUBLIC PROCUREMENT

The implementation of the new Directive within the several national legal systems could be the chance for a simplification of rules and award procedures in order to truly endorse the tools provided by the European Directive thus overcoming formalisms and

[89] Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007, *amending council directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts*.

[90] English, French, Italian.

Copyleft – Ius Publicum

other legal barriers[91] that have often represented obstacles to fair competition and therefore to the quality of life of citizens[92]. The legislative complexity[93] as well as the high formalism of the procurement procedures are particularly evident in Italy and they can determine a violation of the EU principles of equal treatment and non-discrimination, hindering participation of business, especially of the foreign ones[94].

The simplification of the organizational models for aggregating public procurement in the EU legal framework gives the chance for rationalising the general regulatory system on public procurement for a proper implementation of the new principles.

First of all, a structural re-organization of public administration entrusted of purchasing power is needed. In the Italian legal system, this implies re-defining the public procuring function, which until today has been delegated to more than 37.000 contracting authorities[95]. Within the new legal framework some important changes are expected toward

[91] As it has been highlighted, it is hard to uphold the implementation of the 90 articles of the previous directive on public procurement through the 616 articles of the Code of Public Contracts and the implementation regulation, above all if compared with other Member States' implementations (in France and in Spain the same Directive was implemented with almost 300 articles, in Great Britain with 49 articles). This circumstance highlight a significant legal barrier to the completion in the EU internal market: Cfr. G. M. Racca, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 13.

[92] G. M. Racca, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Rapporto Italiadecide 2015*, cit.; G. M. Racca, *The Risks of Emergencies in Public Procurement*, in *Journal of Public Finance and Public Choice*, 2013, 105 et seq.

[93] G. Giovannini, Hearing to the Italian Senate, VIII Commissione, 14 January 2015.

[94] OECD, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, cit., recommendations No. III.

[95] Italian Authority for the Supervision of. Public Contracts for works, services and supplies, *Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, 12 January 2012, No. 1. Cfr. C.

Copyleft – Ius Publicum

a reduction of the total amount of these authorities, then entitling to public purchases only 35 CPBs (*soggetti aggregatori*)[96] and some smaller centres at provincial or sub-provincial level[97]. Limitations of the contracting powers are also extended to any municipality.

The opening of the EU Single Market to competition as well as the professionalization of public procurement workforce are functional steps to reach the needed capacity of procurement officials[98].

The implementation of the new organizational models for aggregating public procurement requires professionalism in order to ensure the correct exercise of the renewed procuring function. The lack of this professionalism makes the organization inadequate to

Cottarelli, *Proposte per una revisione della spesa pubblica (2014-16)*, available at *http://download.repubblica.it/pdf/2014/economia/cottarelli.pdf*.

[96] D.L. 24 April 2014, N. 66, *Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*, Art. 9, converted with amendments in Law 23 June 2014, No. 89. Cfr.: D.L. 24 June 2014, No. 90, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, Art. 22, c. 7, converted with amendments in Law 11 August 2014, No. 114.

[97] See the Italian Public Contracts Code, d.lgs. 12 April 2006, No. 16, Art. 33, c. 3*bis*, where it refer to "unions of municipalities" (unioni di comuni – d.lgs. 18 August 2000, No. 267, Art. 32), consortium agreements among municipalities or provinces which alternatives to the use of "soggetti aggregatori".

[98] S. Arrowsmith - P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge, 2009. For an analysis of public expenditure see: EC Commission, *A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future*, 3rd February 2004; EU Commission, *Commission staff working paper – implementation report SEC(2003)33*, 14th January 2003. See F. Merloni, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 33, who underlines that In the Italian legal system, in order to promote the new organizational models as defined by the European Directive on public procurement it is therefore needed, on one hand, to build up "public administrations of excellence".

Copyleft – Ius Publicum

carry out the given competences[99]. In fact public administrations have not only to ensure efficiency by duly spending public funds, but they also have to safeguard effectiveness in using public powers and - even before - the capacity of achieving results and thus the suitability of the organization to satisfy the interests delegated[100].

In this perspective the CPB stands out as an answer to the needs of effectiveness and efficiency of the administrative action; it also represents the structural model for public administrations to keep on delivering services to the users - controls on procurement performances included - by delegating or aggregating the procuring of goods, services and works to entities with the needed and adequate professionalisms they lack[101].

It the EU Single Market the need for extending the scope of benchmarking and the implementation of CPBs models are more and more pressing. Indeed, the provision of centralised purchasing activities by a CPB located in a different Member State offers to the national contracting authorities concrete alternatives with regard to the national CPBs. The latter, in turn, shall compete with European similar entities within a range which shall take form of a direct competition among public procurements conducted on the same products

[99] G. M. Racca, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 12 Id., *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Rapporto Italiadecide 2015,* cit., where it is reported that the lack professionalism cause not only the lack of competence or attribution, but represents a parameter of the constitutionality of different state and regional laws (Art. 118, c. I, Italian Constitution).

[100] S. Ponzio, *La valutazione della qualità delle amministrazioni pubbliche*, Roma, 2012, 16. See also: D. McBride, *Strategic Management Model for Public Organisations: Looking for Effective, Efficient, Transparent, Ethical and Accountable Organisations*, June, 2008, Maxwell School of of Citizenship and Public Affairs, in http://danielmcbride.net.

[101] G. M. Racca, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *ApertaContrada*, 15 January 2014, available at *http://www.apertacontrada.it/2014/01/15/le-prospettive-dellaggregazione-nellamministrazione-dei-contratti-pubblici/*.

Copyleft – Ius Publicum

and leads to buying from different framework agreements[102]. This perspective could at last results in a competition among legal framework models whose outcome will consist in identifying the CPB as well as the national law to be applied to the joint procurement[103].

The new professional organizations are required to perform their functions within the European Single Market by realising public-public partnerships with similar entities for a true requalification of public spending. The aggregation of public procurement should not consist in a sum of public tenders or in adding together human resources lacking of adequate professionalisms both considering the need of inter-disciplinary education and the need of a periodic updating due to the continuous changes in the legal framework[104].

CPBs' capacities should not be evaluated just by taking into account the needed and proper professionalism for adequately conducting the award procedures, the drafting of contract terms and the related market-analysis and benchmarking activities but also by considering the adequacy of goods and services purchased. The latters are necessary for properly accomplishing the tasks delegated even for favouring the use, on large scale, of the new contractual tools such as framework agreements and for taking advantages of e-procurement devices and data-bases which ensure transparency and procuring officials' accountability.

[102] R. Cavallo Perin, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 42.

[103] G. M. Racca, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 13.

[104] G. M. Racca, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Rapporto Italiadecide 2015*, cit., where are highlighted the problems connected to the use of joint procurement as a means to collect awarding procedure without a previous strategy and a market analysis; A. Zito, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 25.

Copyleft – Ius Publicum

The "procurement workforce" has been identified as "a *pillar* of a public procurement system" because of the impact of the related functions "on the effectiveness and integrity of a public procurement system". Considering that "procurement workforce" is susceptible to corruption, a strategy to fight corruption e to promote integrity in public procurement is needed and it can be pursued through "laws, regulations and oversight but also by enhancing the capabilities and qualifications of the public procurement officials"[105].

In a different perspective it is also needed to reduce the excessive formalism that is still a feature of public award procedures, particularly in the Italian legal system: formalism causes inefficiency without helping compliance with the principles of equal treatment and non discrimination, having rather been, indeed, a tool through which economic operators could drive public award procedures' outputs to their own benefit[106].

In order to ensure integrity in public procurement, new technologies and interoperability of databases will favour the exchange of information and the comparison of data among contracting authorities thus ensuring a coordination of the measures needed for realizing publicity, simplifying contracting authorities' activities and reducing the administrative burdens on economic operators. By doing so it will be possible to monitor time and quality of public award procedures and, under a different perspective, the

[105] See P. T. McKeen, *Conference*: *Presentation of the book Integrity and efficiency in sustainable public contract. Balancing corruption concerns in public procurement internationally*, eds. By G. M. Racca and C. R. Yukins, Rome, *Scuola Nazionale dell'amministrazione*, December 17th, 2014, section V: The need for professionalization in the procurement market. See also: A. Zito, *Conference*: *Presentation of the book Integrity and efficiency in sustainable public contract. Balancing corruption concerns in public procurement internationally*, cit. section II: Corruption at the award phase.

[106] G. M. Racca – C. R. Yukins, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014. See also S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government. Causes, consequences and reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, 59 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

performance rating and economic operators' reputation addressing the needed participation criteria[107].

In this context the innovation and the use of new technologies may favour transparency and ensure controls on the PP procedures by specific authorities as well as economic operators, stakeholders and citizens[108]. In this regard it is also needed to enhance the ex-post controls for discovering public officials' unlawful behaviours, e.g. through the improvement of the financial and human resources of the Anticorruption National Authority in order to make it able to accomplish its supervising and inspection tasks[109].

Following this path it will be possible to promote an external control on public administration's contractual activity, thus enhancing public officials' accountability and safeguarding ethical principles and constitutional duties, and obliging those public officials to perform their function with discipline and honour[110], thus contributing to the fight against corruption.

[107] G. M. Racca, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Rapporto Italiadecide 2015,* cit.

[108] OECD, *Draft Recommendation of the Council on Public Procurement*, cit., recommendations No. V.

[109] F. Merloni, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 33.

[110] G. M. Racca, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici, in Rapporto Italiadecide 2015,* cit.; R. Cavallo Perin, *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive,* cit., 42. G. M. Racca – R. Cavallo Perin, *Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent Against the Lack of Loyalty*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2014, www.ius-publicum.com and in G.M. Racca - C.R. Yukins (eds. by), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 23-48. R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni – R. Cavallo Perin (eds. by), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano,Franco Angeli, 2009, 147-161.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

LA *FONCTION PUBLIQUE* FRANCESE NAVIGA A VISTA? [1]

(Dicembre 2014)

Charles FORTIER [2]

INDICE

- **IL TITOLO PRIMO E LE NUOVE CONCEZIONI DELLA *FONCTION PUBLIQUE*.**
- **LA *FONCTION PUBLIQUE* TROVA MENO FONDAMENTO NELL'INTERESSE PUBBLICO.**
- **QUALE ROTTA OCCORRE SEGUIRE?**

All'epoca della terza Repubblica l'idea di uno "statuto" della *fonction publique* esprimeva una concezione della disciplina applicabile ai funzionari unitaria in quanto fondata su esigenze comuni, più precisamente sulle esigenze *service public*, secondo quello che è il significato profondo dello statuto: esprimere la specialità del *service public*.

[1] Estratto dal volume *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après? (Lo Statuto generale dei funzionari : trent'anni, e poi ?)*, a cura di Charles Fortier, Paris, Dalloz, 2014, 1-12. L'opera raccoglie gli atti del convegno svoltosi a Besançon l'11 e 12 luglio 2013, organizzato dal Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté. La versione italiana e le annotazioni contrassegnate dalla sigla *N.d.T.* sono a cura di Barbara Gagliardi.

[2] Professore ordinario di diritto amministrativo – Direttore del CRJFC, Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté.

Copyleft – Ius Publicum

Nel 1946 lo statuto adottato con legge giustappone per la prima volta all'affermazione dei "doveri" del funzionario il riconoscimento di diritti, elementi che si ritrovano tutti nella disciplina dei «diritti e obblighi» dei funzionari posta dallo statuto generale oggi in vigore (l. n. 83-634 del 13 luglio 1983), di cui questo convegno celebra i trent'anni.

La legge fu votata in un particolare contesto politico e sociale e favorita da un'alternanza storica che vedeva la sinistra – unita – tornare al governo dopo quasi venticinque anni di esecutivi di destra. La maggioranza era allora sostenuta da una *Assemblée Nationale* composta prevalentemente da dipendenti pubblici[3], mentre il Governo – nelle cui file i funzionari erano altrettanto ben rappresentati – era guidato da un Primo Ministro anch'egli docente di scuola superiore. La priorità attribuita dal Governo alla riforma della *fonction publique* non stupisce. Ancor prima dell'adozione del nuovo statuto, furono migliorate le condizioni generali di esercizio dei diritti sindacali dei funzionari[4], rinforzato il diritto di sciopero[5], esteso il principio di partecipazione[6] mentre, più ampiamente, sin dal settembre '81 la politica di concertazione fu applicata a molte importanti questioni tra cui la remunerazione dei funzionari, l'orario settimanale di lavoro, i permessi retribuiti, il tempo parziale, la "*gestion previsionnelle*" del personale[7], o ancora la

[3] Provenivano dalla pubblica amministrazione n. 261 deputati su 491, cioè il 53% del totale: cfr. M. PINET (a cura di), *Histoire de la fonction publique en France*, Nouvelle Librairie de France, 1993, t. 3, 451 (*N.d.A.*).

[4] Décret n. 82-447 du 28 mai 1982 *relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique* (*N.d.A.*).

[5] Vedi L. n. 82-889 du 19 octobre 1982 *relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'Etat, des collectivités locales et des services publics* (*N.d.A.*).

[6] Con l'estensione delle competenze del *Conseil supérieur de la fonction publique*, con la previsione della consultazione obbligatoria dei *Comités techniques paritaires* sulle questioni di loro competenza, o con il rafforzamento della collegialità in seno alle commissioni amministrative paritarie insediate come consigli disciplinari (*N.d.A.*).

[7] Con la locuzione "*gestion prévisionnelle des emplois*" (in inglese "*strategic workforce planning*") si fa riferimento a una serie di strumenti organizzativi e gestionali volti a orientare l'utilizzazione del personale in vista degli obiettivi strategici dell'organizzazione, secondo un rapporto mezzi-risultati. Cfr. P. GILBERT, *La gestion prévisionnelle des ressources humaines*, Paris, La découverte, 2006, 31 ss. (*N.d.T.*).

Copyleft – Ius Publicum

previdenza sociale[8]. Non fu trascurata la dirigenza, con la riforma dell'*École Nationale de la Fonction Publique*[9] e l'avvio della concertazione sulla modernizzazione degli *Instituts Régionaux d'Administration*[10]. Allo stesso tempo le importanti leggi sul decentramento[11] e l'estensione del settore pubblico con la creazione di 107 000 nuovi posti di impiego pubblico[12] ebbero importanti ripercussioni sulla *fonction publique* e sui relativi strumenti di organizzazione. In questo contesto interviene il nuovo statuto dei funzionari che per la prima volta è approvato con procedura legislativa ordinaria, in altre parole secondo condizioni normali in un sistema democratico[13].

Sin dal primo dopoguerra lo statuto è anzitutto uno strumento politico: mentre quello del 1946 si applicava soltanto ai circa 900 000 dipendenti di Stato ed enti pubblici, con lo Statuto del 1983 si introduce una disciplina unitaria e di uguale forza giuridica, che esprime l'identità del *service public*, sia per gli impiegati dello Stato, sia per quelli dei comuni, dei dipartimenti e delle neo istituite regioni, sia infine per quelli del sistema sanitario. Il decentramento all'epoca in via di realizzazione poneva l'ineludibile sfida di

[8] Cfr. R. BIDOUZE, *Du serment de fidélité à l'Empereur au statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales*, in *Revue française d'administration publique*, 1983, n. 25, spec. 23-24 (*N.d.A.*).

[9] Cfr. Décret n. 82-819 du 27 septembre 1982; L. n. 83-26 du 19 janvier 1983 (*N.d.A.*).

[10] Gli *Instituts Régionaux d'Administration* (I.R.A.) sono scuole di formazione istituite sul modello dell'E.N.A. con l. n. 66-892 du 3 décembre 1966 e destinate alla formazione di agenti di categoria A della *fonction publique* statale. In tema di recente: R. F. LE BRIS, *Propositions pour une réforme de la formation des agents de l'Etat*, Paris, La documentation française, 2009, 69 ss (*N.d.T.)*. La riforma degli *Instituts Régionaux d'Administration* (IRA) è realizzata nel 1984 con il décret n. 84-588 du 10 juillet (*N.d.A.*).

[11] Vedi L. n. 82-213 du 2 mars 1982, L. n. 83-8 du 7 janvier 1983 (*N.d.A.*).

[12] La legge finanziaria correttiva del 3 agosto 1981 ("*loi de finances rectificative*"), e poi le leggi finanziarie per il 1982 e per il 1983 creano, in totale, 171.000 impieghi publici, di cui 107.000 nella *fonction publique* (quindi in regime di diritto pubblico) (*N.d.A.*).

[13] La legge del 14 settembre 1941 recante lo statuto dei funzionari pubblici è elaborata dal regime di Vichy sotto l'occupazione tedesca; la legge n. 46-2294 del 19 ottobre 1946 recante lo statuto generale dei funzionari è votata dall'Assemblea nazionale costituente; nel 1959 è un decreto ("*ordonnance*") a riformare lo statuto per consentirne l'adeguamento al nuovo riparto costituzionale delle competenze legislative e regolamentari (Ord. n. 59-244 du 4 février 1959 relativa allo statuto generale dei funzionari) (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

impedire il progressivo assoggettamento degli impiegati degli enti locali a un regime di tipo contrattuale; al contrario li si voleva coinvolgere appieno nella nuova costruzione: ciò è stato consentito dallo statuto "generale" dei funzionari, destinato a disciplinare quattro milioni di impiegati pubblici[14].

La legge del 13 luglio 1983 si fonda su tre idee principali: l'enunciazione di un "*corpus*" di principi comuni a tutti i funzionari, la garanzia a questi ultimi di diritti e libertà e l'individuazione degli obblighi correlati alla missione esercitata.

Anzitutto il titolo primo dello statuto generale afferma – o riafferma – principi fondamentali che strutturano la *fonction publique* francese, gli uni strettamente connessi agli altri seppur formalmente distinti.

– Funzioni e compiti ordinari debbono essere assolti da personale di ruolo.

– Il rapporto di lavoro di tale personale è disciplinato da fonti di diritto pubblico coerentemente con la cultura francese del pubblico potere, che non ammette vincoli di fonte contrattuale.

– La carriera nel pubblico impiego avviene a seguito di un reclutamento per concorso che determina l'appartenenza dell'individuo all'organizzazione pubblica. L'avanzamento – e con esso l'accrescersi di competenze e retribuzione – e il sistema di reclutamento sono perciò strettamente correlati, poiché quest'ultimo dev'essere capace di misurare la capacità di adattamento a diverse mansioni in ragione della cultura generale e delle capacità metodologiche al cui accertamento è volto, piuttosto che all'immediata verifica di conoscenze ultra specializzate.

– Il livello di carriera si distingue dalle mansioni esercitate. I funzionari possono occupare tutti i posti cui dà accesso il livello loro attribuito e allo stesso tempo è loro garantita l'attribuzione di un posto nell'amministrazione di quel preciso livello a

[14] Vedi A. LE PORS, *Le statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales*, in *Revue Française d'Administration Publique*, 1983, n. 25, 31 (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

prescindere dall'evoluzione dei bisogni e dalle vacanze in organico. Tale fondamentale differenziazione tra livello e mansioni vuole offrire ai dirigenti uno strumento elastico per la gestione delle professionalità e allo stesso tempo infondere negli agenti un irrinunciabile senso di appartenenza al *service public*.

La legge del 13 luglio 1983 fornì inoltre ai funzionari delle garanzie, riconoscendo loro diritti e libertà. Nel reclutamento e nel corso della carriera sono "garantiti" l'eguale accesso ai pubblici impieghi e la dimensione nazionale del *corps* di appartenenza, la mobilità e la possibilità di usufruire di una formazione professionale permanente, una retribuzione correlata alle mansioni esercitate e il mantenimento di tale retribuzione in caso di soppressione del posto occupato, il diritto alla sicurezza e alla previdenza sociale, così come alle ferie, o ancora la "*protection fonctionnelle*"[15] da parte dell'amministrazione[16] e ancora le garanzie del procedimento disciplinare. Sono inoltre affermati diritti collettivi, come il diritto di adesione al sindacato, il diritto di sciopero e il diritto di partecipazione. Infine sono riconosciute libertà classiche: oltre all'uguaglianza[17], una previsione è

[15] La "*protection fonctionnelle*" garantisce ai funzionari il diritto di essere tenuti indenni delle eventuali condanne civili per fatti commessi nell'esercizio delle funzioni e quello di essere "protetti" dall'amministrazione nel caso di azioni penali (assistenza giudiziaria, rimborso delle spese processuali, avvio di un procedimento disciplinare ove sia coinvolto un altro dipendente pubblico, ecc.), purché non correlata a comportamenti "personali" («*faute personnelle*») separabili dall'esercizio delle funzioni, oltre al diritto di essere protetti da minacce, violenze, ingiurie, ecc. (l. 83-634 du 13 juillet 1983, art. 11). Per l'osservazione secondo cui «*en protégeant le fonctionnaire dans ses fonctions, l'administration se protège elle-même*»: J.M. AUBY, J.B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 2002, 320. L'elaborazione giurisprudenziale ha condotto a ritenere la "*faute personnelle*" residuale rispetto alla "*faute de service*", determinando la «quasi irresponsabilità civile» dei funzionari: F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, Paris, 2005, 352-353. È una *faute personnelle* quella del presidente di un ente strumentale di un comune che aveva attestato prodotto attestazioni false al fine di ottenere finanziamenti pubblici: Conseil d'Etat, 5 avril 2013, n. 349115 (*N.d.T.*).

[16] Le cui evoluzioni sono in quest'opera ripercorse in E. BÉDARRIDES, *Les contours et enjeux de la protection fonctionnelle*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 263 ss. (*N.d.A.*).

[17] I cui rapporti dialettici sono stati esplorati da A. FITTE-DUVAL, *Les dialectiques du principe d'égalité dans la fonction publique*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 215 ss. (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

esplicitamente dedicata alla libertà di opinione, che è naturale presupposto della libertà d'espressione al contrario non menzionata dallo statuto[18].

Infine, il titolo primo dello statuto generale evoca gli obblighi dei funzionari, tra cui anzitutto il principio gerarchico, ma anche l'obbligo di esclusività e il divieto di conflitto d'interessi, l'obbligo di "discrezione", che non nega l'accesso alle informazioni in nome del principio di trasparenza, e la responsabilità dei funzionari nell'esercizio delle funzioni.

La raccolta di tali principi, garanzie e obblighi in un unico testo ufficiale ha avuto importanti conseguenze non soltanto per gli stessi funzionari, ma anche per gli organi di governo, che sono ormai vincolati al rispetto di diritti quesiti in ragione di un'"ideologia statutaria" che è intesa come veicolo di progresso ma nel tempo è divenuta anche fattore di resistenza allo spirito di riforma[19].

Senz'altro tali resistenze – ben identificabili in capo a importanti organizzazioni sindacali della *fonction publique* – contribuiscono a spiegare come mai i cambiamenti che hanno coinvolto la *fonction publique* dal 1983 abbiano preso strade diverse, nel perseguimento di obiettivi non ben identificati.

[18] Come sottolinea G. KOUBI, *Liberté d'expression et droit des fonctions publiques,* in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 229 ss. (*N.d.A.*).

[19] Come spiega M. POCHARD, *L'idéologie statutaire: les résistances à l'esprit de réforme*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 15 ss. (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

IL TITOLO PRIMO E LE NUOVE CONCEZIONI DELLA FONCTION PUBLIQUE.

Lo statuto si è evoluto ovviamente entro i limiti fissati dalla Costituzione – ove il diritto della *fonction publique* trova i propri fondamenti[20] – e nel rispetto dei principi posti dal diritto dell'Unione Europea, "al servizio del funzionario"[21]. Nel 2003 il rapporto del *Conseil d'Etat* rilevava come il titolo primo dello statuto generale fosse stato oggetto soltanto «di aggiustamenti, certo significativi, ma incapaci di modificarne lo spirito»[22]. Un'uguale considerazione può essere riproposta a dieci anni di distanza?

Il principio di libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea, e più ampiamente nello Spazio Economico Europeo, ha portato progressivamente a un'apertura[23] della *fonction publique*, obbligando ormai a distinguere a seconda delle mansioni poiché soltanto quelle che comportano una partecipazione all'esercizio di funzioni di pubblico potere rimangono precluse ai cittadini non nazionali[24]. A partire dal caso Burbaud del 2003

[20] Come ci ricorda J. MEKHANTAR, *Les sources constitutionnelles du droit de la fonction publique*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 27 ss. (*N.d.A.*).

[21] Secondo le parole di C. MAYEUR-CARPENTIER, *Les principes de la fonction publique dans le droit de l'Union européenne*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 49 ss. (*N.d.A.*).

[22] Così M. POCHARD, *Réflexions sur la fonction publique*, EDCE, rapport public 2003, 2e partie, 238. In trent'anni il titolo primo dello statuto generale è stato modificato 31 volte, e soltanto 13 articoli sui 31 originari non hanno subito alcun emendamento; alla data del nostro convegno, la legge del 13 luglio 1983 consta di non meno di 50 articoli (con n. 28 leggi ordinarie, due decreti e una legge finanziaria: cfr. la versione consolidata sul sito *Légifrance*). Benché significative, queste cifre non significano certo necessariamente evoluzioni sostanziali, anche se le modificazioni introdotte, complessivamente intese, sono il segno di una concezione rinnovata della *fonction publique*: sulla concezione francese della *fonction publique* et il suo stretto legame con il regime di diritto pubblico, cfr. Ch. FORTIER, *L'identité du droit français de la fonction publique – Le statut, spécificité irréductible du droit public du travail*, *in* X. BIOY (dir.), *L'identité du droit public*, Paris, LGDJ, 2011, 105-126 (*N.d.A.*).

[23] In due tappe che hanno significativamente modificato la l. du 13 juillet 1983: L. n. 91-715 du 26 juillet 1991; L. n. 2005-843 du 26 juillet 2005 (*N.d.A.*).

[24] Per "impieghi nelle pubbliche amministrazioni" debbono intendersi i soli uffici deputati ad assolvere le «attività che partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri», cioè l'*«esercizio – diretto o indiretto*16 *– di autorità pubblica»* e la *«cura e salvaguardia degli interessi generali dello Stato o di altri enti pubblici»:* fra le molte si vedano C. giust. CE, 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione c. Repubblica francese;* C. giust. CE, 27

Copyleft – Ius Publicum

in alcuni settori è diventato possibile evitare il concorso[25]: sono le mansioni associate al posto d'impiego che aprono la possibilità di accedere alla *fonction publique*, e non più il livello di carriera che apre la possibilità di occupare un posto d'impiego. Si impone allora, e insidiosamente, un cambiamento di logica a detrimento del sistema di carriera che ha sinora caratterizzato una *fonction publique* che è stata definita "chiusa". Più in generale è sempre più valorizzato l'impiego esercitato, come testimoniano le evoluzioni degli "*emplois*

novembre 1991, C-4/91, *Bleis c. Ministère de l'Éducation nationale;* C. giust. CE, 2 luglio 1996, C-290/94, *Commissione c. Repubblica ellenica*; C. giust. CE, 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Repubblica Italiana;* C. giust. CE, 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Repubblica Italiana;* C. giust. CE, 1° dicembre 1993, C-37/93, *Commissione* c. *Regno del Belgio*; C. giust. CE, 30 maggio 1989, C-33/88, *Allué c. Università degli Studi di Venezia*; C. giust. CE, 2 agosto 1993, C-259/91, C-331/91 e C-332/91, *Allué c. Università degli Studi di Venezia;* oltre a Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2002, COM(2002) 694 def., *Libera circolazione dei lavoratori - realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*; Comunicazione della Commissione 18 marzo 1988, n. 88/C72/02, *Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri* (*N.d.T.*).

[25] C. giust. CE, 9 settembre 2003, C-285/01, *Burbaud c. Ministère de l'Emploi et de la solidarité*, ove si è ritenuto in contrasto con il principio di proporzionalità il diniego di integrazione nel *corps* degli amministratori ospedalieri - in ragione del mancato conseguimento del titolo rilasciato dall'*École nationale de la santé publique* - opposto ad una cittadina portoghese in possesso di analoga qualifica qualifica conseguita nel paese di origine. Per una sintesi della vicenda e delle sue conseguenze nell'ordinamento francese si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La liberté de circulation des travailleurs dans l'Union Européenne: les modèles italien et français de recrutement dans la fonction publique*, in *Droits du travail & des fonctions publiques: Unité(s) du Droit?*, sous la direction de M. Touzeil-Divina et M. Sweeney, Le Mans, L'Epitoge - Lextenso, 2012, 169 ss. Per la considerazione secondo cui la pronuncia indebolirebbe il sistema delle scuole e con esso il principio del concorso, fra molti: J.M. LEMOYNE DE FORGES, *Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique?*, in *Revue française d'Administration publique (RFAP)*, 2010, 702; F. KAUFF-GAZIN, *L'influence des concepts de droit communautaire sur le droit de la fonction publique ou comment le droit communautaire opère la réduction du champ du droit public*…, in *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, sous la direction de G. Eckert - Y. Gautier - R. Kovar - D. Ritleng, Strasbourg, 2007, 203 ss.; H. OBERDOFF, *L'influence du droit communautaire sur la fonction publique*, in *Droit administratif européen*, sous la directio de J.B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelles, 2007, 1041 ss.; J. BOURDON, *Vers une banalisation du droit de la fonction publique ?*, in *Actualité Juridique Fonctions Publiques (AJFP)*, 2005, 284 ss.; G. ALBERTON, *L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2003, 1194 ss. La difficoltà sembra in realtà facilmente superabile con l'istituzione di un unico concorso finale cui i cittadini europei possano accedere in condizioni di parità con gli allievi delle scuole o con lo sdoppiamento dell'accesso ai pubblici impieghi con previsione di un secondo concorso riservato ai cittadini europei; per una sintesi si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, Jovene, 2012, 239 ss. (*N.d.T.*).

Copyleft – Ius Publicum

fonctionnels"[26], la "*nouvelle bonification indiciaire*"[27], o ancora le "filiere dei mestieri"[28] che determinano una diminuzione del numero dei "*corps*" e che portano a interrogarsi sul nuovo ruolo del *corps* stesso nella definizione della carriera[29].

La stessa mobilità tra le tre *fonctions publiques*[30] – ma anche verso il settore privato – è aumentata per effetto di diverse importanti leggi. I dipendenti pubblici possono fare una simile scelta, che senz'altro contribuisce all'apertura della *fonction publique* francese, ma la mobilità può essere anche loro imposta, come vedremo in seguito.

L'introduzione di "attività multiple" nella *fonction publique*, determina un'importante possibilità di deroga al principio – tradizionalmente rigoroso, se non per poche eccezioni – dell'esclusività dell'impiego pubblico. Un funzionario può ormai

[26] Gli "*emplois fonctionnels*" coincidono con incarichi di direzione o di staff occupati a tempo determinato per reclutamento diretto dall'esterno o distacco di funzionari pubblici. Nella *fonction publique territoriale* v. l. n. 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, art. 53 (*N.d.T.*).

[27] La "*nouvelle bonification indiciaire*" (N.B.I.) costituisce un'indennità stipendiale attribuita a un numero contingentato di dipendenti in ragione delle responsabilità o professionalità connesse al posto occupato. Cfr. B. PÊCHEUR, *Rapport à Monsieur le Premier Ministre sur la fonction publique*, Paris, 29 octobre 2013, 46; J.L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique: faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France* (2008) trad. it. a cura di R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici, Per la Francia del domani*, Napoli, Jovene, 2011, 209; E. GEFFRAY, *L'attribution de la nouvelle bonification indiciaire face au principe d'égalité*, in *Actualité Juridique Droit* administratif (AJDA), 2010, n. 29, 1659-1662 (*N.d.T.*).

[28] Le "*filières des métiers*" riuniscono nella *fonction publique territoriale* posti d'impiego caratterizzati da una comune professionalità, con l'intento di una semplificazione del sistema dei "*corps*" – qui sostituiti dai più agili "*cadres d'emplois*" – al fine di favorire la mobilità dei dipendenti. V. loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, cit., art. 23, co. 3°, ove si citano le «filières administrative, technique, culturelle, sportive, animation et police municipale». Cfr. L. DERBOULLES, *Fonction publique d'Etat et fonction publique territoriale: comparabilité et recrutements*, Paris, L'Harmattan, 2004. Per la proposta di istituire alcune ampie filiere professionali anche per la *fonction publique statale*: J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici, Per la Francia del domani*, cit., 163 (*N.d.T.*).

[29] Così C. MONIOLLE, *Le principe de la carrière revisité? Le rôle du corps dans la construction de la carrière*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 99 ss. (*N.d.A.*).

[30] Vedi l. du 13 juillet 1983, art. 13 *bis* (introd. dalla l. n. 2005-843 du 26 juillet 2005) e art. 14, entrambi modificati dalla l. n. 2009-972 du 3 août 2009 e quindi dalla l. n. 2012-347 du 12 mars 2012 (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

esercitare una doppia attività[31], anche se è probabile un passo indietro se si presta fede alla proposta di legge sulla deontologia e i diritti e gli obblighi dei funzionari che in effetti riafferma l'esclusività della *fonction publique*[32]. Come è stato dimostrato[33], vi è un fondamentale rapporto tra il principio in ragione del quale un dipendente pubblico dedica l'integralità della sua attività professionale ai propri compiti e la repressione degli abusi d'ufficio e oggi la prevenzione dei conflitti d'interesse.

A seguito della LOLF[34] si affermano le parole "risultati" (professionali dei dipendenti) e "*perfomance*" (collettiva degli uffici)[35], con una scelta lessicale che segnala chiaramente un orientamento sostanziale, espresso nel 2007 dall'introduzione nell'ordinamento di un "diritto individuale alla formazione" che consente agli impiegati pubblici di prefissarsi degli obiettivi e di compensare eventualmente l'assenza di un titolo

[31] Cfr. l. du 2 février 2007 sul cumulo d'attività "accessorie", art. 20, e l. du 3 août 2009, cit., artt. 33 e 34 (l. du 13 juill. 1983, art. 25) (*N.d.A.*).

[32] Cfr. cap. 2, art. 6 del progetto di legge (*N.d.A.*).

[33] Cfr. D. JEAN-PIERRE, *Les prises illégales d'intérêts des fonctionnaires*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 291 ss. Sul più ampio quadro dei rapporti tra deontologia e disciplina: S. NIQUÈGE, *Discipline et déontologie: de l'art et des manières de faire corps*, *ivi*, 279 ss. (*N.d.A.*).

[34] La loi organique n. 2001-692 du 1 août 2001 *relative aux lois de finances* (L.O.L.F.) ha realizzato una profonda riscrittura delle regole contabili e di bilancio, intesa ad aumentare trasparenza e leggibilità del bilancio generale dello Stato – oggi organizzato in "missioni", "programmi" e "azioni" –, potenziarne la discussione parlamentare e ottenere una maggiore responsabilizzazione dell'amministrazione, con l'individuazione di un responsabile per ciascun programma e indicatori di *performances* per la valutazione dei risultati. In tema fra molti: J. MEKHANTAR, *Finances publiques de l'état: La LOLF et le nouveau droit budgétaire de la france*, Hachette, Paris, 2010; E. DE SIMONE, *La riforma del bilancio dello Stato in Francia: quali regole, quale democrazia*, in *Queste istit*., 2009, n. 152, 92 ss.; C. WALINE - P. DESROUSSEAUX, *La LOLF et l'amélioration de la gestion publique*, in *Revue juridique de l'économie publique*, 2009, n. 699, 3-7; R. PEREZ, *La Lolf e la modernizzazione dell'amministrazione in Francia*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2007, 211 ss.; L. AYRAULT, *LOLF et droit administratif*, in *Droit Administratif*, 2007, 7-14; M. BOUVIER - A. BARILARI, *La LOLF et la nouvelle gouvernance financière de l'Etat*, Paris, LGDJ, 2007 (*N.d.T.*).

[35] Cfr. loi du 13 juillet 1983, art. 20, mod. dalla l. n. 2010-751 du 5 juillet 2010, art. 38: «Le indennità possono tener conto delle mansioni e dei risultati professionali degli agenti, oltre che della "performance" collettiva die servizi» (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

di studio[36]. Si tratta di un diritto che trova completamento, nella medesima prospettiva di una formazione professionale individualizzata, in quello a un "bilancio delle competenze"[37], oltre che nella sostituzione della "*notation*" – che nei fatti era strettamente correlata a una mera progressione in carriera – con un "colloquio professionale"[38], inteso come strumento che consente ai singoli di stilare un bilancio dei propri risultati e di fissare – o di vedersi fissare – nuovi obiettivi.

La ricerca di produttività è stata confermata nel 2009 con l'instaurazione di una correlazione tra la valutazione – intesa come misurazione del merito e dell'impegno individuali – e la retribuzione[39]. Nel 2013 la Corte dei Conti ha sollecitato una maggiore

[36] Cfr. l. du 13 juillet 1983, art. 22, mod. dall'art. 4 della l. n. 2007-148 du 2 février 2007 di "*modernisation de la fonction publique*" (*N.d.A.*).

[37] Cfr. l. du 2 février 2007 cit., e l. n. 2007-209 du 17 février 2009 *relative à la fonction publique territoriale* ; décrets n. 2007-1470 du 15 octobre 2007, n. 2007-1845 du 26 décembre 2007 et n. 2008-824 du 21 août 2008. I «*bilan des compétences*» consentono ai dipendenti di analizzare le proprie «competenze, attitudini e motivazioni» per definire le più utili iniziative di formazione, ma anche per mobilità geografiche o funzionali (décret du 15 octobre 2007 cit., art. 1, co. 4°, art. 22) (*N.d.A.*).

[38] La "*notation*" costituiva il tradizionale sistema di valutazione dei funzionari a fini di progressione in carriera e distribuzione di incentivi economici (v. l. n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat*, art. 55 ss.): dimostratasi incapace di una reale differenziazione ed essenzialmente basata sulla sola anzianità di servizio, è stata di recente sostituita da un' "*évaluation*" fondata su un "colloquio individuale". Si vuole così ottenere un diretto confronto tra funzionario e superiore gerarchico su obiettivi prefissati e risultati raggiunti, difficoltà riscontrate, bisogni di formazione ecc., consentendo una valutazione più congrua e personalizzata, capace di costituire un elemento effettivamente utile per la valorizzazione del merito con erogazione di premi o indennità (cfr. décret n. 2002-682 du 29 avril 2002 *s conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'Etat* e poi l. n. 2007-148 du 2 février 2007 *de modernisation de la fonction publique*, l. n. 2009-972 du 3 août 2009 *relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique*, art. 35, l. n. 2010-751 du 5 juillet 2010 *relative à la rénovation du dialogue social …*, art. 44, décret n. 2007-1365 du 17 septembre 2007, décret n. 2010-716 du 29 juin 2010, décret n. 2010-888 du 28 juillet 2010 *t*). Taluno vi coglie un momento di vera e propria negoziazione degli obiettivi tra agente e amministrazione, secondo una logica che si vuole estranea alla *fonction publique* "*à la française*": D. JEAN-PIERRE, *L'entretien professionnel peut remplacer la notation dans la fonction publique territoriale*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n. 29 *(JCP A)*, 19 juillet 2010, act. 572 ; ID., *Une fonction publique sans fonctionnaires?*, cit. (*N.d.T.*).

[39] Come illustra nel suo contributo A. TAILLEFAIT, *Les liens nouveaux entre l'évaluation et la rémunération des fonctionnaires: une étape vers un droit de la performance de la fonction publique?*, in *Le statut général des*

Copyleft – Ius Publicum

considerazione dell'investimento professionale e del merito degli insegnanti, soprattutto ai fini di una definizione delle retribuzioni[40].

L'apparente rivoluzione culturale non è altro che un ritorno ai fondamenti del diritto pubblico della *fonction publique*: già nel 1946 Maurice Thorez difendeva lo statuto in ragione della previsione di "premi di rendimento, individuali e collettivi, che consentiranno di stabilire un rapporto proporzionale tra la retribuzione di un funzionario e l'intensità ed efficacia del suo sforzo"[41], e altri ne hanno ricordate le ulteriori affermazioni secondo cui "è essenziale che la *notation* esprima il valore effettivo e diseguale degli agenti"[42].

Non è certo meno interessante rilevare come l'esigenza che gestione, carriera e retribuzione dei pubblici impiegati dipendano in modo più netto dalla valutazione, cioè dalla qualità del lavoro e dall'impegno individuali, è ancora una volta associata all'interesse del servizio – e dunque non ha niente a che vedere con il neoliberalismo.

E tuttavia…

fonctionnaires: trente ans, et après?, cit., 119 ss. Nella *fonction publique* statale solo di recente si è introdotta una retribuzione complementare in ragione del merito: cfr. décret n. 2008-1533 du 22 décembre 2008, *relatif à la prime de fonctions et de résultats*, e décret n. 2011-1038 du 29 août 2011, *instituant une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les administrations de l'État* (in tema: M. DIEFENBACHER, *Rapport sur l'intéressement collectif dans la fonction publique*, Ass. nat., mai 2009) (*N.d.A.*).

[40] Cour des comptes, *Gérer les enseignants autrement*, rapport public thématique, mai 2013, 84 s. (*N.d.A.*).

[41] Estratto della discussione del progetto di legge istitutiva dello Statuto generale dei funzionari, 1946; citato da M. DIEFENBACHER in epigrafe, op. cit. (*N.d.A.*).

[42] Come ricorda F. MELLERAY, *Les réformes contemporaines de la fonction publique remmetent-elles en cause le compromis de 1946?*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2006, n. 1, 192 ss. (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

LA *FONCTION PUBLIQUE* TROVA MENO FONDAMENTO NELL'INTERESSE PUBBLICO

La mobilità richiamata poc'anzi – benché sia oggetto di un diritto dei funzionari – nondimeno è a questi spesso imposta, in conseguenza di ristrutturazioni interne all'amministrazione per ragioni organizzative o economiche. Gli "*avatar*" della mobilità funzionale verso l'impresa privata[43] e le conseguenze, in termini di regime statutario, dei trasferimenti di attività[44] sono evoluzioni non possono che suscitare inquietudini se si considera il concomitante affievolimento del rapporto – che pur si credeva consustanziale – tra funzionario e *service public*. Tale rapporto perde la sua forza giuridica non solo per effetto dell'interpretazione organica della giurisprudenza Berkani[45], ma anche in ragione dell'esplicito orientamento del *Conseil Constitutionnel*, che ne ha recentemente negato il fondamento costituzionale[46] pure affermato circa vent'anni prima dal *Conseil d'Etat*[47],

[43] Cfr. D. JACOTOT, *Les avatars de la mobilité fonctionnelle. La mutation d'un fonctionnaire au sein d'une entite privée, un imbroglio juridique*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 135 ss. (*N.d.A.*).

[44] Cfr. A. DELBLOND, *Les aléas du transfert d'activité*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 147 ss. (*N.d.A.*).

[45] Cfr. Ch. FORTIER, *La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 1999, n. 4, 291-301; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, cit., 62 ss. Con un *revirement* rispetto alla precedente giurisprudenza, l'"arrêt Berkani" del *Tribunal des Conflits* riconosce carattere «di diritto pubblico» ai contratti d'impiego dei dipendenti che prestino la loro attività nell'ambito di «*services publics administratifs*», a prescindere dalle mansioni esercitate questi sono pertanto soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo (Trib. Confl., 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône contre Conseil de prud'hommes de Lyon*). Il nuovo orientamento supera il previgente che assoggettava ad un regime di diritto pubblico i soli posti d'impiego caratterizzati da una «*participation directe au service public*» (*N.d.T.*).

[46] Cfr. Cons. const. 12 octobre 2012, n. 2012-281 QPC, *Syndicat de défense des fonctionnaires*; vedi *La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel*, comm. S. BUFFA e oss. C. GESLOT, in *Actualité Juridique Fonctions Publiques (AJFP)*, 2013, 5-12; A. ROBLOT-TROIZIER, *La Constitution, le service public et le fonctionnaire*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2013, 584-588; G. ÉVEILLARD, in *La Semaine Juridique* (*JCP*), 2013, n. 6, 273-274; A. GOUTNER-DIALLO, *D'un avis du Conseil d'État à une décision du Conseil constitutionnel : la disparition d'un principe constitutionnel relatif aux missions de service public des corps de fonctionnaires*, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2013, 407-415 (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

ammettendo altresì che il legislatore assoggetti a un regime di diritto privato persone assunte per partecipare all'esecuzione di un *service public* costituzionale come quello dell'Istruzione nazionale[48].

L'introduzione di una fase di negoziazione nel cuore del procedimento normativo, a detrimento della stretta unilateralità dello statuto, è a propria volta segno di un approccio meno "verticale" ai rapporti tra rappresentanti delle amministrazioni pubbliche e del personale.

L'avvio di un processo di contrattualizzazione collettiva delle condizioni di impiego – benché sotto falso nome – si evidenzia in particolare nella legge del 5 luglio 2010 relativa al rinnovamento del dialogo sociale nella *fonction publique*[49]. L'analisi del valore degli accordi collettivi conclusi dallo Stato con le organizzazioni sindacali dei

[47] Cfr. L. RAPP, *La privatisation de France Télécom: de "l'exemple français" à "l'exception culturelle". À propos d'un avis rendu par le Conseil d'État, le 18 novembre 1993*, in *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (CJEG)*, 1994, n. spécial, 358; F. MELLERAY, *Fonction publique et service public: le cas de France Télécom*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2003, 2078; L. RICHER, comm. n. 24 (Avis du 18 novembre 1993, n. 355.255, *France Télécom*), in *Les grands avis du Conseil d'État*, 3e éd., Paris, LGDJ, 2008 *(N.d.A.)*.

[48] Cons. const. 24 octobre 2012, n. 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*, nt. F. MELLERAY, *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2013, 119-121 *(N.d.A.)*.

[49] La "*loi sur le dialogue social"* (l. n. 2010-751 du 5 juillet 2010, *relative à la rénovation du dialogue sociale et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique*) interviene in tre ambiti principali: 1) su diritti e rappresentatività delle organizzazioni sindacali, con l'obiettivo di ampliare il ventaglio dei sindacati rappresentati in seno alle pubbliche amministrazioni, e di migliorare le condizioni dei rappresentanti sindacali; 2) sugli organi paritari che operano nelle amministrazioni pubbliche con funzioni consultive, all'insegna dell'avvicinamento alle analoghe commissioni esistenti nelle imprese; 3) con previsioni disparate ma che riprendono il *fil rouge* della modernizzazione e personalizzazione della gestione delle risorse umane. Cfr: E. MARC – Y. STRUILLOU, *La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue sociale dans la fonction publique: une mutation inachevée du système de relations professionnelles*, in *Droit administratif* n. 11 2010, 7-17; F. MELLERAY, *La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique. Première étape d'une réforme profonde*, in *Actualité Juridique Droit administratif*, 2010, 2045; D. JEAN-PIERRE, *La rénovation du dialogue sociale dans la fonction publique*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n. 38 *(JCP A)*, 2010, 2284. In Italia: B. GAGLIARDI, *La* fonction publique *francese dal libro bianco ad oggi*, in J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici*, cit., XXXIX ss. (*N.d.T.*).

Copyleft – Ius Publicum

funzionari[50] ha suscitato interessanti dibattiti sul senso politico di tale evoluzione giuridica[51]. Una tale evoluzione è in effetti la stessa che ha portato alla condanna dell' "egualitarismo" come era stato inteso nel 1946. La determinazione *ex lege* delle condizioni di validità degli accordi conclusi dallo Stato con i sindacati – cioè il riconoscimento dissimulato dei contratti collettivi nella *fonction publique*, malgrado l'assenza ad oggi di una qualsiasi efficacia vincolante degli stessi accordi – si accompagna all'introduzione in seno all'amministrazione di veri e propri "comitati d'impresa" poiché – ancora una volta seguendo il modello del settore privato, i "comitati tecnici paritari" (CTP) hanno perso la "p" per diventare semplicemente "comitati tecnici" (CT). Il pubblico potere si trova così a svolgere un ruolo inedito: progressivamente indietreggia, in un gioco in cui non è più attore ma arbitro, a vantaggio delle logiche di categoria.

La nuova concezione della *fonction publique* va descritta come sempre meno fondata sull'interesse pubblico, e ciò nonostante il paradosso per cui una tale evoluzione non procede nel verso di una maggiore protezione degli interessi individuali degli agenti. Per limitarsi a un esempio, la situazione di "*reorientation professionnelle*" in cui possono trovarsi i funzionari statali dall'entrata in vigore della l. 3 agosto 2009[52] semplifica la decadenza dall'esercizio delle funzioni in caso di riorganizzazione degli uffici poiché determina una messa in disponibilità d'ufficio, contro allo storico legame tra la titolarità di un livello di carriera e l'esercizio di mansioni corrispondenti[53] (è stato scritto che "il

[50] Cfr. E. MARC ET Y. STRUILLOU, *La valeur des accords collectifs conclus par l'État avec les organisations syndicales des fonctionnaires: les vertus potentiellles d'un oxymoron juridique*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 65 ss. (*N.d.A.*).

[51] V. il dibattito *Les accords collectifs, nouvelle source du droit de la fonction publique ?*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 87 ss. (*N.d.A.*).

[52] Legge che modifica la l. du 11 janvier 1984 e non quella del 13 juillet 1983 (*N.d.A.*).

[53] Accedono alla "*réorientation professionnelle*" i funzionari di cui sia stato soppresso l'impiego, cui è offerto un accompagnamento individualizzato volto a facilitarne una ricollocazione in senso alla pubblica amministrazione. Il datore di lavoro pubblico è a tal fine tenuto a elaborare insieme all'interessato un "progetto personalizzato di evoluzione professionale", che contempli gli impieghi che potrà occupare oltre alle necessarie azioni di formazione e riqualificazione professionale (l. n. 2009-972 du 3 août 2009, art. 7 e ss.). Nel caso in cui il

Copyleft – Ius Publicum

legislatore ha vinto la sfida di introdurre un sistema giuridico che consente di mettere da parte un funzionario senza doverlo né licenziare né retribuire"[54]).

Più aperta, più elastica e più dinamica, ma meno garante dell'interesse pubblico e meno garante dell'interesse individuale degli agenti: la *fonction publique* si è certo trasformata di pari passo con le modifiche introdotte nello statuto. È vero che alcuni principi fondamentali affermati dalla l. 13 luglio 1983 sono stati salvaguardati: malgrado un sempre più facile ricorso al contratto a tempo indeterminato, gli "impieghi civili di ruolo" (*emplois civils permanents*) degli enti pubblici sono tuttora riservati ai funzionari, che sono ancora soggetti a una "situazione statutaria e regolamentare", secondo il disposto degli artt. 3 e 4 della legge stessa; il principio del reclutamento per concorso, stabilito dall'art. 16, è confermato. Al di là della lettera di tali disposizioni, non ci si può non soffermare sull'analisi di cosa si intenda ormai per "impiego di ruolo" in un ente pubblico, tenuto conto delle varie possibilità di riorganizzazione, di trasferimento d'attività, di esternalizzazione. Né si può fare a meno di una riflessione sulla portata da riconoscere oggi al principio del reclutamento per concorso: benché non diminuiscano i bisogni cui assolvono i *services publics*, il numero dei posti negli organici non smette di scendere. In media, negli ultimi dieci anni, un funzionario su tre cessati dal servizio non è stato sostituito , cosa che determina delle prassi di contrattualizzazione forzata che portano a

funzionario rifiuti tre successive proposte di impiego «ferme e precise, corrispondenti al suo grado e al suo progetto personalizzato di evoluzione professionale e che tengano conto della sua situazione familiare e del suo luogo di residenza abituale» si avvia un procedimento che sfocia nel pensionamento o licenziamento: cfr. décret n. 2010-1402 du 12 novembre 2010 *relatif à la situation de réonrientation professionnelle des fonctionnaires de l'Etat*, art. 10; cfr. P. BOUTELET, *La nouvelle disponibilità d'office, instrument du licenciement pour suppression d'emploi*, in *Actualité Juridique Fonctions publiques*, 2010, 60; F. MELLERAY, *Un "plan de sauvegarde de l'emploi" qui ne dit pas son nom*, *ivi*, 60; D. JEAN-PIERRE, *La réforme de l'Etat vue du coté de l'emploi des fonctionnaires: réorientation professionnelle, disponibilità d'office et licenciement*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n. 3 *(JCP A)*, 17 janvier 2011, 2023 ss. (*N.d.T.*).

[54] Vedi E. MARC, *La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2011, 167; cfr. inoltre *La situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État*, "billets" di F. MELLERAY e P. BOUTELET, in *Actualité Juridique Fonctions Publiques (AJFP)*, 2010, 60-63 (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

domandarsi se si stia introducendo una nuova *fonction publique*, non più disciplinata dal diritto pubblico[55] (forse secondo il modello italiano[56]). Tali principi fondamentali, dunque, sono confermati: ma quale efficacia hanno in realtà?

Lette in sequenza, e completate dalle evoluzioni della *fonction publique* all'esterno del quadro offerto dallo statuto – per effetto di regolamenti, della giurisprudenza o semplicemente di prassi amministrative – queste modificazioni della legge portano a interrogarsi sulla "normalizzazione" – evidentemente in opera – della *fonction publique* francese[57]. Tale evoluzione storica corrisponde tuttavia a un disegno politico cosciente e coerente?

QUALE ROTTA OCCORRE SEGUIRE?

Molti osservatori vedono nelle evoluzioni contemporanee della *fonction publique* francese un avvicinamento ogni giorno più evidente al sistema della concorrenza tra imprese private. Il discorso pronunciato a Nantes da Nicolas Sarkozy il 19 settembre 2007 sul futuro della *fonction publique* francese, o il "rapporto Silicani" pubblicato pochi mesi dopo, non possono che confermare una tale constatazione[58]. Di recente è stata rilevata la "banalizzazione del dipendente dell'amministrazione pubblica"[59].

[55] Cfr. B. BARRAUD, *Du statut au contrat: vers une fonction publique "déstatufiée"?,* in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 159 ss. (*N.d.A.*).

[56] Cfr. R. CAVALLO PERIN et B. GAGLIARDI, *L'exemple italien: l'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 159 ss. (*N.d.A.*).

[57] N. FONT, *La fonction publique est-elle en voie de normalisation?*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 75 ss. (*N.d.A.*).

[58] Vedi J.L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, cit. (*N.d.A.*).

[59] C. VIGOUROUX, *Trente ans après la loi du 13 juillet 1983*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2013, 1205 ss. (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

Quest'evoluzione corrisponde soltanto a un'esigenza di realizzare economie e di aumentare la produttività, o corrisponde invece a un disegno politico, inteso a delineare un nuovo *service public*? Anche se le riforme che sono state accelerate negli ultimi dieci anni vanno complessivamente in uno stesso senso, nulla dimostra che gli obiettivi perseguiti facciano parte di una strategia d'insieme veramente meditata, e fondata sull'interesse pubblico. Nel 2003 nel suo rapporto[60] il *Conseil d'Etat* aveva sottolineato la necessità di una profonda riforma: tuttavia non si può non riconoscere che da quel momento in poi non si è disvelata alcuna "rotta". È significativo che il primo orientamento suggerito dal rapporto sulla *fonction publique* che il consigliere di Stato Bernard Pêcheur ha consegnato al Primo Ministro il 29 ottobre 2013 sia proprio di «fissare una rotta, dare un senso all'azione pubblica»[61]. L'assenza di strategia – e forse anche di "coraggio politico" – è particolarmente pericolosa in un momento in cui la *fonction publique* si trova esposta a venti contrari. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle norme che la disciplinano, queste debbono adattarsi al diritto dell'Unione Europea e alle esigenze di liberalizzazione che ne derivano, rispondendo allo stesso tempo a una forte domanda sociale di servizi pubblici, che supera ampiamente i settori delle "regalie". Al proprio interno deve adattarsi a prassi manageriali nuove, fermo restando che la RGPP si è sovente tradotta in una logica di mera contabilità[62], proprio quando per gli agenti è ancor più importante la sicurezza sociale

[60] M. POCHARD, *Réflexions sur la fonction publique*, cit. (*N.d.A.*).

[61] B. PECHEUR, *Rapport à Monsieur le Premier ministre sur la fonction publique*, 29 ottobre 2013, 73.

[62] La *Révision générale des politiques publiques* (R.G.P.P.) è un programma di modernizzazione dell'azione dello Stato lanciato nel giugno 2007 che coinvolge tutte le politiche pubbliche e i ministeri nel perseguimento di tre obiettivi principali tra loro connessi: miglioramento della qualità dei servizi pubblici, riduzione della spesa pubblica e modernizzazione della *fonction publique*. Cfr. F.D. MIGEON, *La méthode RGPP: placer le changement au coeur de l'administration*, in *Revue française d'administration publique*, 2010, 985 ss.; F. LAFARGE, *La révision générale des politiques publiques: objet, méthodes et redevabilité*, in *Revue française d'administration publique*, 2010, n. 136, 755-774 ; J.M. BRICAULT, *L'impact de la RGPP sur le contrôle de légalité*, in *Revue française d'administration publique*, 2010, n. 136, 943 ss. (*N.d.T.*).

Copyleft – Ius Publicum

in ragione della crisi economica e sociale, secondo esigenze espresse oggi dalla "*securisation"* dei percorsi professionali[63].

È quindi necessario ritornare alla sfida del capitano: ogni maggioranza politica ha uno scopo chiaramente definito in materia di *service public*? Alla fine del 2013 Bernard Pêcheur ritiene utile scrivere che «il *service public* non è mondo destinato a estinguersi»[64]… Ma ciò non toglie che in assenza di una qualsiasi traiettoria la soddisfazione dell'interesse pubblico sembra sempre più rimessa all'assoggettamento del *service public* al diritto comune, o a un diritto che a questo si ispiri. Certo l'apporto del diritto del lavoro può senz'altro trasformare le abitudini in seno alla *fonction publique* in un senso che non è per forza estraneo al *service public*, così come il diritto della *fonction publique* ispira utilmente alcune evoluzioni del diritto del lavoro[65]. Queste convergenti evoluzioni sembrano portare alla progressiva elaborazione di un "diritto dell'impiego"[66].

Saremmo allora al centro di un rinnovamento della classica concezione del perseguimento dell'interesse pubblico, cosa che in sé è molto interessante. Ma occorre ancora individuare un disegno politico: una tale evoluzione impone una riflessione strategica sugli obiettivi, sull'ambito di azione e sugli strumenti dell'attività pubblica, in altre parole sull'offerta di servizio pubblico e su come ne sono considerati gli attori. In assenza di unta tale riflessione ciò che verrà meno sarà il principio di unitarietà della

[63] Cfr. N. SAUTERAU, *Sécurisation des parcours professionnels et protection sociale: quels droit pour les agents publics à l'heure de la flexisécurité?*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 243 ss. (*N.d.A.*). La nozione ricomprende gli ammortizzatori sociali e altri istituti utili a garantire il lavoratore a fronte di eventi che vanno dal licenziamento alla maternità, per assicurare la continuità del percorso professionale intrapreso. Cfr. E. ARNOULT-BRILL, *La sécurisation des parcours professionnels*, Paris, La documentation française, 2007 (*N.d.T.*).

[64] B. PECHEUR, rapp. cit., 4 (*N.d.A.*).

[65] Vedi C. RADE, *Trentième anniversaire de la loi Le Pors*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)* 2013, n. 21, spec., 1218-1219 (*N.d.A.*).

[66] Vedi E. MARC et Y. STRUILLOU, *Droit du travail et droit de la fonction publique: des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle*" ?, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2010, 1169-1186 (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

fonction publique; sin da ora è necessario interrogarsi sul senso di un titolo comune alle nostre tre *fonctions publiques*[67]. In assenza di una tale riflessione, verrà meno lo stesso senso di un sistema di *fonction publique*. Mentre si diversificano le modalità di perseguimento dell'interesse pubblico, la gestione dei servizi pubblici è sempre più esternalizzata, il settore privato riesce talora a dar prova di efficienza nello svolgimento di missioni che sarebbero state intese come necessariamente pubbliche venticinque anni fa, ci si accorge che gli stessi funzionari non lavorano più necessariamente al servizio delle finalità dello Stato o degli altri enti pubblici, e che la disciplina a questi applicabile non è più così caratterizzata dalle esigenze dell'interesse pubblico quanto determinata da considerazioni di categoria[68].

Beninteso, oggi la sfida non è la conservazione: un'evoluzione dinamica del diritto della *fonction publique* è necessaria, non foss'altro perché il *service public*, anche in ipotesi, non potrebbe funzionare in una campana di vetro. Ma occorre sapere ciò che si vuol realizzare, senza dimenticare il fondamento del nostro sistema repubblicano: è necessario tenere a mente la cesura tra interesse individuale e interesse pubblico che, senza tempo e irriducibile, fonda l'esistenza di un diritto pubblico nel nostro paese e determina la necessità di neutralità e continuità che lo statuto ha la capacità di garantire.

*

* *

L'ambizione del convegno di Besançon[69] è proprio di offrire una base di riflessione sufficiente per individuare delle prospettive. L'esercizio richiede di fare un

[67] Cfr. J. BOURDON, *Identité plurielle: quel dénominateur commun?*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 327 ss. (*N.d.A.*).

[68] Per l'approfondimento di tali questioni, a partire dalle finalità dello Stato: J. FIALAIRE, *Fonction publique et finalités de l'État?*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 307 ss. (*N.d.A.*).

[69] Per un'efficace sintesi degli atti: F. MELLERAY, *Les piliers du temple sont toujours debout… pour l'instant!*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 345 ss. (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

passo indietro, facilitato dall'anniversario celebrato. Invita anche a estendere il panorama, grazie ad una tavola rotonda sui modelli stranieri[70]. Ci invita, infine, a un ritorno ai fondamenti della Repubblica, che ne deve consentire un miglior adattamento al mondo contemporaneo evitandone la dissoluzione.

[70] Cfr. *Table ronde. Les modèles étrangers et leurs évolution*, présidée par A. Fitte-Duval, avec E. Malaret Garcia (Spagna), B. Gagliardi (Italia), di P. Mahon (Svizzera), di F. Delpérée (Belgio) e di X. Sun (Cina), in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, cit., 189 ss. (*N.d.A.*).

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

LA FONCTION PUBLIQUE FRANÇAISE, LE BATEAU IVRE ? [1]

(Décembre 2014)

Charles FORTIER [2]

SOMMAIRE

- **LE TITRE PREMIER PORTE AUJOURD'HUI UNE CONCEPTION PLUS OUVERTE, PLUS SOUPLE ET PLUS DYNAMIQUE DE LA FONCTION PUBLIQUE**
- **LA CONCEPTION DE LA FONCTION PUBLIQUE EST MOINS AXÉE SUR L'INTERÊT GÉNÉRAL**
- **LA QUESTION DU CAP**

Sous la III[e] République, l'idée émergente d'un « statut » de la fonction publique visait à en afficher une conception d'ensemble : l'ambition était d'unifier le droit applicable aux fonctionnaires en considération des exigences communes de tous les services publics ; en considération des besoins propres *du* service public. Tel est bien, en effet, le sens profond du statut : singulariser le service public.

[1] Extrait de l'ouvrage *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la direction de Charles Fortier, Paris, Dalloz, 2014, 1-12. L'ouvrage est issu du colloque organisé les 11 et 12 juillet 2013 à Besançon par le Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté.

[2] Professeur de droit public – Directeur du Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté

Copyleft – Ius Publicum

En 1946, le statut législatif articula la logique traditionnelle du service public, les devoirs du fonctionnaire, avec une logique sociale, nouvelle, conférant des droits aux fonctionnaires. Les lignes de force du statut de 1946 ont survécu jusqu'au statut général applicable aujourd'hui : la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dont ce colloque célèbre les trente ans, « porte droits et obligations des fonctionnaires ».

Cette loi fut votée dans un contexte politique et sociologique particulier, à la faveur d'une alternance historique qui voyait la gauche — unie — revenir aux responsabilités après plus de vingt-cinq ans de gouvernements de droite. La majorité était alors portée par une Assemblée nationale composée majoritairement de députés issus du secteur public[3] tandis que le gouvernement, au sein duquel les fonctionnaires étaient fort bien représentés, était conduit par un Premier ministre lui-même professeur de l'enseignement technique. On ne saurait alors s'étonner de la priorité donnée par le nouveau gouvernement aux questions touchant la fonction publique. Avant même l'adoption du nouveau statut, les conditions générales d'exercice des droits syndicaux des fonctionnaires furent améliorées[4], leur droit de grève renforcé[5], le principe de participation approfondi[6] tandis que, plus largement, la politique de concertation s'appliqua dès septembre 1981 à de nombreux grands dossiers dont ceux de la rémunération des fonctionnaires, de la durée hebdomadaire du travail, des congés payés, du temps partiel, de la gestion prévisionnelle des effectifs ou encore de l'action sociale[7] ; et la haute fonction

[3] 261 députés, sur 491, étaient issus du secteur public soit 53 % ; v. M. Pinet (dir.), *Histoire de la fonction publique en France*, Nouvelle Librairie de France, 1993, t. 3, p. 451.

[4] Décr. n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique.

[5] L. n° 82-889 du 19 oct. 1982 relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'État, des collectivités locales et des services publics.

[6] Par l'extension des compétences du Conseil supérieur de la fonction publique, par la consultation rendue obligatoire des comités techniques paritaires sur les questions relevant de leur compétence, ou par le renforcement de la collégialité au sein des commissions administratives paritaires statuant comme conseils de discipline.

[7] V., R. Bidouze, « Du serment de fidélité à l'Empereur au statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales », *RFAP* 1983, n° 25, spéc. p. 23-24.

Copyleft – Ius Publicum

publique ne fut pas oubliée puisque l'École nationale d'administration fut réformée[8], et la concertation sur la modernisation des Instituts régionaux d'administration engagée[9]. Parallèlement, les grandes lois de décentralisation[10] et l'extension du secteur public avec la création de 107 000 emplois dans la fonction publique[11] concernèrent directement la fonction publique et son organisation. C'est dans ce contexte d'intenses réformes qu'intervint la refonte du statut des fonctionnaires : pour la première fois, le statut fut voté selon les procédures législatives ordinaires, c'est-à-dire dans les conditions normales de la vie démocratique d'un pays[12].

Comme dans l'immédiat après-guerre, le statut était d'abord regardé comme un instrument politique. Alors que le statut de 1946 ne s'appliquait qu'aux quelque 900 000 agents permanents de l'État et de ses établissements publics, la grande innovation portée par le statut de 1983 fut de réunir, avec les agents de l'État, ceux des communes, des départements, des toutes jeunes régions ainsi que ceux des hôpitaux sous un régime juridique harmonisé, de même niveau normatif, exprimant l'identité du service public. Dans le cadre de la décentralisation qui se mettait en place, l'enjeu majeur était de ne pas laisser glisser progressivement les agents des collectivités territoriales vers le contrat, mais au

[8] Décr. n° 82-819 du 27 sept. 1982 ; L. n° 83-26 du 19 janv. 1983.

[9] La réforme des IRA sera réalisée en 1984, par le décret n° 84-588 du 10 juill.

[10] L. n° 82-213 du 2 mars 1982, L. n° 83-8 du 7 janv. 1983.

[11] La loi de finances rectificative du 3 août 1981, puis les lois de finances pour 1982 et pour 1983 créent, au total, 171 000 emplois publics dont 107 000 dans la fonction publique.

[12] La loi du 14 sept. 1941 portant statut des fonctionnaires fut élaborée par le gouvernement de Vichy, sous l'Occupation ; la loi n° 46-2294 du 19 oct. 1946 relative au statut général des fonctionnaires fut votée par l'Assemblée nationale constituante ; en 1959, c'est par voie d'ordonnance que le statut fut ajusté à la nouvelle répartition constitutionnelle des compétences législatives et réglementaires (Ord. n° 59-244 du 4 févr. 1959 relative au statut général des fonctionnaires).

Copyleft – Ius Publicum

contraire de les associer pleinement à la nouvelle construction : c'est ce qu'a permis le statut « général » des fonctionnaires, destiné à régir quatre millions d'agents[13].

Quant au contenu, la loi du 13 juillet 1983 fut conçue autour de trois grandes idées : énoncer un corpus de principes communs à tous les fonctionnaires, garantir leurs droits et libertés, et exprimer les obligations inhérentes à leur mission.

Tout d'abord, le titre premier du statut général affirme — ou réaffirme — des principes fondamentaux, structurants pour la fonction publique française, qui sont à la fois étroitement liés et distincts :

– les emplois permanents doivent être pourvus par des agents titulaires ;

– ces agents se trouvent dans une situation statutaire — conformément à la culture française de la puissance publique, qui ne doit pas être liée par les termes d'un contrat ;

– ils développent une carrière, après un recrutement par concours : sont significativement liés la vocation des agents à gravir les échelons, c'est-à-dire à progresser dans les responsabilités et dans la rémunération, et leur mode de recrutement qui doit mesurer d'emblée leur capacité d'adaptation à divers métiers à l'aune de la culture générale et de l'esprit de méthode plutôt que par la recherche d'une compétence immédiate ultra-spécialisée ;

– le grade est distinct de l'emploi : d'une part, les fonctionnaires ont vocation à occuper tous les emplois auxquels leur grade donne accès, et d'autre part, ils ont l'assurance de conserver leur place et leur rang dans l'administration indépendamment de l'évolution des besoins ou des postes disponibles. Cette distinction essentielle est censée tout à la fois offrir aux responsables administratifs une souplesse fonctionnelle dans la gestion des compétences, et forger chez les agents un sentiment précieux d'appartenance au service public.

[13] V., A. Le Pors, « Le statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales », *RFAP* 1983, n° 25, p. 31.

Copyleft – Ius Publicum

La loi du 13 juillet 1983 accorda par ailleurs aux fonctionnaires des garanties, sous la forme de droits et de libertés. À l'abord puis au cours de la carrière, sont en effet « garantis » l'égal accès aux emplois publics et le caractère national des corps, la mobilité des fonctionnaires et la possibilité de bénéficier d'une formation professionnelle permanente, la rémunération après service fait et le maintien de cette rémunération en cas de suppression d'emploi, le droit à la sécurité et à la protection sociale ainsi qu'aux congés, ou encore la « protection fonctionnelle » de l'administration dont Édouard Bédarrides présente les évolutions au sein de cet ouvrage[14], ainsi que les « garanties disciplinaires ». Sont aussi affirmés des droits sociaux comme le droit syndical, le droit de grève et le droit à la participation. Des libertés classiques sont enfin reconnues aux fonctionnaires : au-delà de l'égalité dont Annie Fitte-Duval explore les dialectiques[15], la liberté d'opinion fait l'objet d'une disposition explicite — dont le prolongement naturel est la liberté d'expression qui n'est au contraire pas consacrée par le statut, ce que souligne plus loin Geneviève Koubi[16].

Enfin, le titre premier du statut général évoque les obligations des fonctionnaires, au premier rang desquelles il faut certainement citer le principe hiérarchique mais qui englobent aussi l'exclusivité professionnelle et le désintéressement, la discrétion professionnelle contrebalancée par l'obligation d'informer le public au nom de la transparence, ou encore la responsabilité du fonctionnaire dans l'exécution de ses tâches.

L'inscription de ces principes, garanties et obligations dans un texte solennel emportera d'importantes conséquences non seulement pour les fonctionnaires eux-mêmes mais aussi, corrélativement, pour les responsables politiques désormais liés au respect de

[14] V. la contribution de E. Bédarrides, « Les contours et enjeux de la protection fonctionnelle », in *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 263-270 ; v. aussi les débats qui ont suivi cette communication, p. 271-278.

[15] V. la contribution de A. Fitte-Duval, « Les dialectiques du principe d'égalité dans la fonction publique », in *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 215-228.

[16] V. la contribution de G. Koubi, « Liberté d'expression et droit des fonctions publiques », in *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 229-242.

Copyleft – Ius Publicum

prétendus acquis par une sorte d'idéologie statutaire, conçue comme un vecteur de progrès mais devenue un facteur de résistance à l'esprit de réforme comme l'explique Marcel Pochard à la suite immédiate de la présente introduction[17].

Sans doute ces résistances, assumées par d'importants syndicats de fonctionnaires, contribuent-elles à expliquer que les mutations qu'a connues la fonction publique depuis 1983 aient emprunté des voies diverses, dans la poursuite d'objectifs mal identifiés.

LE TITRE PREMIER PORTE AUJOURD'HUI
UNE CONCEPTION PLUS OUVERTE, PLUS SOUPLE
ET PLUS DYNAMIQUE DE LA FONCTION PUBLIQUE.

C'est bien sûr dans les limites fixées par la Constitution, où le droit de la fonction publique puise ses sources fondamentales comme nous le rappelle Joël Mekhantar[18], et conformément aux principes définis par le droit de l'Union européenne — « au service du fonctionnaire » selon les termes de Coralie Mayeur-Carpentier[19] — que le statut législatif français a évolué. En 2003, le rapport du Conseil d'État estimait toutefois que le titre premier du statut général n'avait fait l'objet « que d'aménagements, importants certes, mais qui n'en changent pas l'esprit »[20]. Le même constat peut-il être dressé dix années après ?

[17] V. la contribution de M. Pochard, « L'idéologie statutaire : les résistances à l'esprit de réforme », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 15-26.

[18] V. la contribution de J. Mekhantar, « Les sources constitutionnelles du droit de la fonction publique », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 27-48.

[19] V. la contribution de C. Mayeur-Carpentier, « Les principes de la fonction publique dans le droit de l'Union européenne », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 49-63.

[20] M. Pochard, *Réflexions sur la fonction publique*, EDCE, rapport public 2003, 2e partie, p. 238.

Copyleft – Ius Publicum

En trente ans, le titre premier du statut général fut modifié à 31 reprises[21] et seuls 13 articles, sur les 31 initiaux, n'ont subi aucune révision ; à la date de notre colloque, la loi du 13 juillet 1983 ne compte pas moins de 50 articles. Quoique parlants, ces chiffres ne préjugent certes pas des évolutions de fond ; mais les modifications introduites traduisent bien, globalement, une conception renouvelée de la fonction publique[22].

D'abord, le principe de la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne, et plus largement au sein de l'espace économique européen, a conduit progressivement à son ouverture[23], dans des conditions qui obligent désormais à distinguer selon les emplois puisque seuls ceux comportant une participation à l'exercice de la puissance publique demeurent insusceptibles d'être pourvus par des citoyens non nationaux. Dans certains secteurs, le contournement du concours devient possible depuis la jurisprudence *Burbaud* de 2003[24] : c'est l'emploi qui donne vocation à exercer dans la fonction publique, et non plus le grade qui donne vocation à occuper l'emploi. Un changement de logique s'opère alors, insidieusement, au détriment du système de la carrière caractéristique de la fonction publique dite « fermée ». De manière plus générale, l'emploi se trouve de plus en plus valorisé comme en témoignent le développement des emplois fonctionnels, la nouvelle bonification indiciaire, ou encore les filières de métiers

[21] Par 28 lois ordinaires, deux ordonnances et une loi de finances ; v. la version consolidée de la loi sur le site Légifrance.

[22] Sur la conception française de la fonction publique et ses liens étroits au statut, v. not. Ch. Fortier, « L'identité du droit français de la fonction publique – Le statut, spécificité irréductible du droit public du travail », *in* X. Bioy (dir.), *L'identité du droit public*, Paris, LGDJ, 2011, p. 105-126.

[23] En deux étapes qui ont modifié de façon significative la loi du 13 juill. 1983 : L. n° 91-715 du 26 juill. 1991 ; L. n° 2005-843 du 26 juill. 2005.

[24] V., CJCE 9 sept. 2003, *Isabel Burbaud*, aff. C-285/01, *Rec*. I-8219.

Copyleft – Ius Publicum

qui induisent une diminution du nombre des corps et conduisent Carole Moniolle à s'interroger sur le rôle nouveau du corps dans la construction de la carrière[25].

Ensuite, la mobilité entre les trois fonctions publiques, mais aussi vers le secteur privé, s'est accrue par l'effet de plusieurs lois importantes[26]. Elle peut être choisie par les agents, et contribue alors incontestablement à l'ouverture de la fonction publique française ; elle peut aussi être subie, comme nous le verrons plus loin.

Notons aussi l'introduction de la pluri-activité dans la fonction publique, qui constitue un assouplissement remarquable du principe, traditionnellement rigoureux en dépit de quelques exceptions, de l'exclusivité professionnelle : un fonctionnaire peut désormais avoir une double activité[27], même si un retour en arrière est probable si l'on en croit l'avant-projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires qui réaffirme, en effet, l'exclusivité des fonctions publiques[28]. Didier Jean-Pierre explique, dans cet ouvrage, les liens centraux entre le principe selon lequel un agent public consacre l'intégralité de son activité professionnelle à ses tâches, d'une part, et la répression des prises illégales d'intérêts puis aujourd'hui la prévention des conflits d'intérêts, d'autre part[29] ; et ce, après que Sylvain Niquège aura dressé un tableau plus large des relations qu'entretiennent la déontologie et la discipline[30].

[25] V. la contribution de C. Moniolle, « Le principe de carrière revisité ? Le rôle du corps dans la construction de la carrière », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 99-118.

[26] V. l'art. 13 *bis* de la loi du 13 juill. 1983, introduit par la loi n° 2005-843 du 26 juill. 2005, et l'art. 14, ces deux articles ayant été modifiés par la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 puis par la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012.

[27] V. l'art. 20 de la loi du 2 févr. 2007 sur le cumul d'activités « accessoires », et les art. 33 et 34 de la loi du 3 août 2009 préc. (L. du 13 juill. 1983, art. 25).

[28] Chap. 2, art. 6. de l'avant-projet de loi.

[29] V. la contribution de D. Jean-Pierre, « Les prises illégales d'intérêts des fonctionnaires », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 291-302.

[30] V. la contribution de S. Niquège, « Discipline et déontologie : de l'art et des manières de faire corps », *in Le Statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 279 - 290.

Copyleft – Ius Publicum

Enfin, sont apparus dans la loi — sous l'impact de la LOLF — les mots « résultats » (professionnels des agents) et « performance » (collective des services)[31]. Ce choix lexical traduit clairement une orientation de fond, amorcée en 2007 par l'introduction d'un « droit individuel à la formation » permettant aux agents de se fixer des objectifs et de compenser éventuellement l'absence de diplôme[32], droit lui-même complété, précisément dans cette perspective d'une formation professionnelle individualisée, par le droit à un « bilan de compétences »[33] ainsi que par le remplacement de la notation, qui dans les faits était étroitement liée au simple avancement dans la carrière, par un « entretien professionnel »[34] : celui-ci est censé permettre aux agents de dresser un bilan de leurs résultats et de se fixer, de se voir fixer aussi, des objectifs. Cette recherche de productivité fut confirmée en 2009 par l'instauration de liens entre l'évaluation, c'est-à-dire la prise en compte du mérite et de l'implication, et la rémunération[35] comme l'explique plus loin Antony Taillefait[36]. C'est ainsi qu'en 2013, la Cour des comptes pouvait réclamer une plus

[31] V. l'art. 20 de la loi du 13 juill. 1983, modifié par l'art. 38 de la loi n° 2010-751 du 5 juill. 2010 : « Les indemnités peuvent tenir compte des fonctions et des résultats professionnels des agents ainsi que de la performance collective des services. »

[32] Art. 22 de la loi du 13 juill. 1983, modifié par l'art. 4 de la loi n° 2007-148 du 2 févr. 2007 de modernisation de la fonction publique.

[33] V. la loi du 2 févr. 2007 préc., et la loi n° 2007-209 du 17 févr. 2009 relative à la fonction publique territoriale ; v. les décrets n° 2007-1470 du 15 oct. 2007, n° 2007-1845 du 26 déc. 2007 et n° 2008-824 du 21 août 2008.

[34] Décr. n° 2007-1365 du 17 sept. 2007.

[35] L'instauration effective d'une rémunération complémentaire au mérite dans la fonction publique de l'État est récente en effet : v. le décret n° 2008-1533 du 22 déc. 2008 relatif à la prime de fonctions et de résultats, et le décret n° 2011-1038 du 29 août 2011 instituant une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les administrations de l'État (sur cette question, v. M. Diefenbacher, *Rapport sur l'intéressement collectif dans la fonction publique*, Ass. nat., mai 2009).

[36] V. la contribution de A. Taillefait, « Les liens nouveaux entre l'évaluation et la rémunération des fonctionnaires : une étape vers un droit de la performance de la fonction publique ? », in *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 119-134.

Copyleft – Ius Publicum

grande prise en compte de l'investissement professionnel et du mérite des enseignants, notamment pour la fixation de leur rémunération[37].

Cette apparente révolution culturelle n'est certes, en réalité, qu'un retour aux fondements du droit statutaire de la fonction publique : dès 1946, Maurice Thorez défendait le statut en expliquant que celui-ci prévoyait « l'extension des primes de rendement, individuelles et collectives, qui permettront de "proportionner" la rémunération du fonctionnaire (…) à l'intensité et à l'efficacité de l'effort »[38], et Fabrice Melleray rappelle d'autres propos tenus par Maurice Thorez selon lesquels « il est essentiel que la notation (…) exprime la valeur réelle et inégale des agents »[39]. Il n'en est pas moins intéressant de constater que l'exigence que le management des fonctionnaires, leur carrière et leur rémunération dépendent de façon plus significative de leur évaluation, c'est-à-dire de la qualité de leur travail et de l'intensité de leur engagement, est de nouveau associée à l'intérêt du service — et qu'elle n'a rien de propre au néolibéralisme. Et pourtant…

LA CONCEPTION DE LA FONCTION PUBLIQUE EST MOINS AXEE SUR L'INTERÊT GÉNÉRAL.

La mobilité évoquée plus haut, pour constituer un droit des agents, ne s'en trouve pas moins subie assez fréquemment, en raison des restructurations internes à l'administration ou de nature économique. Après que David Jacotot aura présenté les

[37] Cour des comptes, *Gérer les enseignants autrement*, rapport public thématique, mai 2013, p. 84 s.

[38] Extrait de la discussion du projet de loi créant le Statut général des fonctionnaires, 1946 ; cité par M. Diefenbacher en épigraphe, rapp. préc.

[39] F. Melleray, « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RD publ*. 2006, n° 1, p. 192.

Copyleft – Ius Publicum

avatars de la mobilité fonctionnelle vers le secteur privé[40], Antoine Delblond insistera sur les conséquences, en termes statutaires, des transferts de service[41]. Ces évolutions ne peuvent que susciter des inquiétudes compte tenu de l'effritement, concomitant, de la liaison qu'on croyait pourtant consubstantielle entre le fonctionnaire et le service public : cette liaison perd de sa force juridique, non seulement par l'effet de l'interprétation organique de la jurisprudence *Berkani*[42] mais aussi en vertu de la jurisprudence explicite du Conseil constitutionnel qui, d'une part, lui a récemment dénié la valeur constitutionnelle[43] que le Conseil d'État avait cru pouvoir affirmer près de vingt ans plus tôt[44] et, d'autre part, a accepté que le législateur soumette à un régime de droit privé des personnes recrutées pour participer à l'exécution d'un service public pourtant constitutionnel, celui de l'Éducation nationale[45].

[40] V. la contribution de D. Jacotot, « Les avatars de la mobilité fonctionnelle – La mutation d'un fonctionnaire au sein d'une entité privée, un imbroglio juridique », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 135-146.

[41] V. la contribution de A. Delblond, « Les aléas du transfert d'activité », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 147-158.

[42] Sur cette question, v. not. Ch. Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *AJDA* 1999, n° 4, p. 291-301.

[43] Cons. const. 12 oct. 2012, n° 2012-281 QPC, *Syndicat de défense des fonctionnaires* ; v. « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », comm. S. Buffa et obs. C. Geslot, *AJFP* 2013. 5-12 ; A. Roblot-Troizier, « La Constitution, le service public et le fonctionnaire », *AJDA* 2013. 584-588 ; G. Éveillard, *JCP* 2013, n° 6, p. 273-274 ; A. Goutner-Diallo, « D'un avis du Conseil d'État à une décision du Conseil constitutionnel : la disparition d'un principe constitutionnel relatif aux missions de service public des corps de fonctionnaires », *RFDA* 2013. 407-415.

[44] V., L. Rapp, « La privatisation de France Télécom : de "l'exemple français" à "l'exception culturelle". À propos d'un avis rendu par le Conseil d'État, le 18 novembre 1993 », *CJEG* 1994, n° spécial, p. 358 ; F. Melleray, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *AJDA* 2003. 2078 ; L. Richer, comm. n° 24 (Avis du 18 nov. 1993, n° 355.255, *France Télécom*), in *Les grands avis du Conseil d'État*, 3e éd., Paris, LGDJ, 2008.

[45] Cons. const. 24 oct. 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*, note F. Melleray, *AJDA* 2013. 119-121.

Copyleft – Ius Publicum

L'introduction de la négociation au cœur du processus normatif, au détriment de l'unilatéralité stricte du statut, témoigne quant à elle d'une approche moins verticale des rapports entre les représentants de la puissance publique et ceux des personnels : l'amorce d'un processus de contractualisation collective des conditions de travail, qui ne dit pas son nom, est visible en particulier à travers la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique[46]. Emmanuelle Marc et Yves Struillou nous éclairent sur la valeur des accords collectifs conclus par l'État avec les organisations syndicales de fonctionnaires[47], et suscitent par leur communication d'intéressants débats sur le sens politique de l'évolution juridique qu'ils analysent[48]. Cette évolution, en effet, est aussi celle qui condamne le paritarisme tel qu'il avait été conçu en 1946. La fixation légale de conditions de validité juridique des accords conclus par l'État avec les syndicats, c'est-à-dire la reconnaissance larvée de conventions collectives dans la fonction publique en dépit de l'absence à ce jour de toute valeur normative attachée à ces accords, s'accompagne de l'introduction au sein des administrations de véritables comités d'entreprise puisque, là encore sur le modèle du secteur privé, les CTP, « comités techniques paritaires », ont perdu leur « P » pour devenir de simples CT, « comités techniques ». C'est ainsi un rôle nouveau qui se dessine pour la puissance publique : celle-ci s'efface progressivement, dans un jeu dont elle n'est plus actrice mais arbitre et qui fait la part belle aux logiques catégorielles.

[46] Introduction d'un art. 8 *bis* dans la loi du 13 juill. 1983, par l'art. 1er de la loi du 5 juill. 2010 ; v. E. Marc et Y. Struillou, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système des relations professionnelles », *Dr. adm.* 2010, n° 11, p. 7-17 ; F. Melleray, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique. Première étape d'une réforme profonde », *AJDA* 2010. 2045 ; D. Jean-Pierre, « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique, *JCP* Adm. 2010, n° 2284.

[47] V. la contribution de E. Marc et Y. Struillou, « La valeur des accords collectifs conclus par l'État avec les organisations syndicales de fonctionnaires : les vertus potentielles d'un oxymoron juridique », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 65-74.

[48] V. le débat « Les accords collectifs, nouvelle source du droit de la fonction publique ? » *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 87-96.

Copyleft – Ius Publicum

La conception nouvelle de la fonction publique, dès lors, doit aussi être décrite comme moins axée sur l'intérêt général, le paradoxe étant que cette évolution n'est pas pour autant protectrice des intérêts individuels des agents. Pour ne prendre qu'un exemple, la situation de réorientation professionnelle dans laquelle peuvent se trouver les fonctionnaires d'État depuis la loi du 3 août 2009[49] facilite la fin de fonctions en cas de restructuration de services puisqu'elle conduit à une mise en disponibilité d'office, à l'encontre du lien historique entre la détention d'un grade et l'occupation d'un emploi (Emmanuelle Marc a pu écrire que « le législateur a réussi le tour de force de mettre en place une voie juridique permettant d'écarter des fonctionnaires sans avoir ni à les licencier ni à les rémunérer »[50]).

Plus ouverte, plus souple et plus dynamique, mais moins soucieuse de l'intérêt général et moins protectrice des intérêts individuels des agents, la fonction publique s'est bel et bien transformée au rythme des modifications statutaires. Il est vrai que certains principes fondamentaux affirmés par la loi du 13 juillet 1983 ont été sauvegardés : nonobstant le recours de plus en plus facile au CDI, les « emplois civils permanents » des collectivités publiques sont toujours réservés à des fonctionnaires, qui sont toujours placés « dans une situation statutaire et réglementaire », conformément aux articles 3 et 4 de la loi ; le principe du recrutement par concours, établi par l'article 16, est maintenu. Au-delà de la lettre de ces articles, on ne peut toutefois faire l'économie d'une réflexion sur ce qu'est devenu un « emploi permanent » d'une collectivité publique compte tenu des possibilités diverses de restructuration, des transferts d'activité, des externalisations de service ; ni d'une réflexion sur la portée à donner, aujourd'hui, au principe du recrutement par concours quand les besoins de service public ne diminuent pas et que dans le même temps le nombre de postes de fonctionnaires ne cesse de décroître — en moyenne, sur les dix dernières années, un fonctionnaire sur trois partant à la retraite n'a pas été remplacé —,

[49] Cette loi modifie la loi du 11 janv. 1984 et non pas celle du 13 juill. 1983.

[50] E. Marc, « La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ? », *AJDA* 2011. 167 ; v. aussi « La situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État », billets de F. Melleray et de P. Boutelet, *AJFP* 2010. 60-63.

Copyleft – Ius Publicum

ce qui donne lieu à des pratiques de contractualisation forcées qui conduisent Boris Barraud à se demander si une nouvelle fonction publique, non statutaire, ne se met pas en place[51] (peut-être sur le modèle italien, exposé par Roberto Cavallo Perin et Barbara Gagliardi[52]). Ces grands principes, donc, sont stables ; qu'en est-il, dans la réalité, de leur portée ?

Mises bout à bout, et complétées par les évolutions de la fonction publique hors du cadre du statut — par l'effet des textes réglementaires, de la jurisprudence ou simplement des pratiques administratives —, ces modifications de la loi amènent Nicolas Font à s'interroger sur la normalisation, visiblement en cours, de la fonction publique française[53]. Cette mutation historique correspond-elle, toutefois, à un dessein politique conscient et cohérent ?

LA QUESTION DU CAP

Nombre d'observateurs voient dans les transformations contemporaines de la fonction publique française un rapprochement de plus en plus lisible du système concurrentiel privé ; le discours prononcé à Nantes par Nicolas Sarkozy le 19 septembre 2007 sur l'avenir de la fonction publique française, ou le « rapport Silicani » paru quelques mois plus tard[54], ne peuvent qu'alimenter leur constat. Christian Vigouroux évoquait encore tout récemment la « banalisation du salarié de la chose publique »[55].

[51] V. la contribution de B. Barraud, « Du statut au contrat : vers une fonction publique "déstatufiée" ? », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?, précit.*, p. 159-175.

[52] V. la contribution de R. Cavallo Perin et B. Gagliardi, « L'exemple italien : l'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 177-188.

[53] V. la contribution de N. Font, « La fonction publique est-elle en voie de normalisation ? », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 75-86.

[54] J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, avr. 2008.

[55] C. Vigouroux, « Trente ans après la loi du 13 juillet 1983 », *AJDA* 2013. 1205.

Copyleft – Ius Publicum

Cette évolution répond-elle à la seule nécessité de faire des économies et de privilégier la productivité, ou correspond-elle à une vision politique, à la construction d'un nouveau service public ? Même si les réformes qui se sont accélérées depuis une dizaine d'années vont globalement dans le même sens, rien ne démontre que les objectifs qu'elles poursuivent participent d'une stratégie d'ensemble véritablement pensée, et axée sur l'intérêt général. En 2003, dans son rapport[56], le Conseil d'État avait souligné la nécessité d'une réforme en profondeur : depuis, force est de reconnaître que le cap n'est pas apparu. Il est significatif que la première « orientation » préconisée par le rapport sur la fonction publique qu'a remis au Premier ministre, le 29 octobre 2013, le conseiller d'État Bernard Pêcheur, soit de « fixer le cap, donner du sens à l'action publique »[57]. L'absence de vision, peut-être aussi de courage politique, est particulièrement fâcheuse à un moment où la fonction publique se trouve précisément soumise à des vents contraires. Quant à son champ, elle doit se conformer au droit de l'Union européenne et à ses exigences de libéralisation, tout en répondant à une demande sociale forte relative aux services publics, bien au-delà des secteurs régaliens ; en interne, elle doit s'adapter à des pratiques managériales nouvelles, étant entendu que la RGPP s'est souvent traduite par une logique purement comptable, alors que les protections sociales sont rendues plus nécessaires encore pour les agents par la crise économique et sociale — Nicolas Sautereau nous dira comment elles s'expriment aujourd'hui, à travers la sécurisation des parcours professionnels[58].

Il est dès lors nécessaire de revenir à l'enjeu du capitaine : chaque majorité politique a-t-elle un but clairement discernable en matière de service public ? Bernard Pêcheur estime utile d'écrire, fin 2013, que « le service public n'est pas un monde voué à

[56] M. Pochard, *Réflexions sur la fonction publique*, rapp. préc.

[57] B. Pêcheur, *Rapport à Monsieur le Premier ministre sur la fonction publique*, 29 oct. 2013, p. 73.

[58] V. la contribution de N. Sautereau, « Sécurisation des parcours professionnels et protection sociale : quels droits pour les agents publics à l'heure de la flexisécurité ? », in *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 243-262.

Copyleft – Ius Publicum

l'extinction »[59]… Il reste qu'en l'absence de toute trajectoire, la satisfaction de l'intérêt général semble de plus en plus conditionnée à la soumission du service public au droit commun, ou à un droit qui s'en inspire. Bien sûr, les apports du Code du travail peuvent tout à fait renouveler les pratiques, au sein de la fonction publique, dans un sens qui n'est pas étranger au service public — de même que le droit de la fonction publique inspire utilement certaines évolutions du Code du travail[60]. Par des évolutions convergentes, il semble donc que se construise progressivement un « droit de l'emploi »[61]. Nous serions alors au cœur d'un renouvellement de la conception classique de la prise en charge de l'intérêt général, ce qui en soi est très intéressant. Encore faut-il, toutefois, pouvoir identifier une politique : cette évolution requiert une réflexion stratégique sur les objectifs de l'action publique, sur son champ et sur ses moyens — en un mot sur l'offre de service public, et sur la façon dont on considère ses acteurs. À défaut, elle affectera le principe d'unité de la fonction publique ; il redevient d'ores et déjà nécessaire d'interroger le sens du titre commun à nos trois fonctions publiques, ce qu'a bien voulu faire Jacques Bourdon au sein de cet ouvrage[62]. À défaut, elle affectera surtout le sens même d'un système de fonction publique, car tandis que les modalités de prise en charge de l'intérêt général se diversifient, que les services publics voient de plus en plus souvent leur gestion externalisée, que le secteur privé fait parfois la démonstration de son efficacité au service de missions qu'on aurait présentées comme publiques il y a vingt-cinq ans, on s'aperçoit que les fonctionnaires ne travaillent plus toujours, eux-mêmes, au service des finalités de l'État ou des autres personnes publiques, et que le droit qui les régit n'est plus tant imprégné des exigences de l'intérêt général qu'il n'est mû par des considérations d'ordre

[59] B. Pêcheur, rapp. préc., p. 4.

[60] V., C. Radé, « Trentième anniversaire de la loi Le Pors », *AJDA* 2013, n° 21, spéc. p. 1218-1219.

[61] V., E. Marc et Y. Struillou, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ? », *RFDA* 2010. 1169-1186.

[62] V. la contribution de J. Bourdon, « Identité plurielle : quel dénominateur commun ? », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 327-338.

Copyleft – Ius Publicum

catégoriel. Jacques Fialaire entre précisément dans ces questionnements, à partir des finalités de l'État[63].

Bien entendu, l'enjeu n'est pas ici de conserver : l'évolution dynamique du droit de la fonction publique est nécessaire, tout simplement parce que le service public, par hypothèse, ne saurait fonctionner en vase clos. Mais il convient de savoir ce qu'on souhaite en faire, sans perdre de vue la vocation de notre modèle républicain : il est nécessaire de garder à l'esprit la césure entre l'intérêt particulier et l'intérêt général qui, intemporelle et irréductible, fonde l'existence d'un droit public dans notre pays et détermine le besoin de neutralité et de continuité que le statut est de nature à garantir.

*
* *

L'ambition du colloque de Besançon, dont cet ouvrage publie les actes synthétisés par Fabrice Melleray[64], est précisément d'offrir une base de réflexion suffisante pour dresser des perspectives. L'exercice invite à un retour en arrière, facilité par l'anniversaire célébré. Il invite aussi à un élargissement des vues, offert par une table ronde sur les modèles étrangers[65] et par la participation à nos débats d'Elisenda Malaret Garcia (Espagne), de Barbara Gagliardi (Italie), de Pascal Mahon (Suisse), de Francis Delpérée (Belgique) et de Xiaowei Sun (Chine). Il invite, enfin, à un retour aux sources de la République, qui doit permettre de mieux adapter celle-ci au monde contemporain et d'éviter qu'elle ne s'y dilue.

[63] V. la contribution de J. Fialaire, « Fonction publique et finalités de l'État », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 307-325.

[64] V. la contribution de F. Melleray, « Les piliers du temple sont toujours debout… pour l'instant ! », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 345-352.

[65] V. la table ronde présidée par A. Fitte-Duval, « Les modèles étrangers et leurs évolutions », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, précit., p. 189-211.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

LA DISCIPLINA DELL'ACCREDITAMENTO NEL SETTORE SANITARIO E LA SUA ATTUAZIONE

REPORT ANNUALE – 2014 - ITALIA

(dicembre 2014)

Martina CONTICELLI

SOMMARIO:

1. PREMESSA
2. LA VALUTAZIONE PRIVATA DELLE STRUTTURE: L'ACCREDITAMENTO VOLONTARIO E DI ECCELLENZA
3. L'ACCREDITAMENTO ISTITUZIONALE
4. LA DISCIPLINA NAZIONALE E LA SUA ATTUAZIONE REGIONALE
   4.1 La ricerca di criteri condivisi
   4.2 La differenziazione attuale
5. LA PROSPETTIVA TEMPORALE: L'ACCREDITAMENTO PROVVISORIO, TRANSITORIO E DEFINITIVO
6. CONSIDERAZIONI DI SINTESI

1. PREMESSA

L'accreditamento è un processo di valutazione della qualità di un servizio, di un prodotto o di un'attività determinata, che muove dalla verifica in ordine alla sussistenza di presupposti, requisiti o criteri prestabiliti. L'esigenza di valutazione acquisisce rilievo specialmente a fronte della maggiore concorrenzialità di alcuni mercati, della diversificazione dell'offerta nonché, più in generale, dell'incremento degli scambi. In molti casi, l'attività di stima si sviluppa su istanza di soggetti privati, che ne assumono anche l'iniziativa e gli oneri, ma è poi solitamente - poco conta se in una fase contestuale o

Copyleft – Ius Publicum

successiva – presa in considerazione dai pubblici poteri, che ne prendono in carico la responsabilità ovvero recepiscono i risultati delle valutazioni effettuate dai privati[1].

Che sia svolta da soggetti pubblici o privati, che sia volontaria o obbligatoria, che sia effettuata a scopo autorizzatorio, ovvero solamente valutativo, l'attività di certificazione e di accreditamento si è sviluppata ormai in diversi settori[2].

Il rilievo dell'accreditamento in sanità di caratterizza per la motivazione: ad istanze più tipicamente private, riconducibili agli utenti, per i quali ultimi l'accertamento di determinati criteri di qualità e la predisposizione di informazioni corrette ed uniformi sui servizi risultano essenziali ai fini dell'esercizio della propria libertà di scelta, ovvero a sollecitazioni facenti capo ai fornitori di servizi, i quali aspirano a vedere certificata la qualità della propria attività, si accosta, in riferimento a questo settore, l'esigenza - pubblica - di garantire adeguati livelli di servizio in relazione alle strutture che operano nell'ambito del sistema pubblico.

Oltre a questo intento, nel tempo, l'accreditamento ha acquisito finalità ulteriori. Nato in funzione di garanzia della qualità, infatti, l'accreditamento istituzionale è stato utilizzato prevalentemente a fini di controllo e di regolazione sulla struttura dell'offerta in

[1] Si pensi, solo per citare un esempio, alle valutazioni svolte dalle agenzie di *rating*, su cui si v. il Regolamento (CE) n. 1060/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, relativo alle agenzie di *rating* del credito, il Regolamento (UE) n. 462/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 Maggio 2013 che modifica il regolamento (CE) n. 1060/2009 relativo alle agenzie di *rating*.

[2] Quello della certificazione come meccanismo di regolazione di un settore è fenomeno ben noto in ambito ultrastatale: si v., al riguardo, K. Davis, A. Fisher, B. Kingsbury, S. Engle Merry (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Classification and Rankings*, Oxford, 2012.

Copyleft – Ius Publicum

materia sanitaria, nonché di programmazione ai fini del contenimento della spesa[3]. Il passaggio è sancito dagli interventi che si sono susseguiti nel corso degli anni Novanta del secolo scorso sino ad oggi[4].

La duplice natura degli interessi che qualificano l'istituto gli conferiscono un carattere sfuggente e certamente ne rendono complessa la definizione giuridica: l'ambiguità non manca di emergere sia nelle analisi svolte nei contributi della scienza giuridica, sia in sede giurisprudenziale[5]. Le due componenti sono significativamente rappresentate nelle diverse definizioni di seguito riportate.

[3] Con riferimento all'accesso al mercato delle prestazioni sanitarie, si v. V. Molaschi, *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza*, in *Giur. it*., 2014, p. 657 ss. Con riguardo al rapporto tra il meccanismo di accesso al mercato e la tutela della concorrenza, si v. anche Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, AS175 Parere 19 maggio 1999, n. 175, in *Bollettino*, 1999, n.18; Autorità garante per la concorrenza ed il mercato AS852 18 luglio 2011, in *Bollettino*, 2011, n. 27; AS1037 - Regione Lazio - rilascio autorizzazioni all'esercizio e alla realizzazione di strutture sanitarie private, in Bollettino, 2013, n. 13. L'indagine conoscitiva avviata con IC30 - settore delle prestazioni sanitarie ospedaliere, Provvedimento n. 14389, 2005, invece, non si è ancora conclusa

[4] Nel *Disciplinare per la revisione della normativa dell'accreditamento*, approvato con l'*Intesa* siglata in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome, il rapporto tra le due finalità è invertito, dal momento che si legge che «l'accreditamento, oltre ad avere una funzione regolatoria, è uno strumento di garanzia dei livelli di qualità delle strutture sanitarie e socio-sanitarie»: si v. Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome, *Intesa* 20 dicembre 2012 (Rep. Atti. 259), allegato A, § 1, pubblicato al seguente link: http://www.statoregioni.it/Documenti/DOC_038866_259%20csr%20-%204.pdf.

[5] Sulla controversa natura giuridica dell'accreditamento, con opinioni differenti, si v. A. Quaranta, *L'accreditamento come atto di abilitazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in V. Bellini e E. Paolini (a cura di), *L'Accreditamento è un diritto?*, Roma, 2003; C. Corbetta, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Rimini, 2004, p. 211 ss.; E. Jorio, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *San. pubbl. e priv*., 2004, p. 151 ss. G. Cilione, *Diritto sanitario. Profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni*, Rimini, 2013, p. 229 ss. Sul collegamento tra l'accreditamento e la programmazione, si v. G.

Copyleft – Ius Publicum

Nel documento *Memorandum and Articles of Association*, pubblicato dalla *International Society for Quality in Healthcare Limited* (ISQua)[6], l'accreditamento è definito come «[a] public recognition of the achievement of *standard*s by an organisation demonstrated through independent assessment in relation to set *standard*s».

L'art. 8 *quater*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, indica che «[l]'accreditamento istituzionale è rilasciato dalla regione alle strutture autorizzate, pubbliche o private ed ai professionisti che ne facciano richiesta, subordinatamente alla loro rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione, alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti».

L'allegato I della d.G.r. Basilicata 30 dicembre 2005, n. 2753, per citare uno dei molti esempi con riferimento all'attuazione in sede regionale, afferma che l'accreditamento istituzionale «è il procedimento attraverso il quale, a conclusione di uno specifico processo valutativo ed in relazione agli indirizzi della programmazione regionale, viene attribuito alle strutture sanitarie già in possesso dell'autorizzazione all'esercizio, e che ne facciano richiesta, lo status necessario per diventare soggetti erogatori per conto del servizio sanitario regionale (SSR), previo riconoscimento di specifici requisiti di qualità sul piano

Tansarella, *Sistema sanitario e accreditamento: il dovere di reciproca lealtà* (Nota a Tar Campania, Napoli, I, 11 febbraio 2002), in *Foro amm. Tar*, 2002, p. 619 ss.; V. Molaschi, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del titolo V della Costituzione* (Nota a Tar Lombardia, Milano, I, 29 ottobre 2003, n. 4899), in *Foro amm. Tar*, 2004, p. 1271 ss. Riguardo ad alcune implicazioni problematiche della qualifica del provvedimento, si v. F. Gigliotti, *Ritardo nel pagamento dei corrispettivi di prestazioni sanitarie rese da strutture accreditate e applicabilità del d.lgs. 231/2002*, ne *I Contratti*, 2014, p. 57 ss.

[6] Si v. il seguente indirizzo url: http://www.isqua.org/docs/constitution-and-policy-documents/isquamandacurrent856EF1AEB6C4.pdf?sfvrsn=2

Copyleft – Ius Publicum

tecnologico, organizzativo e professionale, ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività»[7].

Dal raffronto tra le definizioni riportate si possono trarre le seguenti considerazioni. La prima definizione rinvia ad un'attività privata di valutazione della qualità, mentre la seconda e la terza fanno riferimento ad una certificazione pubblica, prodromica rispetto al rilascio del titolo giuridico per operare nell'ambito del servizio pubblico. La terza definizione, inoltre, rinvia all'accreditamento istituzionale che si svolge a livello regionale ed alla contestuale definizione dei requisiti ulteriori, sia di qualità, sia di funzionalità, rispetto alla programmazione.

Al tempo stesso, l'analisi di queste definizioni distinte consente di dare conto del passaggio, verificatosi sempre nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, da un regime di maggiore apertura, quale quello delineato dal d.lgs. n. 502/1992, cui corrisponde la natura autorizzatoria dell'accreditamento[8] - a fronte del pieno riconoscimento della libertà di scelta dell'utente[9] - al regime risultante dal d.lgs. n. 229/1999 e successive modifiche, nell'ambito del quale la natura giuridica del provvedimento di accreditamento non solo si trasforma completamente, ma si complica e si confonde.

[7] Con riferimento specifico alla qualità, si v., ad esempio, l.r. Veneto, 7 febbraio 2014, n. 2, recante *Disposizioni in materia di promozione della qualità dell'assistenza sanitaria, socio-sanitaria e sociale e modifica della legge regionale 16 agosto 2002, n. 22 "Autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali"*; l.r. Toscana, 17 ottobre 2012, n. 57, recante *Modifiche alla legge regionale 5 agosto 2009, n. 51 (Norme in materia di qualità e sicurezza delle strutture sanitarie: procedure e requisiti autorizzativi di esercizio e sistemi di accreditamento)*.

[8] B. Bonvento, *La misurazione dell'impatto delle procedure di autorizzazione e accreditamento*, in *San. pubbl. e priv.*, 2006, p. 32 ss.

[9] In tema, C. Bottari, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2009, p. 96 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Le tre definizioni riflettono, inoltre, la distinzione, emersa nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, tra l'accreditamento istituzionale e quello volontario: introdotto nel 1992 nel nostro ordinamento, nell'ambito di una riforma che avrebbe dovuto condurre alla maggiore apertura del mercato dei servizi sanitari, e trapiantato con modifiche rispetto all'omologo istituto utilizzato in altri ordinamenti, l'accreditamento 'istituzionale', com'è noto, insieme all'accordo, è oggi il principale strumento di programmazione delle risorse, oltre che di regolazione[10], nonché di valutazione per l'amministrazione regionale[11].

Che in alcuni casi esso presupponga - o richieda - forme di certificazione volontaria o di eccellenza, in questa sede, come si vedrà, rileva solo in parte. È comunque significativo che, in linea di principio, l'accreditamento istituzionale risulti distinto, almeno nella sua accezione minima, da tali valutazioni.

Il presente contributo mira a tracciare un quadro aggiornato sulla disciplina dell'accreditamento, mediante l'esame dell'attuazione in sede regionale.

Com'è noto, la competenza regionale in materia di accreditamento si inquadra nella potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute. Se per un verso, dunque, le Regioni sono tenute al rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, per l'altro, entro questi limiti, esse possono determinare requisiti ulteriori[12], pur

[10] Ad esempio, si cfr. Sicilia, Dec. Ass. 17 giugno 2002, n. 890, recante *Direttive per l'accreditamento istituzionale delle strutture sanitarie nella Regione siciliana*, «[l]'accreditamento deve costituire lo strumento regolatore del mercato delle prestazioni erogate per conto del servizio sanitario regionale. I soggetti accreditati devono risultare funzionali rispetto agli indirizzi di programmazione regionale (…)». Fa espresso riferimento alla programmazione, in epigrafe, d.G.r. Emilia-Romagna, 21 maggio 2013, n. 624, recante *Indirizzi di programmazione regionale per il biennio 2013-2014 in attuazione della Delib.G.R. n. 53/2013 in materia di accreditamento delle strutture sanitarie*.

[11] Si v. Azienda sanitaria locale 1, Regione Umbria, *Carta dei servizi*, 2009, p. 30.

[12] Si v., al riguardo, Corte cost. 31 marzo 2006, n. 134 e Corte cost. 26 maggio 2005, n. 200. Da ultimo, si v. Corte cost., 3 giugno 2013, n. 132, sulla quale si avrà modo di tornare nel prosieguo di questa analisi.

Copyleft – Ius Publicum

nell'ambito della condivisione di requisiti di cui all'Intesa siglata in sede di Conferenza Stato, regioni e province autonome in data 20 dicembre 2012.

L'andamento dell'attuazione della normativa in materia di accrdeitamento è ora destinato ad avere ulteriore rilievo a seguito del recepimento della Direttiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera: l'aumento delle possibilità di scelta degli utenti, richiederà, infatti, di disporre di fonti di valutazione e di informazione fondate su *standard* riconosciuti, tra cui certamente la Direttiva e la normativa nazionale di recepimento indicano la qualità e la sicurezza[13]. In particolare, l'art. 7 e l'art 9, comma 6, lett c) del d. lgs. 4 marzo 2014, n. 38[14], individuano, il primo, un compito specifico di informazione sulle strutture a carico del cd. punto di contatto nazionale, e il secondo, l'incertezza sull'affidabilità della struttura come una delle cause di soggezione ad autorizzazione preventiva ai fini del rimborso[15].

[13] Sulla necessità di riconoscibilità/credibilità dei sistemi di accreditamento a livello nazionale ed europeo, si v. Conferenza Stato regioni ed unificata, *Intesa, ai sensi dell'articolo 1, comma 5, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, sul Piano Sanitario Nazionale per il triennio 2011-2013*, Rep. Atti n. 88/CU del 22/09/2011, p. 82-83. Sulle connessioni tra accreditamento nazionale, criteri condivisi e cure transfrontaliere, si v. C. Seraschi, *Le sinergie nell'Unione europea tra i S.S.N.*, Venezia, 14 aprile 2014.

[14] Recante *Attuazione della direttiva 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, nonchè della direttiva 2012/52/UE, comportante misure destinate ad agevolare il riconoscimento delle ricette mediche emesse in un altro stato membro.* In tema, si v. l'art. 2 del *Patto per la salute per gli anni 2014-2016*, approvato in Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, *Intesa ai sensi dell'art. 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra il Governo, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano concernente il nuovo Patto per la Salute per gli anni 2014-2016*, Rep. n. 82/CSR del 10 luglio 2014.

[15] Dal punto di vista dell'attuazione in sede regionale, si v. d.G.r. Abruzzo, 23 maggio 2014, n. 439, recante *D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 38 - Direttiva 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera - Linee di indirizzo alle Aziende Unità Sanitarie Locali*.

Copyleft – Ius Publicum

Questa analisi si avvale dei dati raccolti attraverso un'indagine sulle normative regionali[16], nonché dei dati pubblicati nell'ultima relazione dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (d'ora in avanti Agenas)[17]. Il rapporto, pubblicato con cadenza periodica nell'ambito dell'attività di monitoraggio svolta dall'agenzia, presso la quale è istituito anche il Comitato nazionale per l'accreditamento, tiene conto dell'evoluzione delle discipline statali e regionali in materia di accreditamento, con particolare riferimento anche ai piani di ristrutturazione dell'offerta[18].

L'esame dell'evoluzione normativa e il monitoraggio dell'attuazione del sistema di accreditamento acquisiscono oggi una rilevanza fondamentale. I dati che ne derivano risultano, infatti, essenziali per valutare l'andamento del servizio sanitario: ci si riferisce, in particolare, al rapporto tra le strutture pubbliche e quelle private, alla considerazione delle

[16] Sulle precedenti indagini sui diversi sistemi di accreditamento, si cfr. Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (d'ora in avanti Agenas), *Accreditamento: rifacciamo il punto. Esperienze regionali a confronto*, in *Monitor*, 9, 2004, p. 8 ss.; Agenas, *L'accreditamento delle strutture e dei servizi sanitari*, in *Monitor*, 2, 2002, p. 12 ss. Sia consentito, inoltre, rinviare a M. Conticelli e F. Giglioni, *L'accreditamento degli erogatori*, in *La Sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, a cura di C. De Vincenti, R. Finocchi Ghersi e A. Tardiola, Bologna, 2010, p. 177 ss., nonché a M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012, p. 157 ss.

[17] Si v., Agenas, *Ricognizione delle norme regionali sull'accreditamento istituzionale in riferimento alla legge n. 296/2006 (finanziaria 2007), art. 1, comma 796, lettere o),s), t), u)*, Roma, 2013, disponibile al seguente indirizzo url: http://www.agenas.it/accreditamento.html.

[18] Per quanto riguarda i precedenti rapporti, si v. Agenas, *Ricognizione delle norme regionali sull'accreditamento istituzionale in riferimento alla legge n. 296/2006 (finanziaria 2007), art. 1, comma 796, lettere o), s), t), u)*, Roma, dicembre 2001; Agenas, *Ricognizione delle norme regionali sull'accreditamento istituzionale in riferimento alla legge n. 296/2006 (finanziaria 2007), art. 1, comma 796, lettere o), s), t), u)*, Roma, dicembre 2008, elaborato già allora in «previsione del passaggio dall'accreditamento transitorio a quello istituzionale, inizialmente anche in forma provvisoria, per divenire accreditamento definitivo al 1° gennaio 2010».

Copyleft – Ius Publicum

esigenze di contenimento della spesa e alla garanzia di libera scelta dell'utente, oltre che alla qualità del servizio[19].

Per esigenze legate all'economia del presente lavoro, nonché al suo taglio prevalentemente ricostruttivo in chiave di aggiornamento, si fa riferimento all'accreditamento in via generale, senza tenere necessariamente conto delle distinzioni tra le diverse classi di strutture[20]. L'analisi prende in considerazione un arco temporale piuttosto ampio (dagli interventi di fine anni Novanta del secolo scorso, a partire dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229), ma si concentra, tuttavia, sugli interventi e sulle modifiche più recenti, che sono selezionati, peraltro, e analizzati in chiave esemplificativa.

Il presente contributo muove dall'origine dell'istituto come accreditamento cd. volontario o di eccellenza e dall'evoluzione nel suo recepimento in sede regionale; in un secondo momento, si prende ad esame la disciplina dell'accreditamento istituzionale, che si analizza in relazione alle differenziazioni regionali; in terzo luogo, si analizza lo stato di attuazione della disciplina con particolare attenzione ai livelli di accreditamento, tra provvisorio, transitorio, definitivo; infine si tracciano alcune riflessioni di sintesi, in relazione, in particolare, alle caratteristiche e ai modelli regionali di realizzazione del sistema di accreditamento, allo stato dell'attuazione della disciplina, nonché alla contestualizzazione del regime a fronte delle pressanti esigenze di contenimento della spesa, in special modo nelle regioni sottoposte a cd. piani di rientro[21].

[19] Per una lettura complessiva su dati aggiornati relativamente al sistema sanitario, si v. Istat, *Rapporto annuale*, Roma, 2014, in particolare il capitolo 4.2, *Il Sistema sanitario nazionale: un difficile equilibrio tra efficienza e qualità*, p. 168 ss.

[20] Su cui si v. lett. f), comma 4, art. 8, d.lgs. n. 502/1992.

[21] In tema si v. A. Nardone, *La distribuzione dei poteri in sanità: le ipotesi di sostituzione del Governo nella gestione delle politiche di spesa nelle regioni*, Napoli, 2009. Con riferimento alla sostenibilità dei sistemi sanitari, M. D'Angelosante, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012; R. Nania, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. Sesta (a cura di),

2. LA VALUTAZIONE PRIVATA DELLE STRUTTURE: L'ACCREDITAMENTO VOLONTARIO E DI ECCELLENZA

L'accreditamento volontario o di eccellenza certifica la sussistenza di qualità predeterminate in capo ad una struttura sanitaria che si sottopone volontariamente a giudizio[22]: il processo si è sviluppato in prevalenza nell'ambito degli ordinamenti giuridici dove vige un sistema concorrenziale nell'offerta di prestazioni[23].

Il compito è affidato solitamente a certificatori privati e formalmente indipendenti: ad esempio, negli Stati Uniti, la *Joint Commission* è un'organizzazione no-profit, che accredita le strutture sanitarie su richiesta, sulla base della verifica iniziale e periodica di livelli predefiniti di qualità e *standard* predeterminati delle prestazioni. Come si è avuto modo di rilevare, questo è uno di quegli ordinamenti in cui la certificazione realizza una

L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie, Rimini, 2014, p. 29 ss.; *G. Ceresetti, "Spending review", accreditamento sanitario e proposta di legge n. 4269 del 2011: una riforma possibile per la remunerazione delle prestazioni?*, in *Foro amm. Tar*, 2012, p. 2987 ss.

[22] A tal fine, si v. la definizione approvata dall'*American College of Surgeons* nel 1919 nell'ambito dell'*Hospital standardization program*, cd. *The 1919 minimum standard document*, in *General Hospital of 100 or more beds*, in American College of Surgeons, *Bullettin*, IV, n. 4, 1920, pubblicato in estratto al seguente link: https://www.facs.org/about-acs/archives/pasthighlights/minimumhighlight.

[23] Sulle origini e sui modelli di accreditamento, anche in prospettiva comparata, si v. M. Consito, *Accreditamento e terzo settore*, Jovene, 2009; G. Cerrina Feroni, *Pubblico e privato nella erogazione delle prestazioni sanitarie. Italia, Germania, Svizzera a confronto*, in *Munus*, 2012, p. 1 ss.; E. Robotti, *Ssn e standard di qualificazione accreditamento dei servizi sanitari*, in *Contratti*, 2004, p. 1048 ss.; A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G.M. Racca, M. Dugato (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Torino, 2011.

Copyleft – Ius Publicum

doppia finalità: per un verso, essa costituisce un vantaggio per la struttura ricevente, e, per l'altro, opera in funzione di garanzia e di orientamento degli utenti[24].

Ancorché non direttamente richiamato o richiesto in sede nazionale, diverse regioni hanno variamente preso in considerazione l'accreditamento volontario o di eccellenza. Nell'esercizio della loro autonomia, molte hanno scelto di riprendere il collegamento tra l'accreditamento volontario e quello istituzionale. Alcune realtà hanno incluso già da tempo l'accreditamento privato tra i requisiti ulteriori per l'accreditamento istituzionale, o lo hanno considerato come criterio per la concessione di ulteriori benefici pubblici: ciò è avvenuto sia attraverso il coinvolgimento di società di certificazione, sia mediante il rinvio a *standard* riconosciuti in sede internazionale, sia attraverso la distinzione tra l'accreditamento istituzionale e quello di qualità, ovvero attraverso la definizione di livelli differenziati di accreditamento istituzionale.

Alcune regioni hanno considerato, ad esempio, gli *standard* internazionali della *Joint Commission* tra i requisiti ulteriori[25]. In altri casi, si è fatto rinvio alle valutazioni delle società di certificazione[26], ai sensi delle norme ISO 9000, nonché si sono avviate forme di

[24] Con riferimento alle attività di certificazione e di accreditamento in altri settori, per una lettura aggiornata, si v. A. Moscarini, *L'accreditamento nel regolamento Ce n. 765/2008 e le "fonti" di produzione privata*, in *Riv. dir. alimentare*, 2012, p. 18 ss.; A. Benedetti, *Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, p. 20 ss.; M. De Bellis, *Certification and climate change. The role of private actors in the Clean Development Mechanism (CDM)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 759 ss.; C. Barbati, *La Valutazione del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 816 ss.

[25] In tal senso, si v. Lombardia, d.g. sanità, *La valutazione delle aziende sanitarie in Regione Lombardia*, 14 gennaio 2010, pubblicato al seguente indirizzo url: *http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_newsAree_848_listaFile_itemName_14_file.pdf*

[26] Sul coinvolgimento di società di certificazione di sistemi di qualità nel procedimento di valutazione, si v. quanto stabilito con d.G.r. Umbria, 7 maggio 2003, n. 570, recante *Approvazione del Modello operativo per l'Accreditamento Istituzionale delle strutture sanitarie e socio-sanitarie*.

Copyleft – Ius Publicum

sperimentazione per il coinvolgimento di esperti qualificati[27]. Il sistema regionale ligure, ad esempio, ha fatto riferimento alle norme ISO 2000 (UNI EN ISO 9001:2000; UNI EN ISO 9004:2000)[28]. All'esperienza internazionale delle società scientifiche in materia di accreditamento di qualità ha fatto rinvio, più in generale, il *Piano regionale dei servizi sanitari* approvato con Delib.C.R. 19 gennaio 2007, dalla regione Sardegna.

La seconda circostanza è ben rappresentata dall'art. 23 della l.r. Molise 24 giugno 2008, n. 18, che prevede la promozione dello sviluppo della seconda specie di accreditamento «inteso come riconoscimento internazionale dell'applicazione delle migliori pratiche organizzative e tecniche disponibili, attuate da parte delle strutture sanitarie pubbliche e private»[29].

Il terzo caso è costituito da realtà regionali nelle quali ad un accreditamento di base corrispondono livelli superiori di accreditamento di qualità, che giungono fino a quella che viene considerata l'eccellenza[30].

[27] Si v., ad esempio, il § 2.10, d.G.r. Emilia Romagna, 23 febbraio 2004, n. 327; si cfr. anche Agenzia sanitaria e sociale regionale, *L'accreditamento istituzionale delle organizzazioni sanitarie e dei professionisti in Emilia-Romagna. Sviluppo e sperimentazione di metodologie per la qualificazione di valutatori idonei a svolgere attività di verifica delle strutture sanitarie a scopo di accreditamento e ad affiancare in qualità di esperti tecnici di settore valutatori di sistemi qualità per la certificazione (anni 1997-2000)*, disponibile al seguente indirizzo url: *http://www.regione.emilia-romagna.it/agenziasan/aree/accred/accreditamento/progr_qualificaz_valutatori.htm*.

[28] Si v. d.G.r. Liguria, 29 aprile 2002, n. 395, recante *Approvazione procedura e istanza per la richiesta di accreditamento dei presidi sanitari e socio-sanitari pubblici e privati, versione aggiornata del ''Manuale per l'accreditamento'' nonché disposizioni relative all'avvio dello stesso.*

[29] Il legislatore regionale rinvia la definizione dei requisiti di qualità ad ulteriori provvedimenti: modalità, procedure e rilascio seguono quanto previsto dalla disciplina dell'accreditamento istituzionale.

[30] Si v., ad esempio, quanto riportato in d.G.r. Basilicata, 1 luglio 2008, n. 591/P; d.G.p. Bolzano, 17 marzo 2003, n. 763, recante *Approvazione dei requisiti minimi e ulteriori per l'autorizzazione e l'accreditamento delle strutture sanitarie ospedaliere e assimilabili.*

Copyleft – Ius Publicum

Ad un esame complessivo delle diverse disposizioni regionali risulta, tuttavia, che l'accreditamento - volontario o di eccellenza - rileva prevalentemente ai fini della qualifica delle diverse strutture, piuttosto che nelle considerazioni relative al contingentamento, per le quali, come si vedrà, piuttosto, vengono in rilievo circostanze di vario tipo. Il diverso 'peso' attribuito a questa componente dovrà essere tenuto in considerazione in sede valutazione degli elementi determinanti in fase di programmazione.

Anche indipendentemente rispetto all'andamento delle discipline regionali, diverse strutture sanitarie - sia pubbliche, sia private - hanno avviato di propria iniziativa processi di accreditamento volontario: particolare rilievo assumono quelli svolti dalla *Joint Commission International*, già citata tra le istituzioni cui fanno riferimento alcuni ordinamenti regionali. Istituita nel 1994, e collegata con l'omonima struttura statunitense, con sede centrale nell'Illinois, e sedi locali a Singapore e a Dubai, questa organizzazione privata ha sinora accreditato ventiquattro strutture italiane: diverse per classe di appartenenza e per natura, si tratta di aziende ospedaliere, strutture private - sia ambulatori, sia case di cura - e di ospedali classificati. A sua volta, la *Joint Commission* fa parte della *International Society for Quality in Health Care* (ISQua), istituita nel 1984, come associazione no-profit, con sede a Dublino, che ha tra i suoi diversi obiettivi quello di promuovere la qualità dei servizi sanitari attraverso l'accreditamento, e tra i suoi molteplici compiti quello di svolgere attività di certificazione sui soggetti certificatori e sulla loro attività.

Tale evoluzione conferma che l'attività privata di certificazione è destinata ad acquisire rilievo sempre maggiore, non solo negli ordinamenti in cui vige un sistema concorrenziale di offerta, e non solo per effetto del rinvio da parte delle amministrazioni regionali, ma anche per via della sempre maggiore integrazione tra i mercati: nel 2005, peraltro, l'Organizzazione mondiale della sanità ha riconosciuto alla *Joint Commission* e alla *Joint Commission International* la qualifica di Centri di collaborazione.

Copyleft – Ius Publicum

3. L'ACCREDITAMENTO ISTITUZIONALE

Diversamente rispetto all'accreditamento volontario o di eccellenza, com'è noto, l'accreditamento 'istituzionale' è obbligatorio per le strutture pubbliche ed è condizione essenziale per l'erogazione di prestazioni per conto del servizio sanitario pubblico, per quanto riguarda le strutture private. Esso è richiesto sia alle strutture in precedenza convenzionate, sia a quelle che intendano avviare *ex novo* un'attività sanitaria, purché interessate ad operare nell'ambito dell'offerta pubblica.

Quale che sia il modello di servizio sanitario regionale, l'accreditamento istituzionale muove dall'esigenza di controllo sulla qualità e sul volume dell'attività erogata per conto e a spese del pubblico erario, come risultante in sede di programmazione, valutati il fabbisogno e le risorse disponibili. Per questo motivo tutte le strutture sanitarie sono tenute a richiedere l'accreditamento, indipendentemente rispetto alla rispettiva qualificazione pubblica o privata.

Il provvedimento si inserisce all'interno di una serie di procedure concatenate, anche se funzionalmente distinte, finalizzate alla definizione del ruolo e dell'attività delle strutture private – ma anche di quelle pubbliche - nel servizio sanitario[31]. Nel sistema cd. delle 3A, il provvedimento autorizzatorio è propedeutico rispetto al rilascio dell'accreditamento delle strutture e dell'attività; a sua volta, l'accreditamento è funzionale alla successiva – anche se eventuale - stipula dell'accordo contrattuale, essenziale per l'erogazione di prestazioni a carico del servizio pubblico.

[31] Sul regime di accesso all'erogazione dei servizi sanitari in Italia, si v. F. Taroni, *Le 3A: autorizzazione accreditamento, accordi contrattuali*, in R. Balduzzi e G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, p. 427 ss.

Copyleft – Ius Publicum

I rapporti tra i diversi provvedimenti e i relativi procedimenti sono stati discussi in più occasioni, con conclusioni non sempre univoche[32].

La qualificazione – pubblica o privata - del soggetto erogatore ha prodotto certamente esiti differenziati, con implicazioni sulla stessa natura giuridica dell'accreditamento[33]. La scienza giuridica ha ampiamente discusso al riguardo e la stessa giurisprudenza ha dato interpretazioni non sempre lineari, pur attestandosi, generalmente sul riconoscimento di un carattere concessorio per il provvedimento di accreditamento delle strutture private, e organizzativo, per quello relativo alle strutture pubbliche[34].

La centralità di tale profilo, nell'ambito del funzionamento complessivo della strutturazione dell'offerta pubblica e privata nel sistema di governo regionale, è confermata dal fatto che la questione è oggetto di molteplici interventi, sia da parte del legislatore statale, sia di quello regionale[35].

[32] Sui raccordi tra i provvedimenti citati, e, con particolare riferimento agli accordi, R. Spagnuolo Vigorita, *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003.

[33] Sulla qualifica e sulla natura giuridica degli operatori del settore, N. Aicardi, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 497 ss.; C.E. Gallo, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, p. 249 ss.; F. Liguori, *Impresa privata e sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996

[34] Al riguardo, *ex multis*, Cons. St., V, 11 maggio 2010, n. 2828.

[35] Sia con gli interventi approvati in sede statale, sia al momento dell'attuazione regionale, il legame tra accreditamento e accordi sembra potenziato, soprattutto in considerazione del fatto che la mancata stipula dell'accordo, e non solo il mancato rispetto delle condizioni ivi previste, sono considerati causa di sospensione - pur se non di revoca – del provvedimento: si v., ad esempio, quanto approvato con l.r. Puglia, 1 febbraio 2013, n. 3, recante *Modifica e integrazione dell'articolo 27 della legge regionale 28 maggio 2004, n. 8 (Disciplina in materia di autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio, all'accreditamento istituzionale e accordi contrattuali delle strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private), rubricato "Sospensione e revoca dell'accreditamento"*, con la quale si inserisce il comma 4 bis dell'art. 27, che prevede che «in caso di mancata

Copyleft – Ius Publicum

4. LA DISCIPLINA NAZIONALE E LA SUA ATTUAZIONE REGIONALE

Ai tratti fondamentali individuati in sede statale per l'accreditamento, corrispondono più livelli di diversificazione[36]: come si è rilevato, una prima occasione di differenziazione è normativa, ed è costituita dalla caratterizzazione dei sistemi regionali, con riferimento alle scelte sostanziali e procedurali in materia; un secondo profilo, invece, è più specificamente amministrativo, ed è rappresentato dallo stadio di attuazione della disciplina, con particolare riferimento alla gestione del processo di transizione tra il precedente sistema di convenzionamento e quello attuale.

Quanto al primo aspetto, rispetto ai criteri e alle procedure definiti dal legislatore statale per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private, le regioni determinano i requisiti ulteriori per l'accreditamento, nonché le procedure, le condizioni di revoca, e i controlli.

Quanto al secondo profilo, la l. 27 dicembre 2006, n. 296 (cd. legge finanziaria 2007) ha tentato di imprimere una accelerazione verso la piena attuazione del nuovo regime, disponendo il passaggio dall'accreditamento transitorio degli ex convenzionati a quello istituzionale (provvisorio o definitivo)[37]. Il provvedimento ha anche cercato una razionalizzazione del processo, richiedendo la riorganizzazione delle reti regionali, nonché l'adozione di atti di ricognizione del fabbisogno. Come si vedrà, tuttavia, la concreta realizzazione di questo obiettivo si è rivelata particolarmente complessa, richiedendo

stipula degli accordi di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo, l'accreditamento è sospeso fino alla stipula dei predetti accordi».

[36] Su cui, per la giurisprudenza più recente, si v., in particolare, Corte cost., 11-19 dicembre 2012, n. 292, e Corte cost., 28 novembre 2012, n. 262.

[37] Sullo stato dell'attuazione del sistema di accreditamento, si cfr. Agenas, *Indagine sullo stato di implementazione del percorso di accreditamento delle strutture sanitarie e sociosanitarie private (ai sensi dell'art. 1, comma 796, legge n. 296/2006 e s.m.i.) - seconda indagine*, Roma, 30 luglio 2010.

Copyleft – Ius Publicum

continui interventi di proroga da parte del legislatore statale e di ridefinizione dei termini e delle modalità tecniche per il passaggio, da parte dei legislatori regionali.

Il d.P.R. 14 gennaio 1997 ha definito i requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private. Il documento individua due categorie di requisiti, prendendo in considerazione profili organizzativi, per un verso, e condizioni strutturali e tecnologiche, per l'altro. I primi sono comuni a tutte le strutture, mentre le seconde sono differenziate per classi di struttura.

Alle discipline regionali è rimessa la disciplina delle modalità di accertamento e di verifica sul rispetto dei requisiti minimi, l'individuazione di *standard* addizionali di qualità, «che costituiscono requisiti ulteriori per l'accreditamento di strutture pubbliche e private in possesso dei requisiti minimi per l'autorizzazione», nonché le definizione delle procedure per il rilascio dell'accreditamento (la normativa parla di "concessione"), le ipotesi di revoca e i controlli.

Nell'individuare i requisiti ulteriori, le regioni si attengono a criteri generali, che il d.P.R. identifica nella funzionalità rispetto alle scelte di programmazione regionale, nella concorrenzialità (cui il provvedimento fa riferimento in termini di regime) tra strutture pubbliche e private nella prospettiva della libera scelta dell'utente, nel rispetto di adeguati livelli di dotazioni strumentali, tecnologiche e amministrative in relazione alle prestazioni erogabili e alla struttura, nonché nella valutazione in sede di controllo di qualità, secondo quanto stabilito dal d.lgs. n. 502/1992.

Ad ogni modo, i requisiti per l'accreditamento devono, in linea di principio, essere giustificati dalla natura dell'attività e rispondere all'esigenza di tutela dell'utente e della qualità del servizio, pur nell'ambito delle considerazioni sulla funzionalità rispetto alla programmazione regionale del servizio.

Per rispondere alle finalità dell'accreditamento, inoltre, non solo è opportuno considerare i requisiti in questione nella prospettiva della disciplina dell'accesso alle prestazioni da parte delle strutture pubbliche e private, ma anche nell'ottica dell'utilità rispetto alla verifica dei risultati. In questo senso, le procedure di accreditamento si

Copyleft – Ius Publicum

sviluppano lungo un arco temporale piuttosto prolungato e si rinnovano periodicamente. Le valutazioni relative all'accreditamento, infatti, richiedono un processo, nell'ambito del quale di frequente possono essere previste prescrizioni a carico di determinate strutture, o nell'ambito del quale possono anche essere utilmente contemplati periodi di adeguamento[38].

In generale, la valutazione delle condizioni individuate per singoli sistemi può fornire la misura dell'orientamento complessivo del sistema regionale[39]. Le scelte in materia incidono, infatti, notevolmente sulla configurazione dell'offerta sanitaria di ciascuna regione, già condizionata dal sistema complessivo di *governance*[40].

L'approvazione di alcuni requisiti può avere implicazioni sulle combinazioni tra la componente pubblica e quella privata, nel momento in cui essi abbiano, anche

[38] Il disciplinare approvato con l'Intesa 20 dicembre 2012, cit., definisce l'accreditamento come un «processo di valutazione sistematico e periodico svolto da un "organismo esterno" con l'obiettivo di verificare l'adesione a predeterminati requisiti correlati alla qualità dell'assistenza. Tale sistema incentiva l'autovalutazione e il miglioramento, basato su criteri periodicamente aggiornati e verificato da valutatori appositamente formati», nonché afferma che il «miglioramento della qualità è considerato un processo continuo attraverso il quale gli aspetti importanti dell'assistenza sono monitorati e migliorati se necessario e le innovazioni selezionate continuamente».

[39] Sul sistema regionale lombardo si v. ad esempio, P. Previtali, A. Santuari, A. Venturi, *Il nuovo accreditamento delle unità d'offerta socio-sanitarie in regione Lombardia: profili giuridico-organizzativi*, in *San. pubbl. e priv.*, 2012, fasc. 5, p. 48 ss.

[40] Si v. al riguardo l'ampio studio realizzato da V. Mapelli, *I sistemi di governance dei servizi sanitari regionali*, Quaderni Formez, n. 57, Roma, 2007. In tema, si v. anche i contributi di E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011; S. Antoniazzi, *Governance territoriali e nuovi modelli di organizzazione sanitaria*, in P. Bilancia (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale. Profili teorici ed applicativi*, Milano, 2011, p. 273 ss. Per un'analisi complessiva dei sistemi sanitari regionali, si v. Agenas, *Ricognizione sui piani sanitari e sociosanitari regionali vigenti. Anno 2013*, Roma 2014, pubblicato al seguente link: http://www.agenas.it/images/agenas/oss/psr/LetturaRagionata_Psr_vigenti05_06_14.pdf

Copyleft – Ius Publicum

indirettamente, l'effetto di estendere - ovvero limitare – l'iniziativa dei privati[41]. Anche a questa esigenza, oltre che in risposta al forte ritardo nell'attuazione della disciplina sull'accreditamento definitivo, mirano le strategie di condivisione e discussione di fattori determinanti per la qualità delle strutture ai fini dell'accreditamento[42].

4.1. La ricerca di criteri condivisi

In attuazione di quanto stabilito all'art. 7 del Patto per la Salute 2010-2012 il Ministero della Salute ha attivato un Tavolo di lavoro per la revisione della normativa sull'accreditamento (d'ora in avanti nell'acronimo Trac)[43]. Il disciplinare elaborato in quella sede è stato approvato con l'Intesa siglata in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome il 20 dicembre 2012[44]. I requisiti individuati dal documento sono considerati essenziali per l'accreditamento istituzionale e devono risultare, pertanto, comuni a tutti i sistemi regionali. Ciò implica che le regioni che si discostano dal modello indicato dovranno provvedere all'adeguamento delle proprie normative in materia di accreditamento: a tal fine, le regioni hanno avviato il processo di

[41] In tema, G. Corso, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. Corso e P. Magistrelli (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, 2009, p. 17 ss.; M. Lottini, *Il concorso dei privati al servizio sanitario nazionale: alternativi al pubblico o succedanei al pubblico?*, in *Foro amm. Tar*, 2008, p. 2553 ss.

[42] I primi risultati sono sintetizzati in Agenas, *Fattori/criteri di qualità delle organizzazioni sanitarie da condividere nei sistemi di autorizzazione/accreditamento delle Regioni e da adottare a livello nazionale, come elementi di garanzia del sistema delle cure*, Roma, febbraio 2011, pubblicato al seguente indirizzo url: http://www.agenas.it/agenas_pdf/Documento%20Fattori_Criteri.pdf.

[43] Di cui in Agenas, *Fattori/criteri di qualità delle organizzazioni sanitarie da condividere nei sistemi di autorizzazione/accreditamento delle Regioni e da adottare a livello nazionale, come elementi di garanzia del sistema delle cure*, cit., p. 6. Già il d.lgs. n. 229/1999 aveva istituito la Commissione per l'accreditamento e la qualità dei servizi sanitari, con l'incarico di definire i requisiti comuni, di monitorare e di valutare l'attuazione da parte delle regioni. Sempre il d.lgs. n. 229/1999 aveva fatto riferimento ad un ulteriore atto di indirizzo e coordinamento per l'individuazione dei criteri e per la definizione dei requisiti ulteriori, nonché per la verifica periodica, per la valutazione della rispondenza delle strutture al fabbisogno, per l'individuazione delle procedure e dei termini per l'accreditamento.

[44] A tal fine si v. Allegato A dell'Intesa 20 dicembre 2012, cit., §1.

Copyleft – Ius Publicum

recepimento del disciplinare richiedendo l'adeguamento amministrativo delle pratiche in materia[45].

Per favorire la transizione, il disciplinare dispone anche la costituzione un tavolo di lavoro sempre presso il Ministero della Salute, con lo scopo di fornire supporto nell'applicazione del nuovo sistema di accreditamento[46]. Secondo quanto previsto dall'Intesa, inoltre, i requisiti dovranno essere poi valutati con modalità omogenee ai fini dell'accreditamento istituzionale delle strutture, su tutto il territorio nazionale.

Particolare rilievo è poi attribuito alla natura "esterna" degli organismi di accreditamento: tale profilo riveste notevole importanza, soprattutto in relazione alle considerazioni che saranno svolte nel paragrafo che segue, in considerazione delle soluzioni sinora adottate dai diversi sistemi regionali, con particolare riferimento alle preoccupazioni in termini di commistione tra le funzioni erogazione, regolazione e accreditamento.

A tal fine, il provvedimento non solo sottolinea la necessità di garantire l'effettiva esecuzione delle procedure di verifica da parte di un predefinito "organismo accreditante" , ma richiede anche ai cd. enti accreditanti di predeterminare le proprie modalità di lavoro con particolare riferimento, in primo luogo alla propria politica, in secondo luogo, all'individuazione esplicita delle relazioni istituzionali (soprattutto con gli uffici interessati in ambito regionale e aziendale), in terzo luogo, alla definizione della propria organizzazione interna, in quarto luogo, alla definizione delle forme di partecipazione dei

[45] Si v. le seguenti delibere, tutte di recepimento dell'Intesa: d.G.r. Valle d'Aosta, 31 maggio 2013, n. 965, recante *Recepimento dell'intesa sancita il 20 dicembre 2012 tra il Governo, le Regioni e le Province Autonome, sul documento recante "Disciplina per la revisione della normativa dell'accreditamento" e adesione al Progetto di Ricerca Corrente 2012. Approvazione della relativa bozza di convenzione con l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali*; d.G.r. Piemonte, 28 giugno 2013, n. 9-6021; d.G.r. Veneto, 5 luglio 2013, n. 1131; d.G.r. Sardegna, 16 ottobre 2013, n. 42/42; d.G.R. Emilia Romagna, 2 luglio 2013, n. 884; d.G.r. Liguria, 28 marzo 2013, n. 371; d.G.r. Friuli Venezia Giulia, 19 luglio 2013, n. 1703.

[46] Si v., al riguardo, il d.m. salute 6 febbraio 2013.

Copyleft – Ius Publicum

cittadini, in quinto luogo, alla individuazione delle procedure di selezione, formazione addestramento e gestione dei valutatori per l'accreditamento, nonché, da ultimo, all'adozione di procedure di verifica esplicitamente definite volte ad assicurare la piena applicazione dei requisiti definiti a livello regionale[47].

Per quanto riguarda le linee comuni, il provvedimento individua otto fattori di valutazione, in relazione ad ognuno dei quali indica diversi requisiti o percorsi attuativi.

Il primo aspetto di rilievo è il sistema di gestione e l'organizzazione delle strutture sanitarie, che deve essere tale da fornire garanzie di buona qualità dell'assistenza socio-sanitaria, anche sotto il profilo dell'ottimale dimensionamento in relazione alla specifica attività di cura e assistenza. Rilevanti a tal fine, anche nell'ottica del miglioramento continuo, sono le attività di pianificazione, programmazione e organizzazione delle attività di assistenza e di supporto, i programmi per lo sviluppo di reti assistenziali, la definizione delle responsabilità, le procedure e gli strumenti di gestione delle informazioni, di valutazione della qualità dei servizi, nonché di prevenzione e di gestione dei disservizi.

Il secondo profilo è costituito dalle prestazioni e dai servizi, per i quali il disciplinare richiede che siano individuate e descritte «la tipologia e le caratteristiche delle prestazioni e dei servizi erogati e (…) i metodi di lavoro da adottarsi, come pratica del governo clinico sui quali fondare azioni successive di valutazione della performance e della comunicazione con i pazienti ed i cittadini», nonché i criteri di eleggibilità e presa in carico dei pazienti, la strategia per la continuità assistenziale, le procedure di monitoraggio e valutazione.

[47] In questa direzione, si v., ad esempio, d.G.r. Valle d'Aosta, 7 febbraio 2014, n. 123, recante *Approvazione dei criteri di programmazione delle verifiche di vigilanza presso le strutture sanitarie, socio-sanitarie, socio-assistenziali e socio-educative site sul territorio regionale, ai fini del mantenimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività e del relativo accreditamento, ai sensi della Delib.G.R. n. 52/2010, della Delib.G.R. n. 2541/2012 e della Delib.G.R. n. 1362/2013*.

Copyleft – Ius Publicum

Il terzo fattore considerato rilevante ai fini della valutazione riguarda l'idoneità delle strutture rispetto all'uso, nonché la puntuale applicazione delle norme relative alla manutenzione delle attrezzature.

Il quarto elemento riguarda le competenze del personale, in relazione al quale si richiede di garantire che esso «possieda, acquisisca e mantenga le conoscenze e le abilità necessarie alla realizzazione in qualità e sicurezza delle specifiche attività»: sono presi in considerazione in relazione a questo ambito, l'attività di programmazione e la verifica della formazione necessaria e le modalità di inserimento e l'addestramento di nuovo personale.

Come quinto fattore, il disciplinare elenca la comunicazione: «[u]na buona comunicazione e relazione fra professionisti e con i pazienti garantisce allineamento ai comportamenti professionali attesi, aumento della sicurezza nella erogazione delle cure, partecipazione dei pazienti nelle scelte di trattamento». Sono considerate buone pratiche nella valutazione di questo aspetto, in particolare, le modalità di comunicazione interna che favoriscano la partecipazione degli operatori, le relazioni tra il personale e l'organizzazione, da valutare attraverso l'analisi del clima organizzativo/soddisfazione degli operatori, le caratteristiche e i contenuti delle informazioni da fornire ai pazienti e ai caregiver, il coinvolgimento dei pazienti nelle scelte clinico-assistenziali, nonché l'ascolto dei pazienti.

Al monitoraggio in ordine all'appropriatezza clinica e alla sicurezza fa riferimento il sesto dei fattori condivisi. A tal fine si richiede: un approccio alla pratica clinica secondo evidenze, la promozione della sicurezza e della gestione dei rischi, un programma per la gestione del rischio clinico, nonché strategie sistematiche di comunicazione, formazione e sviluppo di competenze.

Da un punto di vista dinamico, considerato l'accreditamento come un processo, il disciplinare evidenzia, come settimo fattore di rilevanza, la predeterminazione di processi di miglioramento ed innovazione: «il governo delle azioni di miglioramento, dell'adozione di innovazioni tecnologiche ed organizzativo-professionali e la facilitazione della ricerca clinica e organizzativa esprimono la capacità della organizzazione di adattarsi a contesti nuovi assumendo comportamenti fondati eticamente, professionalmente adeguati,

Copyleft – Ius Publicum

socialmente accettabili e sostenibili». A tal fine, si presta attenzione ai progetti di miglioramento, all'applicazione di modalità di valutazione delle tecnologie in uso o da acquisirsi, nonché all'adozione di iniziative di innovazione tecnico-professionale e organizzativa.

Alla umanizzazione e alla personalizzazione è dedicato l'ultimo parametro di valutazione, in relazione al quale si richiede un l'orientamento costante «a rendere i luoghi di assistenza e i programmi diagnostici e terapeutici orientati quanto più possibile alla persona, considerata nella sua interezza fisica, sociale e psicologica».

4.2. La differenziazione attuale

Nella prospettiva del pieno recepimento dei requisiti condivisi, si analizzano ora alcune tra le soluzioni in materia di accreditamento adottate prima dell'approvazione dei criteri condivisi: si procede, principalmente, come si è avuto modo di anticipare, in via esemplificativa, dal momento che l'economia del presente lavoro non consente un esame completo delle singole normative[48].

I sistemi regionali individuano in genere condizioni di accreditamento comuni a tutte le strutture e condizioni diversificate per classi di appartenenza delle strutture ovvero per prestazioni erogabili[49].

[48] Del resto, lo stesso disciplinare elaborato dal Trac procede per evidenze utilizzate a titolo esemplificativo e non esaustivo: si v. Allegato A, Intesa 20 dicembre 2012, cit.

[49] Si cfr., ad esempio, quanto stabilito in: d.G.r. Piemonte, 14 settembre 2009, n. 25-12129; l.r. Puglia, 25 febbraio 2010, n. 4, recante *Norme urgenti in materia di sanità e servizi sociali*; d.G.r. Emilia Romagna, 327/04, in attuazione della l.r. Emilia Romagna 12 ottobre 1998, n. 34, recante *Norme in materia di autorizzazione ed accreditamento delle strutture sanitarie pubbliche e private in attuazione del D.P.R. 14 gennaio 1997, nonché di funzionamento di strutture pubbliche e private che svolgono attività socio-sanitaria e socio-assistenziale*.

Copyleft – Ius Publicum

Solitamente, le regioni individuano tre aree di accreditamento, distinguendo tra criteri organizzativi, requisiti relativi ai percorsi assistenziali, nonché alla tutela dell'utente[50]. Tra queste, maggiore rilievo acquisiscono generalmente i criteri che attengono ai processi produttivi: meno dettagliati sono gli aspetti relativi all'organizzazione e alla tutela dell'utente[51].

I requisiti organizzativi riguardano in prevalenza l'organizzazione interna delle strutture, con particolare riferimento alla divisione dipartimentale, ovvero alla costituzione di strutture *ad hoc* diversificate per tipologie di prestazioni, al quadro dirigenziale, nonché alla previsione di organi di rappresentanza degli utenti. In relazione alle risorse, poi, si fa riferimento alla professionalità del personale, all'utilizzo di strumentazione tecnologicamente avanzata, oltre che alla capacità delle infrastrutture. Riguardo a questo profilo le differenziazioni maggiori si riscontrano per classi di strutture e per branche specialistiche.

Per quanto riguarda gli utenti, lo strumento principale cui fanno riferimento le normative regionali è dato dall'adozione delle carte di servizio e da altri obblighi ulteriori di informazione[52]. In alcuni casi, le indicazioni sono particolarmente specifiche e individuano, a seconda del livello di accreditamento previsto, condizioni diverse di attenzione all'utenza, dalla partecipazione di rappresentanti delle associazioni di utenti, di

[50] Si v., ad esempio, d.G.r. Abruzzo, 1 luglio 2008, n. 591/P, nonché d.G.r. Basilicata, 30 dicembre 2012, n. 2753. Si v. anche d.P.G.r. Toscana, 3 marzo 2010, n. 29/R recante *Regolamento di attuazione della L.R. 28 dicembre 2009, n. 82 (Accreditamento delle strutture e dei servizi alla persona del sistema sociale integrato)*; d.P.G.r. Toscana, 8 gennaio 2014, n. 1/R, recante *Modifiche al decreto del Presidente della Giunta regionale 24 dicembre 2010, n. 61/R (Regolamento di attuazione della legge regionale 5 agosto 2009, n. 51) in materia di autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie*.

[51] Si v., al riguardo, d.G.r Basilicata, n. 2753/2005.

[52] La partecipazione, la comunicazione istituzionale e la valorizzazione del sistema informativo sono considerati obiettivi di governo del sistema nel PSSR 2007-2009 approvato dalla regione Veneto.

Copyleft – Ius Publicum

pazienti e dei loro familiari alle commissioni di consultazione, alla valutazione dei risultati, alla gestione dei reclami[53]. Alle valutazioni periodiche, sotto forma di sondaggi, fa riferimento, ad esempio, tra le ultime recentemente riviste, la disciplina approvata dalla regione Sardegna[54].

Meritano un'attenzione a parte le condizioni di revoca dell'accreditamento: anche in questo caso, dalle scelte differenziate possono trarsi valutazioni che attengono al profilo della contendibilità - o meno - dell'accreditamento. Tra le previsioni specifiche di revoca rientrano la sopravvenuta non rispondenza delle caratteristiche della struttura rispetto agli *standard* di qualità[55], l'incongruenza rispetto agli indirizzi di programmazione[56], o il mancato rispetto di quanto previsto in sede di stipula degli accordi contrattuali[57]. In relazione a quest'ultima eventualità, particolare rilievo assume il riferimento allo sforamento dei tetti di spesa annualmente fissati per le singole strutture, nonché la revoca per sospensione del provvedimento autorizzatorio. Tra i motivi più specifici compare anche

[53] La l.r. Abruzzo, 10 marzo 2008, recante *Un sistema di garanzia per la salute – Piano sanitario regionale 2008-2010*, (allegato 2.2.) fa riferimento ai seguenti parametri: Carta dei servizi, ascolto, *privacy*, *comfort*, reclamo, consenso, informazione, accesso. Al riguardo, si v. ora Il *programma Operativo 2013-2015*, approvato con decreto commissariale 9 ottobre 2013, n. 84, nelle integrazioni e modifiche apportate con decreto commissariale 30 dicembre 2013, n. 112.

[54] Si cfr. l.r. Sardegna, 7 novembre 2012, n. 21, recante *Disposizioni urgenti in materia sanitaria connesse alla manovra finanziaria e modifica di disposizioni legislative sulla sanità*.

[55] Sui quali si v. l'art. 27, comma 6, l.r. Puglia, 28 maggio 2004, n. 8, recante *Disciplina in materia di autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio, all'accreditamento istituzionale e accordi contrattuali delle strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private*.

[56] Si cfr., ad esempio, l'art. 21, lett. e), l.r. Puglia, n. 8/2004.

[57] Si v. ad esempio, l.r. Emilia Romagna, 19 febbraio 2008, n. 4, recante *Disciplina degli accertamenti della disabilità - ulteriori misure di semplificazione ed altre disposizioni in materia sanitaria e sociale*.

Copyleft – Ius Publicum

l'irregolarità nell'adempimento agli obblighi retributivi e contributivi nei confronti del personale dipendente[58].

Quanto alle tecniche di indicazione dei requisiti e di redazione del provvedimento di definizione delle principali condizioni di accreditamento, la maggior parte delle regioni ha raccolto in un manuale l'insieme delle regole e dei requisiti per l'accreditamento[59] e in un manuale a parte il complesso delle disposizioni procedurali[60]; in altri casi, si è adottato un manuale unico[61]; in altri, infine, requisiti e procedure sono stati indicati in atti di natura e portata differente, quali le leggi regionali o le delibere di giunta[62]. Dal momento che, per i motivi di cui si scriverà, le discipline regionali hanno proceduto per progressivi livelli di definizione, considerata la complessità del processo, la collazione delle regole in materia in un unico manuale garantisce maggiore certezza e si presta ad una più agevole interpretazione da parte dei destinatari.

[58] Si v. l'art. 7, comma 5, l.r. Abruzzo n. 32/2007.

[59] Si cfr., ad esempio, regione Marche, *Sistema e requisiti per l'accreditamento delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private della regione Marche (ai sensi della legge regionale n. 20/2000)*; *Manuale di Accreditamento*; regione Liguria, *Manuale per l'accreditamento delle strutture socio-sanitarie pubbliche e private*, 2 Aprile 2002; d.G.r. Calabria, 9 marzo 2009, n. 61, *Regolamenti e manuali riguardanti i requisiti di qualità, strutturali, tecnologici ed organizzativi per l'Autorizzazione e l'Accreditamento delle strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private ai sensi del comma 5 art.11 legge regionale 18 luglio 2008, n. 24*.

[60] Si v., ad esempio, d.G.r Abruzzo, n. 591/P/2008, in materia di *Approvazione manuali di autorizzazione ed accreditamento, nonché delle relative procedure delle strutture sanitarie e sociosanitarie*, e le successive modifiche di cui alle delib. 1 giugno 2009, n. 36/09 e al decr. reg. 2 dicembre 2011, n. 61, nonché al decr. reg. 7 ottobre 2013, n. 73.

[61] Si v. d.G.r. Molise, 30 marzo 2007, n. 361, recante *Accordo tra il ministero della Salute, il ministero dell'Economia e delle Finanze e la Regione Molise sottoscritto in data 27 marzo 2007 - Programma Operativo di Rientro - triennio 2007/2008/2009 – Obiettivo operativo 11.3 – Provvedimenti*.

[62] Si v. d.G.r. Basilicata, n. 2753/2005, con cui si approva il *Manuale dell'accreditamento delle strutture pubbliche e private*, e la d.G.r. Basilicata, 13 ottobre 2006, n. 1958, con cui si è provveduto alla disciplina del procedimento amministrativo per il rilascio dell'accreditamento.

Copyleft – Ius Publicum

Se una qualche forma di condivisione sugli elementi di qualità sulla base dei quali sviluppare il sistema regionale dell'accreditamento è ricercata ed avviata, soprattutto a partire dal 2010, alcuni modelli ricorrenti si ritrovano nelle scelte in ordine distribuzione delle competenze in tema di accreditamento.

La definizione delle regole, i procedimenti amministrativi, nonché i controlli sono generalmente affidati all'amministrazione regionale, ovvero alle aziende sanitarie locali.

Nella maggior parte degli ordinamenti, le competenze in materia di accreditamento sono rimesse all'assessorato regionale alla sanità oppure alla giunta[63]. In quest'ultimo caso l'organo viene ad assommare ulteriori funzioni amministrative, a quelle prettamente di indirizzo politico. La soluzione è significativa se solo si considera che attiene alla regolazione di un settore, quale quello sanitario, la cui storia è stata tradizionalmente segnata dal condizionamento politico. Per altro verso, anche i modelli che attribuiscono competenze alle aziende sanitarie locali accentuano un'altra problematica particolarmente discussa e avvertita in questo contesto, quale quella relativa alla commistione tra le funzioni di erogazione e quelle di regolazione.

Accade, ad esempio, nella disciplina straordinaria approvata dalla regione Campania con l.r. 28 novembre 2008, n. 16, che, per esigenze di accelerazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi in materia di accreditamento, si deleghino le relative funzioni alle aziende sanitarie locali. Immediati rimedi sono disposti da provvedimenti altrettanto emergenziali adottati dal Commissario ad acta, con i quali, in un primo momento, si dispone il divieto, i capo a tali enti, di concedere nuove autorizzazioni e nuovi accreditamenti[64], e, in un secondo momento, si restituisce all'amministrazione

[63] Si v., in tal senso, art. 6, l.r. Abruzzo, n. 32/2007.

[64] Si v. decreto del Commissario ad acta, Campania, 30 dicembre 2009, n. 21, recante *Divieto delle Aziende sanitarie di procedere a nuovi accreditamenti per l'anno 2010*.

Copyleft – Ius Publicum

regionale, sotto la direzione del commissario ad acta, le funzioni in materia di accreditamento, fatte salve le competenze istruttorie, che vengono, tuttavia, lasciate in capo alle commissioni istituite presso le aziende sanitarie locali[65].

Gli esiti in termini di commistione del soggetto responsabile dell'accreditamento con gli erogatori pubblici, tuttavia, dipendono in grande misura dalla struttura del sistema regionale preso in considerazione. La stessa scelta può essere valutata diversamente, infatti, se considerata nell'ambito dell'ordinamento regionale lombardo, dove la competenza in merito al rilascio del provvedimento è affidata sempre alle aziende sanitarie locali[66], che in questa regione svolgono prevalentemente funzioni di regolazione.

Che rimettano la scelta alle aziende sanitarie locali, alla giunta ovvero all'amministrazione regionale, quasi tutti gli ordinamenti attribuiscono rilievo alla distinzione tra le competenze istruttorie e quelle decisionali per quanto riguarda il rilascio del provvedimento di accreditamento. La maggior parte dei sistemi affida la fase di valutazione preliminare rispetto alla decisione ad organismi di natura tecnica, e di composizione varia, collegati o meno da rapporti di dipendenza con l'amministrazione regionale. Solitamente, agli stessi organi è spesso attribuita anche la verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti ai fini del mantenimento dello *status* di soggetti accreditati. Tali soluzioni rappresentano un valido tentativo di neutralizzazione delle pressioni politiche, nonché di valorizzazione delle istanze rappresentate dalle categorie professionali ovvero dai destinatari-utenti. Nell'utilizzo dei margini lasciati alla autonomia regionale, anche in riferimento a questo aspetto, si va da soluzioni più conservative a soluzioni maggiormente innovative: il risultato e le sue implicazioni, tuttavia, non sono sempre chiari, a partire dalle

[65] Si v., al riguardo, decreto del Commissario ad acta, Campania, 22 marzo 2011, n. 22; l.r. Campania, 14 dicembre 2011, n. 23.

[66] Si v. l.r. Lombardia, 30 dicembre 2009, n. 33.

Copyleft – Ius Publicum

denominazioni, che prevedono commissioni, osservatori, comitati, gruppi di esperti, nuclei, agenzie regionali, per citare quelle più ricorrenti.

Al di là delle etichette formali, in relazione alla nostra indagine, tuttavia, vengono in rilievo, prevalentemente due profili: la composizione, da un lato, e il collegamento con le amministrazioni che hanno compiti decisionali o svolgono funzioni di erogazione e/o regolazione, dall'altro.

Quanto al primo aspetto, alcune normative prevedono rappresentanze degli ordini professionali o degli utenti[67]; altre includono esperti esterni e indipendenti[68]; altre, ancora, comprendono soggetti individuati nell'ambito di elenchi di valutatori[69].

Un secondo ordine di valutazioni concerne i rapporti tra i diversi organismi citati e le autorità competenti in materia di programmazione, quali le amministrazioni regionali, ovvero i soggetti cui spettano funzioni di regolazione e/o erogazione, quali le aziende

[67] Si v., ad esempio, quanto previsto per la regione Abruzzo, nell'ambito della quale l'Organismo regionale per l'accreditamento (cd. Ora) è formato dal Gruppo di esperti regionali per l'accreditamento (cd. Gera) e dal Comitato di coordinamento regionale per l'accreditamento (cd. Ccra). Ai sensi dell'allegato 2.3., § 2.1., l.r. n. 5/2008, il Gera è composto da professionisti designati dalla Direzione Sanità, dalle aziende sanitarie, dalle associazioni di categoria delle strutture private, dagli ordini professionali, dalle organizzazioni rappresentative degli utenti.

[68] In tal senso, l.r. Emilia Romagna, 19 febbraio 2008, n. 4, recante *Disciplina degli accertamenti della disabilità - ulteriori misure di semplificazione ed altre disposizioni in materia sanitaria e sociale*; d.G.r. Liguria, 9 luglio 2007, n. 767, *Commissione Tecnica per la verifica dei requisiti di accreditamento" - Integrazione membri esperti*.

[69] Si v. d.G.r. Campania, 22 settembre 2006, n. 1489; det. Dirig. Molise, 24 luglio 2009, n. 2, recante *L.R. 18/08. DGR 244/09. Codice deontologico dei Valutatori per l'Accreditamento Istituzionale della Regione Molise. Provvedimenti*; d.G.r. Toscana, 11 gennaio 2011, n. 12, recante *L.R. 51/2009: modalità di accesso all'elenco regionale dei valutatori e requisiti richiesti*, nonché già con largo anticipo, d.G.r. Umbria, 16 maggio 2002, n. 612, relativa *al Progetto ministeriale: "Collaborazione interregionale per lo sviluppo ed il mantenimento competenze qualificate per le verifiche di accreditamento" Convenzione Regione Emilia Romagna e Regione Umbria*, e, poi, det. dirig. Umbria, 11 gennaio 2012, n. 86, *Istituzione, approvazione e pubblicazione dell'Elenco Regionale dei Valutatori e degli Esperti Tecnici per svolgere l'attività di Audit per l'Accreditamento Istituzionale delle strutture sanitarie e socio-sanitarie della Regione Umbria*.

Copyleft – Ius Publicum

sanitari locali. In alcuni casi, il collegamento appare forte: ciò avviene, ad esempio, quando compiti istruttori siano affidati ad unità operative comunque istituite all'interno di uffici o servizi della regione. Secondo quanto stabilito dalla regione Calabria, ad esempio, le commissioni aziendali, composte da figure di responsabilità di diverse aree nonché da soggetti esperti esterni, sono organismi aziendali che non costituiscono strutture ma «rappresenta[no] il momento tecnico organizzativo per la messa in rete di più professionalità»[70]. In questo caso, si produce una concentrazione delle funzioni di accreditamento e di programmazione in un unico centro decisionale, che svolge, al contempo, funzioni in materia di analisi del fabbisogno e di determinazione delle risorse. In altre circostanze, il collegamento con le amministrazioni territoriali e locali è meno marcato: è il caso della istituzione di agenzie, che possono essere però enti strumentali delle regioni[71].

Come si è scritto, la distribuzione delle competenze rileva, in particolar modo, in termini di scelte regionali sui rapporti tra l'accreditamento e la programmazione. Questo aspetto è fortemente determinato dal fabbisogno delle singole realtà, nonché dalle crescenti esigenze di contenimento della spesa: al tempo stesso esso costituisce un nodo cruciale nella strutturazione di un sistema sanitario, dal momento che è suscettibile di determinare il

[70] Si v. l'art. 1 del d.G.r. Calabria, 17 giugno 2011, n. 255, recante *Regolamento per l'organizzazione e il funzionamento delle Commissioni aziendali per l'autorizzazione e l'accreditamento*, ai sensi dell'art. 12, l.r. Calabria, 18 luglio 2008, n. 24.

[71] L'art. 13, l.r. Lazio, 3 marzo 2003, n. 4, prevede una ripartizione di compiti tra la Giunta e l'Agenzia. La prima «stabilisce, con apposito provvedimento, sentita la competente commissione consiliare, i requisiti ulteriori di qualificazione per il rilascio dell'accreditamento nonché gli indicatori ed i livelli di accettabilità dei relativi valori per la verifica dell'attività svolta e dei risultati raggiunti in relazione alle prestazioni accreditate». Ad un regolamento regionale sono demandate, invece, le procedure per la richiesta ed il rilascio dell'accreditamento: anche in questo caso, la fase istruttoria e la redazione dei due atti è affidata, tuttavia, all'Agenzia di sanità pubblica.

Copyleft – Ius Publicum

contingentamento dell'offerta e dunque di vincolare le decisioni in materia di rilascio degli accreditamenti[72].

Anche in questo caso, la differenziazione tra le soluzioni adottate è indicativa delle scelte di sistema effettuate dai legislatori regionali. Pur derivando in generale dalla formulazione statale, alcune discipline regionali dedicano a questo aspetto un particolare rilievo. Il legame con la programmazione può essere manifestato dalla formulazione normativa, ovvero dall'insieme dei provvedimenti, con particolare riferimento alle misure di contingentamento. Non stupisce - per il modello di sistema sanitario prescelto - che tra le formulazioni più fortemente espressive del legame con la programmazione vi sia quella della regione Emilia-Romagna[73]. In quest'ottica, valgono anche gli atti conseguenti, con i quali si perviene alla definizione dei criteri quantitativi di riferimento per la valutazione della funzionalità alla copertura del fabbisogno di prestazioni di ricovero ai fini dell'accreditamento istituzionale delle strutture pubbliche e private[74].

Fermo restando che i sistemi regionali abbiano confermato lo stretto legame individuato dal legislatore statale tra la programmazione e l'accreditamento[75], in alcuni

[72] Al riguardo, con particolare riferimento alla programmazione, si v. ora Cons. st., ad. plen., 12 aprile 2012, n. 3-4.

[73] Al riguardo, il § 2.3 della d.G.r. Emilia Romagna, 23 febbraio 2004, n. 327, fa riferimento ad un «procedimento valutativo, a condizione che i soggetti di cui al punto 2.1) risultino funzionali alle esigenze della programmazione regionale e siano in possesso di requisiti ulteriori rispetto a quelli necessari per l'esercizio dell'attività; la valutazione della funzionalità alle esigenze della programmazione regionale é effettuata, in relazione al fabbisogno assistenziale, a partire dalle strutture pubbliche e da quelle private accreditate provvisoriamente ai sensi della legge n. 724/1994 e ai sensi dell'art. 8-quater, settimo comma del D.Lgs. n. 502/1992 e successive modificazioni».

[74] Si v., in tal senso, la d.G.r. Emilia Romagna, 21 aprile 2008, n. 534.

[75] Si cfr. l'art. 8 *quater*, d.lgs. n. 502/1992, ove si legge che «[l]'accreditamento istituzionale è rilasciato dalla regione alle strutture autorizzate, pubbliche o private e ai professionisti che ne facciano richiesta, subordinatamente alla loro rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione, alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale (…)». Si cfr., nella normativa regionale, l'art. 14, comma 2, l.r. Lazio, 3

Copyleft – Ius Publicum

casi, il collegamento sembra essere accentuato con riferimento all'accreditamento delle strutture private[76]. In altri casi, i criteri di contingentamento appaiono quanto meno suscettibili di discussione: si consideri, ad esempio, quanto previsto dall'art. della l.r. Campania, 15 marzo 2011, n. 4, art., comma 237 nonies, analizzata in più occasioni dalla Corte costituzionale[77], che, nel testo inizialmente in vigore e poi modificato dallo stesso legislatore regionale, prevedeva che, in caso di eccesso di domande di accreditamento rispetto al fabbisogno regionale, si tenesse conto dell'ordine cronologico di acquisizione delle pregresse istanze di accreditamento istituzionale.

In aggiunta rispetto ai profili citati, rilevano le previsioni relative al regime transitorio di accreditamento: in relazione a questo aspetto, in particolare, si verifica il forte ritardo nell'attuazione della normativa in materia, nonché un perdurante stato di incertezza, con ripercussioni anche sul contenzioso in sede giurisdizionale[78].

5. LA PROSPETTIVA TEMPORALE: L'ACCREDITAMENTO PROVVISORIO, TRANSITORIO E DEFINITIVO

Se la differenziazione nell'applicazione della normativa in materia di accreditamento, in parte, può essere considerata come l'effetto ragionevole della

marzo 2003, n. 4, recante *Norme in materia di autorizzazione alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie, di accreditamento istituzionale e di accordi contrattuali*, ove si stabilisce che la regione verifica la funzionalità delle prestazioni rispetto al fabbisogno di assistenza ed alla quantità di prestazioni accreditabili in eccesso secondo quanto previsto in sede di programmazione.

[76] Si cfr. l'art. 21, lett. e), l.r. Puglia, 28 maggio 2004, n. 8.

[77] Si cfr. Corte cost., n. 292/2012.

[78] Sulle incertezze applicative dell'accreditamento provvisorio e transitorio, si v., da ultimo, Cons. St., III, 16 aprile 2013, n. 2117; Cons. St., III, 25 marzo 2013, n. 1636; Cons. st., III, 1 marzo 2013, n. 1236; Cons. St., III, 15 febbraio 2013, n. 937.

Copyleft – Ius Publicum

configurazione delle competenze in materia sanitaria, con la quale si sono volute salvaguardare le specificità dei sistemi regionali, diverse sono le riflessioni per quanto riguarda il divario nel completamento del processo attuativo. Le difficoltà di adeguamento dei singoli ordinamenti, unite alle resistenze amministrative - quando non anche politiche - hanno rallentato di gran lunga l'entrata a regime delle nuove regole. Si consideri, inoltre, che la verifica in ordine ai requisiti di accreditamento si sviluppa necessariamente attraverso un processo in quanto richiede una valutazione tanto sulle potenzialità della struttura, ex ante, quanto, ex post, sui risultati[79].

La consapevolezza delle difficoltà registrate in ambito regionale ha indotto negli ultimi anni il legislatore nazionale ad intervenire con provvedimenti di proroga, che hanno esteso oltremodo l'arco temporale di regimi che avrebbero dovuto essere eccezionali, nella loro transitorietà o provvisorietà[80].

Il Patto per la salute approvato nel 2006 aveva stabilito il termine del 1 gennaio 2008 per la cessazione del regime transitorio di accreditamento per le strutture convenzionate[81], ove il provvedimento non fosse confermato da forme provvisorie o definitive di accreditamento[82]. Entro la stessa data le regioni avrebbero dovuto concludere i

[79] In questi termini, M. Consito, *op. cit.*, p. 43. Tra le discipline più recenti, si v. d.G.r. Emilia-Romagna, 21 gennaio 2013, n. 53, recante *Indicazioni operative per la gestione dei rapporti con le strutture sanitarie in materia di accreditamento*.

[80] Al riguardo, si v. Corte cost., 19 novembre 2012, n. 260. In chiave critica, anche se con specifico riferimento al settore universitario, segnala la burocratizzazione e l'iperregolazione indotte dai processi di accreditamento, G. Vesperini, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 947 ss.

[81] Ai sensi dell'art. 6, comma 6, l. 23 dicembre 1994, n. 724.

[82] Si v. il provvedimento recante *Protocollo di intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano*, adottato in data 28 settembre 2006. Il termine è stato, poi, confermato con l. 27 dicembre 2006, n. 296, cd. legge finanziaria 2007, della quale si v. l'art. 1, comma 796, lett. u) e lett. t).

Copyleft – Ius Publicum

procedimenti di ricognizione del fabbisogno. Il termine è poi slittato al 31 dicembre 2010[83]. Il termine per l'accreditamento provvisorio ha subito analoghi rinvii: a quello inizialmente individuato, del 1 gennaio 2010, si è sostituito, poi, quello del 1 gennaio 2011[84], e quello del 1 gennaio 2013[85]. Similmente è accaduto in sede regionale.

L'accreditamento si è così colorato di qualifiche diverse, a seconda che si riferisse a strutture convenzionate, ovvero all'attivazione di nuove strutture o per l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti. Anche a causa del collegamento con la programmazione e il contingentamento delle strutture, la compresenza di differenti regimi ha complicato ulteriormente la gestione corrente del sistema, con particolare riferimento al rilascio di nuovi accreditamenti.

L'accreditamento definitivo non è entrato a pieno regime: dalle ultime ricerche in materia risulta che accanto a sistemi regionali nei quali si è proceduto più rapidamente, si collocano realtà in fase di progressione, e sistemi completamente in fase di attesa[86].

[83] Si v. l'art. 7, Patto per la salute 2009, 3 dicembre 2009.

[84] Si cfr. l'art. 2, comma 100, l. 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria 2010).

[85] Dal comma 35, art. 2, d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, aggiunto, in sede di conversione, dalla l. 26 febbraio 2011, n. 10.

[86] Per un'analisi complessiva, si cfr. Cergas-Bocconi, *Osservatorio sulla Sanità Privata in Italia e in Lombardia. Ricerca del CERGAS Bocconi per il Gruppo Merceologico Sanità di Assolombarda*, Milano, 2 marzo 2009, p. 15, pubblicato al seguente indirizzo url: http://www.cergas.unibocconi.it/wps/allegatiCTP/Executive%20Summary_osservatorio_2.pdf. Da un'indagine condotta da *quotidianosanità.it*, pubblicata in data 12 gennaio 2011, le percentuali di accreditamento definitivo risultano le seguenti: l' 89,8% delle strutture, per l'area nord-occidentale; il 77,4% per l'area insulare; il 35,7% per l'area nord-orientale; il 28,1% per l'area centrale; il 24,1% nell'Italia meridionale. In tema, A. Oneto, M. Marabini, *Dall'accreditamento istituzionale all'accreditamento definitivo*, in *Tendenze nuove*, 2008. p. 123 ss.. In precedenza, A. Oneto, *Dall'accreditamento istituzionale all'accreditamento definitivo?*, in *San. pubbl. e priv.*,

Copyleft – Ius Publicum

Nell'incertezza, alcune delle disposizioni adottate dalle regioni per il governo della transitorietà - o della provvisorietà - sono state oggetto di discussione in sede giurisdizionale, quando non hanno anche sollevato dubbi di legittimità sotto il profilo costituzionale. Da ultimo, l'art. 1, comma 237-vicies quater l.r. Campania, 15 marzo 2011, n. 4, è stato considerato illegittimo dalla Corte costituzionale: la previsione dell'automatico rilascio del titolo definitivo di accreditamento «ai soggetti che […] in virtù di acquisto per il tramite del curatore fallimentare sono subentrati nella titolarità di strutture per le quali si è risolto il rapporto di provvisorio accreditamento con il servizio sanitario regionale» è stato valutato in contrasto con l'art. 117 Cost.[87].

Per quanto riguarda le regioni sottoposte a piani di rientro, gli ultimi dati ufficiali annuali per area di intervento pubblicati dal Ministero della Salute si riferiscono al 2011 e confermano un andamento generale che ha proceduto a rilento[88]. In particolare, si rileva: la gestione delle procedure oltre i termini per l'Abruzzo; la mancata ridefinizione del fabbisogno per la Calabria; il notevole ritardo nel processo di accreditamento definitivo per la regione Campania, dove si aggiungono le diverse impugnative dinanzi alla Corte costituzionale e le pronunce di illegittimità; il forte ritardo nell'attuazione dell'accreditamento definitivo delle strutture, per la regione Lazio, e la conseguente raccomandazione di non procedere a nuove autorizzazioni o a nuovi accreditamenti fino al completamento del processo di accreditamento definitivo; l'alta conflittualità dei rapporti di accreditamento con gli erogatori privati e del relativo contenzioso, per quanto riguarda il Molise, nonché le difficoltà in sede di individuazione del fabbisogno e di rispetto degli

2007, 5, p. 17 ss. Al riguardo, si v. det. reg. Emilia Romagna, 6 giugno 2014, n. 7597, recante *Approvazione schema di domanda per l'accreditamento socio sanitario definitivo*.

[87] Si v. Corte cost., n. 132/2013. In precedenza, su altri profili, Corte cost., n. 292/2012.

[88] I dati si riferiscono alle verifiche annuali 2011: si v. in proposito, quanto pubblicato nel mese di giugno 2013, al seguente url: http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1151.

Copyleft – Ius Publicum

adempimenti contrattuali; la proroga del periodo transitorio di valenza del *budget* per il Piemonte; la parziale rispondenza a quanto stabilito in sede di piano di rientro per la regione Puglia; lo stato ancora arretrato delle procedure in Sicilia.

La situazione non migliora di gran lunga negli anni successivi. I dati emersi nel corso delle riunioni trimestrali nel corso del 2013 evidenziano: per la regione Campania, la necessità di predisporre «un atto normativo idoneo a superare i rilievi della Corte Costituzionale»[89]; per la regione Molise, la necessità di una maggiore articolazione nella ridefinizione del fabbisogno[90]; l'esigenza di una ricognizione analitica ed esaustiva delle strutture interessate dai provvedimenti di accreditamento ed una puntuale relazione sul grado di avanzamento del processo di accreditamento istituzionale per l'Abruzzo[91]; la necessità di un aggiornamento puntuale sullo stato di attuazione delle procedure di autorizzazione e accreditamento, al fine di una rapida conclusione del processo per la regione Lazio, dove si segnalano forti elementi di dubbio in relazione ai rapporti con le strutture private[92]; la necessità di maggior chiarezza nel programma operativo della Regione Calabria[93].

[89] Si v. Riunione di verifica 10 aprile 2013, disponibile al seguente indirizzo url: http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1145.

[90] Si v. Riunione di verifica 17 aprile 2013, disponibile al seguente indirizzo url: http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1140.

[91] Si v. Riunione di verifica 8 aprile 2013, disponibile al seguente indirizzo url: http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1142.

[92] Si v. Riunione di verifica 17 aprile 2013, disponibile al seguente indirizzo url: http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1137.

[93] Si v. Riunione di verifica 8 aprile 2013, disponibile al seguente indirizzo url: http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1137.

Copyleft – Ius Publicum

Tali risultati sono da imputare a diversi fattori. All'eterogeneità delle direttrici secondo cui hanno continuato a svilupparsi i sistemi regionali, fa rinvio il Piano Sanitario Nazionale (PSN) 2011-2013[94], ove si legge che «l'evoluzione dell'accreditamento, seppure con rilevanti differenziazioni tra le Regioni, è stata caratterizzata da ritardi, difficoltà di attuazione e disomogeneo sviluppo sul territorio nazionale».

Emerge, dunque, in primo luogo, come si è già rilevato, la necessità di condividere criteri comuni: è in quest'ottica che il Ministero della salute e la Commissione salute della Conferenza delle regioni e province autonome hanno affidato all'Agenas il compito di definire i fattori di qualità uniformi, per favorire l'accordo tra le regioni su un testo da sottoporre alla Conferenza, che ha portato alla approvazione dell'intesa sui criteri per la revisione del sistema di accreditamento.

Oltre a questo profilo, tra le cause ulteriori individuate dal Piano risultano la difficoltà di adottare atti di definizione del "fabbisogno" di strutture da accreditare, potenziata dal contemporaneo svolgimento dei processi di riorganizzazione, la mancanza di risorse per la messa a norma delle strutture pubbliche rispetto ai requisiti autorizzativi, la complessità del processo di accreditamento. Alle condizioni citate si aggiungono certamente l'assenza di una comune cultura della qualità, gli elevati costi e, infine, le difficoltà nella gestione amministrativa[95].

[94] Su ci si v. Conferenza Stato regioni ed unificata, Intesa, ai sensi dell'articolo 1, comma 5, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, sul Piano Sanitario Nazionale per il triennio 2011-2013, Rep. Atti n. 88/CU del 22/09/2011, p. 81 ss.

[95] Al riguardo, A. Lo Scalzo e C. Liva, *Attualità in tema di accreditamento in Italia*, Intervento al Convegno su *Tecnica e relazione nel processo di audit organizzativo*, Bologna, 15 marzo 2006.

Copyleft – Ius Publicum

6. CONSIDERAZIONI DI SINTESI

A margine della presente analisi interessa, in questa sede, sollevare l'attenzione su tre ordini di considerazioni.

Anzitutto, nell'attuazione della normativa in materia di accreditamento, le regioni hanno utilizzato gli spazi di autonomia lasciati dalla normativa statale per procedere secondo le proprie capacità amministrative, le condizioni e le necessità politiche; le lacune e le ambiguità della regolamentazione del processo, tuttavia, non sempre hanno prodotto risultati apprezzabili [96].

In secondo luogo, la complessità dell'avvio del sistema di accreditamento e le resistenze amministrative sono risultate evidenti tanto in sede statale, nella predisposizione di linee guida condivise con le amministrazioni regionali, quanto in sede regionale, in termini di attuazione del processo. Ad una lettura evolutiva, il quadro regolamentare risulta sempre complesso: gli atti approvati sono molteplici; la disciplina è talvolta di difficile lettura e coordinamento; nuovi testi si sovrappongono in maniera continua ai precedenti, anche oltre le normali esigenze di verifica periodica dell'avanzamento. In molte circostanze, si rendono necessarie linee guida applicative, provvedimenti di chiarimento e rettifica sia in ordine alle procedure, sia in ordine all'interpretazione di alcuni aspetti tecnici dei requisiti. In controtendenza, si presentano le realtà regionali che hanno già da tempo coordinato la normativa in un testo unico[97]. Se il risultato è in una certa misura naturale, in considerazione del fatto che l'accreditamento è comunque un processo di valutazione continuo, che richiede periodiche rivisitazioni e adattamenti, tuttavia, il mancato passaggio al regime definitivo non è un dato confortante.

[96] Si v., in tal senso, anche se con riferimento ai metodi di pagamento, F. Taroni, *Le 3A: autorizzazione accreditamento, accordi contrattuali*, in *Manuale di diritto sanitario*, cit., p. 427 ss. e in questi termini, p. 436-437.

[97] Si v. in tal senso l.r. Lombardia, n. 33/2009, e successive modificazioni (l.r. 24 aprile 2012, n. 8).

Copyleft – Ius Publicum

Rispetto al quadro che si è tracciato, le scelte in termini di discussione contestuale e condivisione dei requisiti, e le conseguenti iniziative avviate con la collaborazione dell'Agenas, indicano, tuttavia, l'avvio di un processo che potrebbe portare finalmente ad una progressione.

Da ultimo, rispetto ai profili sinora sollevati, ulteriori elementi di complicazione sono dovuti alle pressanti esigenze di contenimento della spesa. Non a caso, il rapporto sull'accreditamento pubblicato dall'Agenas nel 2013, nel fornire a ricognizione della normativa rilevante in materia, si concentra, nell'analisi del quadro delle singole regioni, anche sui piani di riorganizzazione del servizio sanitario. Il problema è avvertito in special modo in quelle regioni nelle quali i forti disavanzi hanno portato al commissariamento e alla negoziazione dei piani di rientro: ulteriori complicazioni, in questi casi, sono dovute alla circostanza che sono prevalentemente i provvedimenti finanziari a disporre la disciplina dell'accreditamento. I limiti dettati dalle necessità di bilancio, tuttavia, hanno svolto un ruolo fondamentale anche nelle realtà più virtuose, rendendo più centrale il legame tra programmazione e accreditamento, a causa delle diverse opere di riorganizzazione introdotte nelle singole regioni.

Se i fattori elencati hanno contribuito ad accentuare ritardi e difficoltà, non si può comunque non considerare che alla base di determinate scelte risiedono ancora oggi motivazioni strettamente condizionate dal contesto storico e politico nel quale si sono formati i singoli sistemi regionali. In alcuni casi, dietro la complessità dell'attuazione del sistema di accreditamento si è celata una gestione non sempre lineare della programmazione, che richiede, preliminarmente, l'individuazione del fabbisogno e, successivamente, la delimitazione del novero delle strutture da accreditare, da realizzarsi attraverso la definizione dei requisiti. A rischio sono i principi ispiratori del nostro sistema sanitario, quali la parità tra le strutture pubbliche e quelle private e la libertà di scelta

Copyleft – Ius Publicum

dell'utente, di cui occorre tenere conto nell'attuazione del cd. nucleo irriducibile del diritto alla salute[98].

[98] Su cui Corte cost. 20 novembre 2000, n. 509.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

ACCREDITATION IN HEALTHCARE: NATIONAL STANDARDS AND REGIONAL IMPLEMENTATION

ANNUAL REPORT – 2014 - ITALY

(december 2014)

Martina CONTICELLI

TABLE OF CONTENTS:

1. **INTRODUCTORY REMARKS.**
2. **ACCREDITATION BY PRIVATE PARTIES: INTERNATIONAL ACCREDITATION UPON REQUEST.**
3. **INSTITUTIONAL/PUBLIC ACCREDITATION.**
4. **NATIONAL REGIME FOR ACCREDITATION AND ITS IMPLEMENTATION BY THE REGIONS.**
   - *4.1 In search of common standards: the Italian national accreditation scheme.*
   - *4.2 The current state of regional differentiation.*
5. **TIMING OF ACCREDITATION: PROVISIONAL, TRANSITIONAL AND DEFINITIVE ACCREDITATION.**
6. **CONCLUDING REMARKS.**

1. INTRODUCTORY REMARKS.

Accreditation is an assessment of the quality of a service, of goods or of an activity, and consists of a process that checks compliance with predetermined standards.

The interest in assessing quality arises in competitive environments, as an answer to a request for correct and prompt information that usually originates from consumers or

Copyleft – Ius Publicum

users. Usually, the initial impulse for assessment stems from private actors who are interested in certifying quality and who are consequently ready to bear the costs of the assessment process. More and more frequently, though, when public agencies also become interested in certification, they choose to rely on private assessment, by taking advantage of private accreditation.[1]

Consequently, and as a result of the global increase in exchanges in almost every economic activity, accreditation is now widespread across many sectors.

Nevertheless, its scope and objectives may vary widely, sector by sector.[2]

Specifically, accreditation in the healthcare sector rests upon a threefold set of purposes. First, accreditation embodies the interests of patients, who wish to be correctly informed mainly about the safety of the service provided by healthcare givers but also about its quality. Secondly, accreditation advances the interests of providers, who wish to provide quality assurance in order to attract more patients. A third objective is related to the public need to ensure compliance with predetermined minimum levels of healthcare. This happens specifically when both private and public providers are operating within the public healthcare system and when services are mainly financed by public funds.

The idea behind this essay is the following: accreditation was transplanted into the Italian healthcare system in 1992, mainly to ensure healthcare quality and safety, but during the final decade of the last century accreditation rapidly turned into a regulatory device

[1]See, for instance, Regulation (EC) no 1060/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009, on credit rating agencies; Regulation (EU) no 462/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies.

[2] The use of standards and certifications as a mechanism for sector-specific regulation is widespread in the global environment: on this issue, see K. Davis, A. Fisher, B. Kingsbury, S. Engle Merry (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Classification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Copyleft – Ius Publicum

after being re-shaped to serve the planning of healthcare and the control of public expenditure.[3]

The transition described above took place through a series of reforms that was approved during the 1990s. In the regime that entered into force in 1999, the legal definition of accreditation became more controversial.[4] This ambiguity was noted both in scholarly writings and in judicial rulings.[5]

[3] On this issue, see V. Molaschi, *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza*, in *Giur. it*., 2014, p. 657 ff.; Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, AS175 Parere 19 maggio 1999, n. 175, in *Bollettino*, 1999, n. 18; Autorità garante per la concorrenza ed il mercato AS852 18 luglio 2011, in *Bollettino*, 2011, n. 27; AS1037 – Regione Lazio – rilascio autorizzazioni all'esercizio e alla realizzazione di strutture sanitarie private, in Bollettino, 2013, n. 13. The procedure, started in 2005, still has not been brought into a conclusion: see IC30 - settore delle prestazioni sanitarie ospedaliere, Provvedimento n. 14389, 2005.

[4] In the so called "*Disciplinare per la revisione della normativa dell'accreditamento*", approved by Agreement within the Italian *Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome*, the different objectives look inverted:«l'accreditamento, oltre ad avere una funzione regolatoria, è uno strumento di garanzia dei livelli di qualità delle strutture sanitarie e socio-sanitarie». See Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome, Agreement, December 20, 2012 (Rep. Atti. 259), *allegato* A, § 1, at the following link: http://www.statoregioni.it/Documenti/DOC_038866_259%20csr%20-%204.pdf.

[5]On the legal status of accreditation in health care, see A. Quaranta, *L'accreditamento come atto di abilitazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in *L'Accreditamento è un diritto?*, V. Bellini and E. Paolini (eds.), Roma, 2003; C. Corbetta, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Rimini, 2004, p. 211 ff.; E. Jorio, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *San. pubbl. e priv*., 2004, p. 151 ff.; G. Cilione, *Diritto sanitario. Profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni*, Rimini, 2013, p. 229 ff.; G. Tansarella, *Sistema sanitario e accreditamento: il dovere di reciproca lealtà* (Tar Campania, Napoli, I, 11 febbraio 2002), in *Foro amm. Tar*, 2002, p. 619 ff.; V. Molaschi, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del titolo V della Costituzione* (Tar Lombardia, Milano, I, 29 ottobre 2003, n. 4899), in *Foro amm. Tar*, 2004, p. 1271 ff.; F. Gigliotti, *Ritardo nel pagamento dei corrispettivi di prestazioni sanitarie rese da strutture accreditate e applicabilità del d. lgs. 231/2002*, in *I Contratti*, 2014, p. 57 ff.

Copyleft – Ius Publicum

The uncertain legal meaning of accreditation has implications for the implementation regime. The importance of this issue for the current management of our national healthcare system is confirmed by the continual interventions of the legislator. That is why we have decided to discuss accreditation in healthcare, focusing on its implementation.

To begin with, we discuss below three legal provisions taken from distinct legal orders. Our purpose is to highlight the fact that the different definitions given for accreditation all prove how controversial is its legal status.

In the *Memorandum and Articles of Association*, published by the *International Society for Quality in Healthcare Limited* (ISQua), accreditation is defined as "[a] public recognition of the achievement of *standard*s by an organization demonstrated through independent assessment in relation to set *standard*s".[6]

Art. 8 *quater* of the Legislative Decree of December 30, 1992, n. 502, states that accreditation is issued to providers upon request, provided that they comply with additional standards, and adhere to regional health planning Acts, and is given after a positive check of a provider's performance: *"[l]'accreditamento istituzionale è rilasciato dalla regione alle strutture autorizzate, pubbliche o private ed ai professionisti che ne facciano richiesta, subordinatamente alla loro rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione, alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti"*.

A further Act, taken as an example from the region of Basilicata, states that institutional accreditation is a process, connected to regional healthcare planning, through

[6] See the following url: http://www.isqua.org/docs/constitution-and-policy-documents/isquamandacurrent856EF1AEB6C4.pdf?sfvrsn=2.

Copyleft – Ius Publicum

which, as an administrative act, healthcare givers are entitled to operate within the public regional healthcare system.[7]

Some general remarks may be pointed out from a first analysis of the three definitions listed above.

The definitions certainly refer to different institutional and legal contexts, and they address different forms of accreditation. While the first definition refers to private accreditation, the second and third address the public certification that is considered necessary in order for a body to be entitled to operate within the public regional health system.

Nevertheless, the different views expressed by the three definitions also prove that accreditation may be vested with different meanings. They suggest that a transition has been experienced thus far within the Italian healthcare system. In the health system as it was at the beginning of the 1990s, there was open access for providers[8] on the basis of the recognition of their freedom to do business: accreditation was a licence. The regime in

[7] See *Allegato* I, Executive Board Decree, Basilicata, December 30, 2005, n. 2753, which literally states: «è il procedimento attraverso il quale, a conclusione di uno specifico processo valutativo ed in relazione agli indirizzi della programmazione regionale, viene attribuito alle strutture sanitarie già in possesso dell'autorizzazione all'esercizio, e che ne facciano richiesta, lo status necessario per diventare soggetti erogatori per conto del servizio sanitario regionale (SSR), previo riconoscimento di specifici requisiti di qualità sul piano tecnologico, organizzativo e professionale, ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività». Specifically, attention to quality is paid in Regional Law (hereinafter r.l.) Veneto, February 7, 2014, n. 2, *Disposizioni in materia di promozione della qualità dell'assistenza sanitaria, socio-sanitaria e sociale e modifica della legge regionale 16 agosto 2002, n. 22 "Autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali"*; r.l. Toscana, October 17, 2012, n. 57, *Modifiche alla legge regionale 5 agosto 2009, n. 51 (Norme in materia di qualità e sicurezza delle strutture sanitarie: procedure e requisiti autorizzativi di esercizio e sistemi di accreditamento)*.

[8] B. Bonvento, *La misurazione dell'impatto delle procedure di autorizzazione e accreditamento*, in *San. pubbl. e priv.*, 2006, p. 32 ff.

Copyleft – Ius Publicum

place at the end of the 1990s, as a result of the reforms that took place mainly in 1999, took a different view of the legal nature of accreditation,[9] and accreditation became a concession.

The three definitions also highlight the distinction between voluntary and institutional accreditation, which arises from the transition described above.

As already mentioned, accreditation originates in healthcare systems, where it is vested initially with a voluntary character, and where compliance with safety and quality standards is acknowledged mainly by peers that are private institutions. Once transplanted into our healthcare system, the legal instrument that we now describe as institutional accreditation, without losing the part of its original character that relates to quality standards, is also used for planning healthcare, distributing resources, regulating healthcare providers and controlling public expenditure.

This essay aims to discuss the multiple facets of accreditation in the Italian healthcare system.

By virtue of the concurrent legislative competence of the state and the regions, this investigation not only addresses the national system for accreditation, but also examines the implementation of accreditation within the regional healthcare regimes.

With this purpose, we carry out an analysis of recent regional policies and regulations. In addition, we make use of data published by the *Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali* (National Agency on Regional Healthcare Systems) in its most recent report on the implementation of the accreditation regime at the regional level.

Because of the scope and the nature of this essay, we do not differentiate among classes of providers: in other words, divergences among accreditation regimes for

[9] On this issue, C. Bottari, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2009, p. 96 ff.

Copyleft – Ius Publicum

ambulatory healthcare, hospitals, home healthcare, laboratories, and critical access hospitals are left in the background at this stage of our research.[10]

The analysis of the normative evolution, which is aimed at assessing the implementation of the accreditation system by the regions, has a specific relevance. Parallels and differences may help in interpreting regional systems, by putting the accent on regional choices about factors of enormous significance in order to assess the state of our healthcare system. We refer here to the resultant mix between public and private providers, to the effects of budgetary control, and to the strategies in place to guarantee free choice to patients, safety in healthcare and services of good quality.[11]

The investigation is structured as follows. After some short preliminary remarks on private assessments, we focus on institutional accreditation. In this regard, we first discuss the normative framework, at both the national and the regional level. Secondly, parallels and differences between regional systems are highlighted. Thirdly, forms and stages of the implementation process are pointed out. Lastly, some concluding remarks are set forth, which also refer to budgetary constraints over public expenditure and to the implications of these within those regional systems that are subject to governmental financial control within our legal system.[12]

[10] On which, see paragraph 4(f), art. 8, Legislative Decree (hereinafter lgs.d.) n. 502/1992.

[11] For updated data on the Italian Healthcare System, see Istat, *Rapporto annuale*, Roma, 2014, specifically chapter 4.2, *Il Sistema sanitario nazionale: un difficile equilibrio tra efficienza e qualità*, p. 168 ff.

[12] On this issue, see A. Nardone, *La distribuzione dei poteri in sanità: le ipotesi di sostituzione del Governo nella gestione delle politiche di spesa nelle regioni*, Napoli, 2009. On healthcare sustainability, M. D'Angelosante, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012; R. Nania, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. Sesta (ed.), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, 2014, p. 29 ff.; G. Ceresetti, *"Spending review", accreditamento sanitario e proposta di legge n. 4269 del 2011: una riforma possibile per la remunerazione delle prestazioni?*, in *Foro amm. Tar*, 2012, 9, p. 2987 ff.

Copyleft – Ius Publicum

2. ACCREDITATION BY PRIVATE PARTIES: INTERNATIONAL ACCREDITATION UPON REQUEST

Accreditation in healthcare originates from the need to ensure minimum standards for safety, but it becomes a widespread need when providers voluntarily decide to be subject to external scrutiny by peer institutions in order to pursue optimal quality standards.[13]

The need for quality and safety measurements stems mainly from health systems in which private and public providers are both providing care and working in a competitive environment.[14] Originally, and usually, standards are set by private setters, while tasks related to the accreditation process are entrusted to private agencies, formally independent from the providers and regulators.

Within the contexts described, private accreditation fulfils two purposes: on the one side, it favours providers that wish to prove their qualities, while, on the other side, it operates as a form of guarantee for patients, by directing them towards safe choices or simply by supporting them in their aim to choose quality.[15]

[13] See the definition adopted by the *American College of Surgeons* in 1919, within the *Hospital standardization program*, so called *The 1919 minimum standard document*, in *General Hospital of 100 or more beds*, in American College of Surgeons, *Bullettin*, IV, n. 4, 1920, at the following link: https://www.facs.org/about-acs/archives/pasthighlights/minimumhighlight.

[14] On accreditation systems, under a comparative perspective, see M. Consito, *Accreditamento e terzo settore*, Jovene, Napoli, 2009; G. Cerrina Feroni, *Pubblico e privato nella erogazione delle prestazioni sanitarie. Italia, Germania, Svizzera a confronto*, in *Munus*, 2012, p. 1 ff.; E. Robotti, *Ssn e standard di qualificazione accreditamento dei servizi sanitari*, in *Contratti*, 2004, p. 1048 ff.; A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G.M. Racca, M. Dugato (eds.), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Torino, 2011.

[15] On accreditation in other sectors see, recently, A. Moscarini, *L'accreditamento nel regolamento Ce n. 765/2008 e le "fonti" di produzione privata*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, 2012, 1, p. 18 ff.; A. Benedetti, *Profili di*

Copyleft – Ius Publicum

This happens in the United States, for instance, where the Joint Commission is a not-for-profit organization that assesses providers on demand and that acts through periodical audits aimed at checking compliance with privately determined standards.

Forms of accreditation that now tend to prove qualities of excellence are addressed within the Italian legal order as "*accreditamento di eccellenza*". This label distinguishes this kind of accreditation from the institutional one that operates within the public healthcare system. In this latter case, accreditation measures compliance with general minimum standards set at the national level and with additional standards set by the regions. Compliance with requirements is due from both public and private providers if they wish to be considered as part of the National Health System (hereinafter NHS) and to be paid from public funds for providing care services.

Nevertheless, even if not specifically required at the national level by the legislation on accreditation, many regions consider forms of international or private certification as additional standards for institutional accreditation. Private certifications are rarely seen as a minimum standard for institutional accreditation; most frequently they represent a requirement for subsequent additional public benefits. Within this trend, in particular, some regions have incorporated the standards issued by the Joint Commission as additional criteria for public accreditation,[16] some have made reference to international standards for accreditation, as additional standards set out at the regional level (as in the Sardinia region, in the *Piano regionale dei servizi sanitari* approved on January 19, 2007),

rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2012, 1-2, p. 20 ff.; M. De Bellis, *Certification and climate change. The role of private actors in the Clean Development Mechanism (CDM)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun*., 2012, p. 759 ff.; C. Barbati, *La Valutazione del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm*., 2012, p. 816 ff.

[16] See Lombardia, d.g. sanità, *La valutazione delle aziende sanitarie in Regione Lombardia*, January 14, 2010, at the following url : *http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_newsAree_848_listaFile_itemName_14_file.pdf*.

Copyleft – Ius Publicum

others have added certifications by private agencies to the accreditation process,[17] or done the same with the certification processes set out by general disciplines, such as ISO 2000 (which is included, for instance, within the Liguria accreditation programme),[18] and yet others ask for certifications by qualified experts.[19] In other regions, moreover, international accreditation represents a factor for giving providers different levels of accreditation.[20] The regional law approved by the Molise region, dated June 24, 2008, n. 18, art. 18, for instance, considers international accreditation as best practice for both private and public providers.

If, in some cases, international accreditation is taken into consideration as an additional label concerning quality, in others, surprisingly, excellence acknowledgments do not count for so much, especially when there are financial constraints on the selection of those providers who, following institutional accreditation, will be part of the NHS. In most cases, in fact, the rationale behind such determinations may depend on other criteria. Nevertheless, the weight of private/international accreditation as a useful standard for

[17] See Umbria, Regional Executive Board Resolution (hereinafter r.b.r.), May 7, 2003, n. 570, *Approvazione del Modello operativo per l'Accreditamento Istituzionale delle strutture sanitarie e socio-sanitarie*.

[18] See r.b.r. Liguria, April 29, 2002, n. 395, *Approvazione procedura e istanza per la richiesta di accreditamento dei presidi sanitari e socio-sanitari pubblici e privati, versione aggiornata del ''Manuale per l'accreditamento'' nonché disposizioni relative all'avvio dello stesso*.

[19] See § 2.10, r.b.r. Emilia Romagna, February 23, 2004, n. 327. See also Agenzia sanitaria e sociale regionale, *L'accreditamento istituzionale delle organizzazioni sanitarie e dei professionisti in Emilia-Romagna. Sviluppo e sperimentazione di metodologie per la qualificazione di valutatori idonei a svolgere attività di verifica delle strutture sanitarie a scopo di accreditamento e ad affiancare in qualità di esperti tecnici di settore valutatori di sistemi qualità per la certificazione (anni 1997-2000)*, at the following url: *http://www.regione.emilia-romagna.it/agenziasan/aree/accred/accreditamento/progr_qualificaz_valutatori.htm*.

[20]See r.b.r. Basilicata, July 1, 2008, n. 591/P; Provincial Executive Board Resolution (hereinfter p.b.r.) Bolzano, March 17, 2003, n. 763, *Approvazione dei requisiti minimi e ulteriori per l'autorizzazione e l'accreditamento delle strutture sanitarie ospedaliere e assimilabili.*

Copyleft – Ius Publicum

institutional accreditation can be assessed by analysing regional healthcare planning Acts and regulations on accreditation.

Whether or not private/international accreditation is incorporated into regional additional standards for institutional accreditation, providers more and more frequently seek to obtain it for their own reputation.

As already mentioned, particularly relevant in this field is the activity of Joint Commission International. Founded in 1994 by the US Joint Commission, this not-for-profit agency is based in Illinois and has subsidiaries in Singapore and Dubai. Joint Commission International has accredited 24 Italian providers so far.

The Joint Commission is part of the International Society for Quality in Healthcare (ISQua), a not-for-profit association based in Dublin, whose main aim is to promote quality in healthcare services through accreditation, and whose main tasks consist, on the one hand, in issuing certifications for providers and, on the other hand, in assessing certificatory bodies themselves.

The widespread success of the Joint Commission activity shows a clear tendency toward a culture of certifying quality.

Furthermore, attention to accreditation as well as to the regional affirmation of accreditation mechanisms is about to acquire even more relevance by virtue of the approval of Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare.

In order to give patients more choice, more information must necessarily circulate and, as well, more common standards, especially on quality and safety, must be adopted. In this regard, both the Directive and the legislative decree of March 4, 2014, n. 38, which transposes it into the Italian legal order, at art. 7 and art. 9, paragraph 6(c), include the following information that the national contact points are responsible for circulating: first, information on standards and guidelines; second, information on the supervision and assessment of healthcare providers; third, information on providers that are subject to the

Copyleft – Ius Publicum

standards; and fourth, guidelines and information on the accessibility of hospitals as well as conditions for the safety and quality of the healthcare providers. It is useful to remind ourselves that most of these information requirements are considered as essential preconditions for reimbursement, and must be complied with under the supervision of the national contact point.

3. INSTITUTIONAL/PUBLIC ACCREDITATION

In a different way from private/international accreditation, which has a mainly voluntary basis, institutional/public accreditation is compulsory for all public providers, as well as for private providers wishing to operate within the NHS. Accreditation is required both for incumbents, namely for healthcare providers formerly authorized within the previous regime for access to the healthcare sector, and for new entrants, namely for healthcare providers interested in starting to operate within the NHS.

Whatever the regional healthcare system, as already mentioned, the requirement for institutional/public accreditation arises not only from the need to prove the quality of healthcare providers but also from the need for a strict control of public expenditure and the use of public resources. That is the main reason why it is not only private providers that are required to obtain accreditation, but also public ones.

In the same way as any other administrative act, accreditation follows an administrative procedure that is part of a more complex sum of connected but distinct procedures aimed globally at allowing providers to operate within the NHS.[21]

[21] On this issue, see F. Taroni, *Le 3A: autorizzazione accreditamento, accordi contrattuali*, in *Manuale di diritto sanitario*, R. Balduzzi and G. Carpani (eds.), Bologna, 2013, p. 427 ff.

[21] On this issue, with specific reference to interactions among proceedings, see R. Spagnuolo Vigorita, *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003.

Copyleft – Ius Publicum

The so-called 3A process to enter the healthcare sector consists of an authorization procedure/act, an accreditation procedure and an agreement. Within this sequence, the authorization process allows providers to perform healthcare activities; the procedure for accreditation entitles providers to act within the NHS; and the agreement sets concrete conditions for the provision of healthcare financed by public funds.

The relationships between these different procedures and the interactions among their results have been discussed by legal scholars, as well as by judges, with controversial results so far.[22]

Specifically, the private/public nature of providers has profoundly influenced the discussion and the description of accreditation.[23] Moving on from this aspect, the jurisprudence has described accreditation as a concession for private providers and as an organizational act for public ones.[24]

The importance of the definition of the legal status of accreditation in healthcare, its weight and its implications on the current functioning of the healthcare sector, are proved by the fact that both the national and the regional legislator have had to intervene many times in the field during recent decades.[25]

[22] On this issue, with specific reference to interactions, see R. Spagnuolo Vigorita, *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003.

[23] On providers' qualification and on their legal nature, N. Aicardi, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 497 ff.; C. E. Gallo, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, p. 249 ff.; F. Liguori, *Impresa privata e sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996.

[24] On the issue, *ex multis*, Cons. St., V, May 11, 2010, n. 2828.

[25] See, for instance, r.l. Puglia, February 1, 2013, n. 3, *Modifica e integrazione dell'articolo 27 della legge regionale 28 maggio 2004, n. 8 (Disciplina in materia di autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio, all'accreditamento istituzionale e accordi contrattuali delle strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e*

Copyleft – Ius Publicum

4. National regime for accreditation and its implementation by the regions

Because of the concurrent legislative competences on the issue, regional accreditation systems may differ, provided that they are coherent with the basic standards set at the national level.

First, each regional system may set its own requirements and define its own administrative procedures. As far as this aspect is concerned, regions are expressly required to set their own accreditation requirements both from a substantive and from a procedural point of view. Thus, a presidential decree dated January 14, 1997, indicated minimum common standards, while it is up to the regional legislator to set out other requirements from an infrastructural, technological, and organizational perspective. Procedures for grants, revocations and audits must also be determined.

An analysis of the different solutions adopted at the regional level, as well as at the enforcement stage, may well highlight different trends in the nature of the accreditation regime,[26] especially as concerns the position of providers in relation to financial budgetary constraints.[27] The output is influenced by many factors, such as historical, economic and political aspects, as well as the form of governance set in each regional environment.[28]

private), rubricato "Sospensione e revoca dell'accreditamento", which states that «in caso di mancata stipula degli accordi di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo, l'accreditamento è sospeso fino alla stipula dei predetti accordi».

[26] On the regional healthcare system set out in Lombardia see, P. Previtali Pietro, A. Santuari, A. Venturi, *Il nuovo accreditamento delle unità d'offerta socio-sanitarie in regione Lombardia: profili giuridico-organizzativi*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2012, 5, p. 48 ff.

[27] M. Lottini, *Il concorso dei privati al servizio sanitario nazionale: alternativi al pubblico o succedanei al pubblico?*, in *Foro amm. Tar*, 2008, p. 2553 ff. On this issue, G. Corso, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. Corso, P. Magistrelli (eds.), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, 2009, p. 17 ff.

Copyleft – Ius Publicum

Secondly, the output may differ greatly, depending on the stage of enforcement as well as on the choices about the transitional regime from the previous conventions.[29] In this regard, the full implementation of the accreditation system that was set out at the end of the 1990s met serious difficulties. Its enforcement was delayed several times.[30] A strong attempt to bring the process to a conclusion was made in 2006, by the law of December 27, 2006 n. 296 (the so-called *legge finanziaria* 2007), which required the immediate transition from the provisional, transitional accreditation to the definitive one.[31] Notwithstanding the legal provision, the practical transition took much more time: abandoning the old conventional system for the new accreditation regime proved to be complex and to require many intermediate steps, ruled by continual acts of prorogation adopted by the legislator.

[28] See V. Mapelli, *I sistemi di governance dei servizi sanitari regionali*, Quaderni Formez, n. 57, Roma, 2007. On this issue see also E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. C. Grisolia (eds.), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011; S. Antoniazzi, *Governance territoriali e nuovi modelli di organizzazione sanitaria*, in P. Bilancia (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale. Profili teorici ed applicativi*, Milano, 2011, p. 273 ff. On regional healthcare systems, see Agenas, *Ricognizione sui piani sanitari e sociosanitari regionali vigenti. Anno 2013*, Roma 2014, pubblicato al seguente link: http://www.agenas.it/images/agenas/oss/psr/LetturaRagionata_Psr_vigenti05_06_14.pdf.

[29] See Constitutional Court, December 11-19, 2012, n. 292, and Constitutional Court, November 28, 2012, n. 262.

[30] See Agreement, December 20, 2012, which defines accreditation as «un processo di valutazione sistematico e periodico svolto da un "organismo esterno" con l'obiettivo di verificare l'adesione a predeterminati requisiti correlati alla qualità dell'assistenza. Tale sistema incentiva l'autovalutazione e il miglioramento, basato su criteri periodicamente aggiornati e verificato da valutatori appositamente formati», nonché afferma che il «miglioramento della qualità è considerato un processo continuo attraverso il quale gli aspetti importanti dell'assistenza sono monitorati e migliorati se necessario e le innovazioni selezionate continuamente».

[31] On implementation, see Agenas, *Indagine sullo stato di implementazione del percorso di accreditamento delle strutture sanitarie e sociosanitarie private (ai sensi dell'art. 1, comma 796, legge n. 296/2006 e s.m.i.) - seconda indagine*, Roma, July 30, 2010.

Copyleft – Ius Publicum

4.1. In search of common standards: the Italian national accreditation scheme

To implement what had been stated in the so-called *Patto per la Salute* 2010-2012 (art.7)[32], the Ministry of Health commissioned a working group with the task of focusing on the issue of the reform of the legislative framework on accreditation (the so-called *Tavolo di lavoro per la revisione della normativa sull'accreditamento*hereinafter Trac) [33].

Guidelines approved by the working group have been adopted as a national scheme, by an agreement signed on December 20, 2012 within the *Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome.*[34]

The requirements in the agreement are now considered to be minimum standards for institutional accreditation. They have to be complied with by all the regional accreditation systems, and they must be taken into consideration in any regional regulation. Therefore, regions whose accreditation system differs from the general framework set out in the agreement must modify their regulations in order to make them coherent. Many regions have already started moving in this direction.[35]

[32] For first data on the issue, in Agenas, *Fattori/criteri di qualità delle organizzazioni sanitarie da condividere nei sistemi di autorizzazione/accreditamento delle Regioni e da adottare a livello nazionale, come elementi di garanzia del sistema delle cure*, Roma, febbraio 2011, at the following url: http://www.agenas.it/agenas_pdf/Documento%20Fattori_Criteri.pdf.

[33] See Agenas, *Fattori/criteri di qualità delle organizzazioni sanitarie da condividere nei sistemi di autorizzazione/accreditamento delle Regioni e da adottare a livello nazionale, come elementi di garanzia del sistema delle cure*, cit., p. 6. Lgs.D. n. 229/1999 sets a Commission on accreditation and quality in healthcare (*Commissione per l'accreditamento e la qualità dei servizi sanitari*) with the task to set common standards, to monitor and assess implementation by the regions.

[34] See *Allegato A*, Agreement, December 20, 2012, quoted, §1.

[35] See the following act, which gives implementation to the agreement: r.b.r. Valle d'Aosta, May 31, 2013, n. 965, *Recepimento dell'intesa sancita il 20 dicembre 2012 tra il Governo, le Regioni e le Province Autonome, sul*

Copyleft – Ius Publicum

In the meantime, a second working group has been set by the Ministry of Health with the tasks of facilitating the transition to the new scheme, giving support to the implementation of the scheme over the whole nation, and helping the regions to interpret the new standards in a uniform way.[36]

Specific emphasis is paid in the agreement to the fact that accrediting bodies must be independent. This requirement is of fundamental importance, particularly within those regional healthcare systems where the distinction between providers, regulators and accreditors is considered relevant.

To this end, the agreement also requires accrediting bodies to determine their own working policies in advance, to declare their institutional relationships explicitly, to set their internal organizational frameworks in advance, to indicate the forms and tools for procedural participation, and to predetermine their administrative procedures for assessing full compliance with the conditions for accreditation over time.[37]

As far as the common guidelines are concerned, the agreement indicates eight commitments related to standards, and for each of these commitments further requirements and implementing processes are set out.

---

documento recante "Disciplina per la revisione della normativa dell'accreditamento" e adesione al Progetto di Ricerca Corrente 2012. Approvazione della relativa bozza di convenzione con l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali; r.b.r. Piemonte, 28 giugno 2013, n. 9-6021; r.b.r. Veneto, July 5, 2013, n. 1131; r.b.r. Sardegna, n. 42/42 October 16, 2013; r.b.r. Emilia-Romagna, July 2, 2013, n. 884; r.b.r. Liguria, March 28, 2013, n. 371; r.b.r. Friuli Venezia Giulia, July 19, 2013, n. 1703.

[36] See Ministerial Decree (hereinfater m.d.) Salute, February 6, 2013.

[37] See, for instance, r.b.r. Valle d'Aosta, February 7, 2014, n. 123, *Approvazione dei criteri di programmazione delle verifiche di vigilanza presso le strutture sanitarie, socio-sanitarie, socio-assistenziali e socio-educative site sul territorio regionale, ai fini del mantenimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività e del relativo accreditamento, ai sensi della Delib.G.R. n. 52/2010, della Delib.G.R. n. 2541/2012 e della Delib.G.R. n. 1362/2013*.

Copyleft – Ius Publicum

The first indicator concerns the review of the management and structural organization of the provider. These have to promote good quality in healthcare assistance; the assessment depends on the specific kind of medical centre, whether this is a hospital, a critical access hospital, a laboratory or another type of provider.

As a second indicator, the provision of care, treatment and services is taken into consideration: as far as these factors are concerned, the agreement requires there to be a clear indication of standards for service delivery, criteria for patients' eligibility, strategies for continuing assistance, audit procedures, and monitoring and assessment procedures.

The third relevant factor is related to the quality of infrastructural and structural resources. This has to be reviewed in relation to the use of the resources, and must be considered in the light of the punctual compliance with maintenance rules for medical equipment and with lifesaving arrangements.

Fourthly, the expertise of medical staff is taken into consideration; training and education are considered and are strictly controlled.

A fifth commitment concerns transparency, information management and information policies. To assess whether this factor is being implemented correctly, good practices are: publicity about healthcare protocols being made available to all stakeholders, processes that favour the proactive participation of stakeholders, indicators for internal communication as well as for the assessment of stakeholder satisfaction, information being given to the public about healthcare delivery, patient involvement and information about medical protocols, patient flow and admissions to the service.

To ensure the sixth commitment to safety, which concerns clinical appropriateness, is met, evidence based approaches are required, and also the development of clear protocols on risk management.

Since accreditation is a process, the seventh commitment refers to the management of innovation though processes and to planning technical, professional and management innovation.

Copyleft – Ius Publicum

Lastly, attention is paid to the condition of each patient through processes aimed at humanizing care, through the evaluation of the whole human being during the overall process of healthcare delivery, and through the care environment.

4.2. The current state of regional differentiation

Later we analyse regional accreditation systems as they developed from the regional experiences in place before the adoption of the national scheme. The analysis is carried out through meaningful examples, since the aim and the scope of this contribution do not allow us to undertake a complete examination of the regional legislation on the issue.[38]

Common trends, as far as the distribution of competences is concerned, may also be found in regional accreditation systems that existed prior to the intervention for common standards that started in 2010. Regional accreditation systems usually set common standards as well as standards with differentiation for the categories of treatments delivered.[39] Three main groups of standards are commonly addressed: organizational standards, protocols on clinical pathways and indicators on patient care.[40] More attention is

[38] Also the guidelines issued by Trac address a series of examples: see v. *Allegato* A, Agreement December 20, 2012, quoted.

[39] See: r.b.r. Piemonte, September 14, 2009, n. 25-12129; r.l. Puglia, February 25, 2010, n. 4, *Norme urgenti in materia di sanità e servizi sociali*; r.b.r. Emilia Romagna, 327/04, which enforces r.l. Emilia Romagna, October 12, 1998, n. 34, *Norme in materia di autorizzazione ed accreditamento delle strutture sanitarie pubbliche e private in attuazione del D.P.R. 14 gennaio 1997, nonché di funzionamento di strutture pubbliche e private che svolgono attività socio-sanitaria e socio-assistenziale*.

[40] See r.b.r. Abruzzo, July, 1 2008, n. 591/P, and r.b.r. Basilicata, December 30, 2012, n. 2753. See also Regional Executive Board Presidential Decree, Toscana, March 3, 2010, n. 29/R *Regolamento di attuazione della R.L. 28 dicembre 2009, n. 82 (Accreditamento delle strutture e dei servizi alla persona del sistema sociale integrato)*;

Copyleft – Ius Publicum

usually given to commitments related to clinical pathways, while the requirements for organizational management and patient care are less detailed.[41]

Organizational and management requirements mainly concern a provider's internal organization, with specific reference to departmental divisions, staff management, or patients' committees. Reference is also made to the quality of the staff and to facilities, as well as to infrastructure, and the requirements here are mainly differentiated by the areas of treatment for which accreditation is requested.

As far as patients are concerned, the main commitment shared by regional accreditation systems is the adoption of patients' charters of rights.[42] Some systems set detailed requirements related to patients' committees, patients' treatment, users in general, family members and carers and their participation in decision making, and complaints management and dispute resolution.[43] The Sardinian accreditation system, for instance, makes reference to periodical consultations through the circulation of questionnaires among patients and users in general.[44]

Regional Executive Board Presidential Decree, Toscana, January 8, 2014, n. 1/R, *Modifiche al decreto del Presidente della Giunta regionale 24 dicembre 2010, n. 61/R (Regolamento di attuazione della legge regionale 5 agosto 2009, n. 51) in materia di autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie*.

[41] See r.b.r. Basilicata, n. 2753/2005.

[42] Participation and information are considered main aims by the regional healthcare planning Act adopted by Veneto: PSSR 2007-2009.

[43] See r.l. Abruzzo, March 10, 2008, *Un sistema di garanzia per la salute – Piano sanitario regionale 2008-2010*, (*allegato* 2.2.). See *Programma Operativo 2013-2015*, approved by commissarial decree October 9, 2013, n. 84, as integrated and amended by Commissarial Decree, December 30, 2013, n. 112.

[44] See r.l. Sardegna, November 7, 2012, n. 21, *Disposizioni urgenti in materia sanitaria connesse alla manovra finanziaria e modifica di disposizioni legislative sulla sanità*.

Copyleft – Ius Publicum

A strong role in the assessment of regional accreditation systems is played by the conditions for the suspension, revocation or denial of accreditation. There are many reasons for the adoption of these adverse acts: for instance, accreditation may be revoked when a provider's standards become inconsistent with quality requirements,[45] or when a provider's activity proves not to be coherent with regional healthcare planning,[46] or when a healthcare provider does not comply with the conditions included in a contractual agreement.[47]

Two of the main reasons for revocation are the suspension of the former authorization and the overspending on the annual budget assigned to the contractual agreement. Other minor forms of violations that may lead to revocation may be related to standards concerning the management of human resources.[48]

Regional accreditation systems may also differ from another point of view, that of codification: the regional legislator may choose to gather together the conditions and procedures for accreditation in a manual,[49] or in distinct manuals,[50] or may set them forth in

[45] See art. 27, paragraph 6, r.l. Puglia, May 28, 2004, n. 8, *Disciplina in materia di autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio, all'accreditamento istituzionale e accordi contrattuali delle strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private*.

[46] See art. 21(e), r.l. Puglia, n. 8/2004.

[47] See r.l. Emilia Romagna, February 19, 2008, n. 4, *Disciplina degli accertamenti della disabilità - ulteriori misure di semplificazione ed altre disposizioni in materia sanitaria e sociale*.

[48] See art. 7, paragraph 5, r.l. Abruzzo n. 32/2007.

[49] See, Marche, *Sistema e requisiti per l'accreditamento delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private della regione Marche (ai sensi della legge regionale n. 20/2000)*; *Manuale di Accreditamento*; Liguria, *Manuale per l'accreditamento delle strutture socio-sanitarie pubbliche e private*, April 2, 2002; r.b.r. Calabria, March 9, 2009, n. 61, *Regolamenti e manuali riguardanti i requisiti di qualità, strutturali, tecnologici ed organizzativi per l'Autorizzazione e l'Accreditamento delle strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private ai sensi del comma 5 art. 11 legge regionale 18 luglio 2008, n. 24*.

Copyleft – Ius Publicum

different acts of different natures.[51] Collecting all the rules about standards and procedures into one act serves to guarantee legal certainty and transparency, favouring easy interpretation by users.

Different solutions are also adopted as far as the allocation of competences is concerned. In most regional systems, the regional health department or the regional board[52] is vested with accreditation tasks. If this is the case, these regional bodies bring together both the political and the administrative functions on accreditation. The disadvantage is that, preferably, these tasks should be kept distinct in the Italian healthcare sector, where political influence has been predominant for a long time. Conflicts of interest may also arise when local health units (*aziende sanitari locali*) are vested with accreditation functions: in this case these public entities act as both regulators and providers. Moreover, of course, the allocation of powers on accreditation may look less controversial in those regional systems in which local units do not act as providers but are vested only with regulatory functions, as in Lombardia, for instance. As a reaction to the practice in Campania, which delegated to the local health units competences related to the accreditation process, for instance, we may note the prompt intervention by the *commissario ad acta*, which prohibited these local units from granting new accreditations[53] and subsequently vested the regional administration with decisional powers related to

[50] See r.b.r Abruzzo, n. 591/P/2008, on *Approvazione manuali di autorizzazione ed accreditamento, nonché delle relative procedure delle strutture sanitarie e sociosanitarie*, and the subsequent amendements resolution June 1, 2009, n. 36/09, Regional Decree (hereinafter r.d.) December 2, 2011, n. 61, r.d. October 7, 2013, n. 73.

[51] See r.b.r Basilicata, n. 2753/2005, *Manuale dell'accreditamento delle strutture pubbliche e private*, and r.b.r. Basilicata, October 13, 2006, n. 1958, which sets out the administrative procedure for accreditation.

[52] See art. 6, r.l. Abruzzo, n. 32/2007.

[53] See the Decree issued by the *Commissario ad acta*, Campania, December 30, 2009, n. 21, *Divieto delle Aziende sanitarie di procedere a nuovi accreditamenti per l'anno 2010*.

Copyleft – Ius Publicum

accreditation, leaving only the instruction phase to separate commissions that are part of the local units.[54]

Independently of the basic choice regarding who is competent, in almost all of the regional systems a distinction is made between the instruction phase and the decision phase of the proceedings. In most cases technical commissions or expert committees are vested with the responsibility of the instruction phase. Solutions may vary widely and the result is not always clear. These bodies may be more or less independent of the regional administration itself, or they may be shaped as regional agencies that are linked in some way with the regional administration. Solutions may vary not only in substance, but also from a formal point of view: observers, groups of experts, committees and agencies are only some examples of the expressions used to define these bodies. In itself, the choice of allowing a separate body to intervene in the first phase of the proceedings proves that there is an attempt to neutralize political influence. In order to define the legal status of, such bodies, their membership and any possible links that they have with bodies vested with decisional powers, or with regulatory bodies, or with providers, must be investigated. As far as membership is concerned, some systems require the participation of a representative of a particular professional category or of a group of patients;[55] other systems may ask

[54] See the Decree issued by the *Commissario ad acta*, Campania, March 22, 2011, n. 22; r.l. Campania, December 14, 2011, n. 23.

[55] See for instance the example of the Abruzzo regional system, where a Group of regional experts was set within the Committee on regional coordination for accreditation (respectively *Gruppo di esperti regionali per l'accreditamento* – Gera, *Organismo regionale per l'accreditamento* – Ora, and *Comitato di coordinamento regionale per l'accreditamento* (so called. Ccra). As established by r.l. n. 5/2008, *Allegato* 2.3., § 2.1., Gera members are professionals appointed by regional health units, healthcare providers' associations, associations of chartered professionals, associations representing patients.

Copyleft – Ius Publicum

external and independent experts to take part;[56] and others may include independent professionals chosen from a regional list of experts.[57]

Connections with regional administrations or with the regional health units may be strong, as they are when officers from the regional organizational framework are called upon to take part: this is what happens with the Calabrian accreditation system, where the committee is formed from independent experts but is set within the organizational framework of the regional administration.[58] In other cases, the connections look weaker, as, for example, when instructor tasks are assigned to agencies as instrumental bodies set within the regional administration.[59]

[56] See r.l. Emilia Romagna, February 19, 2008, n. 4, *Disciplina degli accertamenti della disabilità - ulteriori misure di semplificazione ed altre disposizioni in materia sanitaria e sociale*; r.b.r. Liguria, July 9, 2007, n. 767, *Commissione Tecnica per la verifica dei requisiti di accreditamento" - Integrazione membri esperti*.

[57] See r.b.r. Campania, September 22, 2006, n. 1489; Managerial Resolution Molise, July 24, 2009, n. 2, *R.L. 18/08. DGR 244/09. Codice deontologico dei Valutatori per l'Accreditamento Istituzionale della Regione Molise. Provvedimenti*; r.b.r. Toscana, January 11, 2011, n. 12, *R.L. 51/2009: modalità di accesso all'elenco regionale dei valutatori e requisiti richiesti*, r.b.r. Umbria, May 16, 2002, n. 612, on *Progetto ministeriale: "Collaborazione interregionale per lo sviluppo ed il mantenimento competenze qualificate per le verifiche di accreditamento" Convenzione Regione Emilia Romagna e Regione Umbria*, and Managerial Resolution Umbria, January 11, 2012, n. 86, *Istituzione, approvazione e pubblicazione dell'Elenco Regionale dei Valutatori e degli Esperti Tecnici per svolgere l'attività di Audit per l'Accreditamento Istituzionale delle strutture sanitarie e socio-sanitarie della Regione Umbria*.

[58] See art. 1, r.b.r. Calabria, June 17, 2011, n. 255, *Regolamento per l'organizzazione e il funzionamento delle Commissioni aziendali per l'autorizzazione e l'accreditamento*, and, previously, art. 12, r.l. Calabria, July 18, 2008, n. 24.

[59] Art. 13, l.r Lazio, March 3, 2003, n. 4, allocates tasks between the Regional Executive Board and the Regional Health Unit. The former «stabilisce, con apposito provvedimento, sentita la competente commissione consiliare, i requisiti ulteriori di qualificazione per il rilascio dell'accreditamento nonché gli indicatori ed i livelli di accettabilità dei relativi valori per la verifica dell'attività svolta e dei risultati raggiunti in relazione alle prestazioni

Copyleft – Ius Publicum

The allocation of competences has a specific relevance to the relationships between choices on accreditation and regional planning for the annual budget, especially under conditions of progressive expenditure constraints. Both financial decisions and planning ones may limit subsequent decisions on accreditation.[60] Again, differentiation may be found within the regional system, which is an expression of the historical, political and also economic situation of the Italian regions. Some systems, such the one in force in Emilia Romagna, rely particularly on planning.[61] In some other cases the limitations coming from planning seem to be stronger with reference to the accreditation of private providers.[62] In yet other cases, standards for selection among providers when there are financial constraints become almost arbitrary. This is what has been affirmed by the Italian Constitutional Court with reference to the legislation approved in Campania, where the regional legislator decided that when the number of accreditation requests exceeded the regional need, the selection should mainly take into account the chronological order of the submission of requests.[63]

accreditate». A regional regulation, sets procedures for asking and obtaining accreditation: also in this case the instruction phase of the proceeding rests on the Public Health Agency (*Agenzia di sanità pubblica*).

[60] With a focus on healthcare planning, see Cons. st., *Ad. Plen*., April 12, 2012, n. 3-4.

[61] See r.b.r. Emilia Romagna, February 23, 2004, n. 327.

[62] See, for instance, art. 21(e), r.l. Puglia, May 28, 2004, n. 8.

[63] See Const. Court, n. 292/2012.

Copyleft – Ius Publicum

5. TIMING IN ACCREDITATION SYSTEM: PROVISIONAL, TRANSITIONAL AND DEFINITIVE ACCREDITATION

On the one side, differentiation in the output of the accreditation system is a reasonable consequence of the choice to allocate main competences in healthcare at the regional level. This constitutional choice has from the beginning been effective in preserving divergences in regional health systems and the original features of different regions. On the other side, differences in the implementation stage, which translate into delays in enforcement, may not seem so acceptable.

Unfortunately, most regional systems (if not quite all of them) experienced serious delays in implementing the accreditation regime. In part, these delays are rooted in the conditions found within each regional environment. From this point of view, many factors were at work at the regional level that impeded a prompt implementation of the regime that was in place after 1999. Emerging and sometimes unexpected practical obstacles, forms of administrative reaction and political pressures played major roles, slowing down progress toward the full establishment of the new system.

In part, accreditation itself, as a process, necessarily requires time before it can enter into force. Assessment against standards itself requires a process that must be developed not only through an *ex ante* examination, based on the *status quo* as well as on forecasts, but also through an *ex post* examination, based on the output of the process.[64] Furthermore, accreditation also requires an impetus to be given to new and continuous improvement actions.

[64] See M. Consito, *quoted*, p. 43. See r.b.r. Emilia-Romagna, January 21, 2013, n. 53, *Indicazioni operative per la gestione dei rapporti con le strutture sanitarie in materia di accreditamento*.

Copyleft – Ius Publicum

Moving on from the difficulties met by the regions in implementing accreditation, the national legislator intervened several times, with multiple prorogation acts, extending the deadline set for the provisional or transitional regime and that for exceptional regimes.[65]

The agreement on healthcare, or the so-called *Patto per la Salute*,[66] which was signed in 2006, initially indicated January 2008 as a deadline for the termination of the transitional regime regarding health providers authorized under the previous regime.[67] Later, the deadline was postponed to December 2010. The same deadline set for provisional accreditation has been postponed several times. The initial deadline of January 2010[68] has been postponed to January 2011,[69] and to January 2013.[70] Similar prorogation acts have been approved by regional legislators.

Moreover, different forms of accreditation had to be applied, depending on the status of the providers. The new regime had to be applied differently to different providers because of the fact that many providers had been operating for a long time within the previous regime, while others wished to have access for the first time. For both these

[65] On this isssue, see Constitutional Court, November 19, 2012, n. 260. Under a critical perspective, even if specifically related to the University system, on bureaucratization and over-regulation provoked by accreditation procedures, G. Vesperini, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2013, p. 947 ff.

[66] See *Protocollo di intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano*, adottato in data 28 settembre 2006. The deadline has been reaffirmed by l. December 2, 2006, n. 296, so called *legge finanziaria* 2007: see, art. 1, paragraph 796 (u); (t).

[67] According to art. 6, paragraph 6, l. December 23, 1994, n. 724.

[68] See art. 7, *Patto per la salute 2009*, December 3, 2009.

[69] See art. 2, paragraph 100, December 23, 2009, n. 191 (*legge finanziaria 2010*).

[70] Paragraph 35, art. 2, Law decree December 29, 2010, n. 225, l. February 26, 2011, n. 10.

Copyleft – Ius Publicum

groups of providers an experimental period had to be set, since the procedural nature of accreditation does not allow recognition to be granted immediately. Thus accreditation has tried out different qualifications: provisional accreditation for new entrants, transitional accreditation for incumbents, and definitive accreditation for a few providers and a few regional systems.[71]

Meanwhile, some solutions have been put under the scrutiny of the Constitutional Court.[72]

Further delays have been experienced by those regions that have been put under governmental control because of financial constraints (subject to the so-called *piani di rientro*). In these situations, the interactions between accreditation, healthcare planning and the reduction of public funds have rendered the enforcement of the accreditation process even more difficult. Data circulated by the Ministry of Health for the period 2011-2013 confirm a low rate of implementation.[73] In this, different forms of non-compliance may be listed. Some regions met the deadlines for completing their accreditation procedures; some

[71] See Cergas-Bocconi, *Osservatorio sulla Sanità Privata in Italia e in Lombardia. Ricerca del CERGAS Bocconi per il Gruppo Merceologico Sanità di Assolombarda*, Milano, March 2, 2009, p. 15, at the following url: http://www.cergas.unibocconi.it/wps/allegatiCTP/Executive%20Summary_osservatorio_2.pdf. According to a research developed by *quotidianosanità.it*, published in January 12, 2011, the 89,8% of providers have been definitively accredited in the North West of Italy; 77,4% in islands; 35,7% in North East; 28,1% in Central Italy; 24,1% in the South of Italy. On this issue, see A. Oneto, M. Marabini, *Dall'accreditamento istituzionale all'accreditamento definitivo*, in *Tendenze nuove*, 2008. p. 123 ff.; A. Oneto, *Dall'accreditamento istituzionale all'accreditamento definitivo?*, in *San. pubbl. e priv*., 2007, 5, p. 17 ff. See also r.b.r. Emilia Romagna, June 6, 2014, n. 7597, *Approvazione schema di domanda per l'accreditamento socio sanitario definitivo*.

[72] We refer to art. 2, paragraph 237-*vicies quarter*, r.l. Campania, March 15, 2011, n. 4, which was stated as not coherent with the dictate of art. 117 of the Italian Constitution: see Constitutional court n. 132/2013 and, previously, n. 292/2012.

[73] Data are referred to annual meeting 2011: see data published in June 2013, to the following url: http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1151.

Copyleft – Ius Publicum

did not adopt the necessary resolutions concerning regional needs; some prolonged the transitional phase before definitive accreditation; in some regions there were delays in issuing authorizations as well as in finalizing contractual agreements, and in other regions, such as Campania, the regulations had to be re-drafted, following the rulings by the Constitutional Court; finally, some regions met difficulties in enlisting caregivers potentially interested in obtaining accreditation, and in updating and finalizing the proceedings.

The results described rest on multiple factors; this highlights the importance of the quest for more uniform standards and, therefore, the relevance of the latest interventions in this area. Nevertheless, other major obstacles in the implementation of accreditation are represented by the costs of the process itself, by its administrative management and by the lack of a pre-existing culture concerning the quality of care, which made the process of mapping regional needs, reshaping public caregivers and developing accreditation processes complex.

6. CONCLUDING REMARKS

Some concluding remarks emerge from the analysis that has been performed so far.

First, in implementing accreditation, regions have made use of their autonomy to work with their own attitudes, administrative conditions and political needs. The output often controversial.

Secondly, the process of accreditation itself has proved to be complex. What is interesting to notice is that implementation has proved to be complex not only at the regional level but also at the national level. The regulatory framework is itself complex: many subsequent acts have been approved, difficulties in interpretation and coordination have been raised, and the continual substitution of precedent acts with new decisions has been experienced. Interpretative guidelines have emerged as a necessity, and a need for

Copyleft – Ius Publicum

clarifying acts that specify procedures, criteria and other related aspects has arisen. Uniformity has become more and more important. Best practice has been seen in those regions that brought together the requirements into one coordinated act (a so-called *Testo unico*), in an effort to achieve transparency and legal certainty. If to some extent this output matches the process-based features of the accreditation system, which requires continuous checks and updates, nevertheless the failure to reach definitive accreditation in most of the Italian regions must be taken into adequate consideration. In this regard, the latest initiatives in the implementation of an agreement on common standards show that a virtuous cycle is starting.

Lastly, the progressive constraints on public expenditures have exerted a great deal of pressure, and this has mainly been an influence in those regions that have been put under governmental financial control. Nevertheless, financial pressures and limits have also played a role in other regions, by connecting the accreditation system to acts for the planning of healthcare, putting under serious threat the basic and express principles of our healthcare system such as the public and private mix in healthcare provision that is aimed at ensuring that patients have freedom of choice.[74]

[74] On this issue, see Constitutional Court, November 20, 2000, n. 509.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

ART. 6 CEDU: NUOVI ORIZZONTI PER IL DIRITTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE

(Dicembre 2014)

Miriam ALLENA

INDICE

1. PREMESSA: «EQUO PROCESSO» E PROCEDIMENTI SANZIONATORI A TUTELA DELLA CONCORRENZA.
2. LA PORTATA INNANZITUTTO SOSTANZIALE DELLA PREVISIONE SULL'«EQUO PROCESSO» DI CUI ALL'ART 6 CEDU: DIFFERENZE RISPETTO ALL'ART. 111 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA.
3. ART. 6 CEDU E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: IN PARTICOLARE, I PROCEDIMENTI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI.
4. L'ELEMENTO DI FLESSIBILITÀ DEL SISTEMA: LA COMPENSAZIONE *EX POST* E LA «*FULL JURISDICTION*».
5. IL SIGNIFICATO DELLA «FULL JURISDICTION»: GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E NAZIONALE A CONFORNTO

1. PREMESSA: «EQUO PROCESSO» E PROCEDIMENTI SANZIONATORI A TUTELA DELLA CONCORRENZA

Nella sentenza *Menarini Diagnostics c. Italia*, del 2011, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha statuito che una pesante sanzione pecuniaria inflitta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato a un'impresa farmaceutica accusata di avere partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza ricade, per i suoi caratteri sostanziali, nella materia

Copyleft – Ius Publicum

"penale" e, dunque, nell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), in tema di «*equo processo*» (il cui par. 1 dispone: «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta*»)[1].

[1] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie*, § 42. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti: cfr., senza pretesa di completezza, T. Bombois, *L'Arrêt Menarini c. Italie de la Cour Européenne des Droits de l'Homme – Droit antitrust, champ pénale et contrôle de pleine jurisdiction*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2011, 541; A.E. Basilico, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *Rivista telematica giuridica dell'associazione dei costituzionalisti*, n. 4/2011; M. Bonkers, A. Vallery, *Business as usual after Menarini?*, in *Mlex Magazine*, 3(1), 2012, 44; M. Abenhaïm, *Quel droit au juge en matière de cartels?*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 2012, 117. Il paragrafo 1 dell'art. 6 CEDU cit., prosegue statuendo: «*La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia*». I successivi paragrafi della disposizione, dedicati specificamente alla materia penale, individuano una serie di principi volti ad assicurare alle parti in causa che una decisione che li riguardi sia assunta nel rispetto di determinate garanzie procedurali. Così, il par. 2 statuisce, a favore di una persona «*accusata di un reato*», il diritto alla presunzione di innocenza fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata; mentre il par. 3, individua una serie di diritti dell'accusato "nel processo", precisando, in particolare, che lo stesso abbia diritto a: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata all'udienza.

Copyleft – Ius Publicum

Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno precisato che tale disposizione non impedisce, in linea di principio, che una "pena" sia inflitta da un'autorità amministrativa; al contempo, essi hanno ribadito la necessità, ove ciò accada, che la decisione emanata a seguito di un procedimento che non soddisfi le condizioni di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, sia «*soggetta a un controllo a posteriori da parte di un organo giurisdizionale avente cognizione piena*».

Questa pronuncia ha posto fine ad anni di discussioni circa l'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU alle sanzioni irrogate per violazione del diritto della concorrenza.

Non che questo esito fosse imprevedibile: al contrario, appariva del tutto scontato alla luce di una serena applicazione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo (fin dalla sentenza *Engel* del 1976[2]), visto che tali sanzioni hanno una prevalente funzione punitiva-deterrente (per quanto non disgiunta dalla cura in concreto dell'interesse pubblico) e sono certamente gravi sul piano delle possibili conseguenze economiche per i destinatari.

[2] Nella sentenza *Engel and Others v. the Netherlands* dell'8 giugno 1976, casi 5100/71, 5101/71, 5102/71, riguardante una sanzione militare classificata nei Paesi Bassi come disciplinare, la Corte di Strasburgo ha, per la prima volta, individuato una serie di criteri al ricorrere dei quali deve ritenersi esistente un'«accusa penale» nel significato convenzionale del termine: in primo luogo, occorre avere riguardo alla qualificazione che un dato illecito riceve nell'ordinamento nazionale (tale indicazione, però, ha solo un valore formale e relativo e costituisce solo un punto di partenza); in secondo luogo, viene in rilievo la connotazione intrinsecamente penale della sanzione prevista per tale infrazione, la quale deve avere natura punitiva, deterrente e repressiva; infine, occorre considerare la severità della sanzione. Peraltro, il secondo e il terzo criterio (vale a dire la natura della sanzione e il grado di severità della stessa, sono tra loro alternativi e non cumulativi: sicché, la severità-gravità può essere non necessaria ove la sanzione abbia in se stessa una natura deterrente e punitiva).

Copyleft – Ius Publicum

Inoltre, nel 2010 c'era stato un precedente specifico: la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva infatti qualificato in tal senso una sanzione dell'Autorità francese preposta a tutela della concorrenza[3].

Peraltro, in precedenza, sia pure non direttamente con riferimento al settore *antitrust*, anche la Corte di Giustizia del Lussemburgo aveva mostrato, almeno in un caso, di conoscere la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e di ritenerla vincolante nell'ordinamento europeo grazie alla natura di «*principi generali dell'ordinamento comunitario*» propria dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU: si fa riferimento alla sentenza sul caso *Spector Photo* del 2009 che aveva qualificato come "penale", nel significato convenzionale del termine, una sanzione inflitta dalla Commissione per il settore finanziario, bancario e assicurativo del Belgio[4].

Solo a seguito della sentenza Menarini, però, la posizione della Corte di Giustizia è divenuta del tutto inequivoca: in due pronunce del 2013 essa ha, da un lato, espressamente affermato la natura "penale", ai sensi dell'art. 6 CEDU, delle sanzioni *antitrust* irrogate dalla Commissione europea. E, dall'altro, si è interrogata sulla effettiva rispondenza del proprio sindacato su tali sanzioni al canone della «*full jurisdiction*», sull'assunto che «*Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale è un principio*

[3] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 dicembre 2010, caso 29613/08, *Compagnie des gaz de petrole Primagaz c. France*, par. 29-32, ove l'art. 6 CEDU è stato ritenuto applicabile all'ispezione dei locali di un'impresa, effettuata nell'ambito di un procedimento a tutela della concorrenza in vista dell'accertamento dei presupposti per la comminazione di una sanzione pecuniaria. In precedenza, cfr. inoltre, Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 giugno 2003, caso 32559/96, *Fortum Corporation v. Finland*, par. 40, ove l'applicabilità dell'art. 6 CEDU a un procedimento interno a tutela della concorrenza non è stata neppure contestata dalle parti (cioè, è stata ritenuta pacifica anche dal Governo finlandese).

[4] Corte europea di Giustizia, 23 dicembre 2009, causa C-45/08, *Spector Photo Group NV C. Commissie voor het Banck-Financie en Assurantiewezen* (CBFA), spec. par. 42, riguardante sanzioni amministrative inflitte dalla Commissione per il settore finanziario, bancario e assicurativo del Belgio a un cittadino di quel Paese accusato di *insider trading*.

Copyleft – Ius Publicum

generale dell'Unione europea oggi sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti dell'Unione europea corrispondente, nel diritto dell'Unione, all'art. 6, par. 1, della CEDU»[5].

Questi sviluppi confermano dunque l'estrema rilevanza pratica della previsione di cui all'art. 6 della CEDU e della relativa giurisprudenza di Strasburgo per il sistema di giustizia amministrativa italiano, oltreché, come si mostrerà, sul piano delle garanzie procedimentali che devono essere assicurate ai cittadini che siano incisi dall'esercizio di un potere amministrativo (sanzionatorio o di altro tipo).

A questo riguardo, è opportuno ricordare che l'Italia ha ratificato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo con la legge 4 agosto 1955, n. 848 e, soprattutto, che con due sentenze del 2007 la Corte costituzionale ha riconosciuto alle disposizioni della CEDU, come viventi nella giurisprudenza di Strasburgo, il valore di norme interposte che integrano il parametro costituzionale di cui all'art. 117, c. 1 Cost., nella parte in cui lo stesso impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali». In particolare, la Consulta ha precisato che la CEDU, in quanto fonte internazionale pattizia, è idonea a vincolare lo Stato italiano, ma non a imporsi direttamente

[5] Corte europea di Giustizia, 24 ottobre 2013, causa C-510/11 P, *Kone Oyj v. European Commission*, par. 20, e, in termini sostanzialmente analoghi, Corte europea di Giustizia, 18 luglio 2013, causa C-501/11 P, *Schindler Holding and Others v. Commission*, par. 36. Cfr., inoltre, da ultimo, Corte europea di Giustizia, Grande sezione, 14 novembre 2013, causa C-60/12, *Marián Baláž*, par. 47. È noto che molti dei diritti riconosciuti dalla CEDU trovano oggi corrispondenza nelle disposizioni della Carta europea dei diritti dell'uomo (Carta di Nizza) e, per tale via, sono stati trasposti nell'ordinamento comunitario. Per es., secondo quanto emerge dalle «*Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*», il «*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*» di cui all'art. 47, c. 2, della Carta di Nizza corrisponde al «*Diritto a un equo processo*» di cui all'art. 6 CEDU. Ora, poiché l'art. 52, c. 3, della Carta dei diritti dell'uomo introduce una clausola orizzontale disponendo che, in caso di corrispondenza tra i diritti riconosciuti da tale Carta e quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata dei primi «*sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione*», si può ritenere che l'art. 6 CEDU, nell'interpretazione che di esso dà la Corte di Strasburgo, sia già direttamente vincolante negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione. In argomento, M. D'Amico, *Article 47 - Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in W.B.T. Mock, G. Demuro (a cura di), *Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Carolina Academic Press, 2010, 289 ss.

Copyleft – Ius Publicum

sulle norme di legge interna. Ne consegue che il giudice, se ravvisa un contrasto tra una norma interna e una disposizione convenzionale, ha in primo luogo il dovere di tentare di risolvere tale contrasto in via interpretativa; ove ciò non sia possibile, egli non può disapplicare la norma interna (come è previsto nel caso di contrasto con norme comunitarie), ma deve sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla disposizione CEDU invocata e utilizzata come norma interposta.

In ogni caso, sono attualmente in corso le trattative per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU e, una volta completato tale processo di adesione, le norme di quest'ultima assumeranno, ove intervengano in fattispecie di interesse comunitario, l'indubbio rango di diritto dell'Unione europea[6].

Nel prosieguo, ci si soffermerà dunque sull'art. 6 CEDU cercando innanzitutto di ricostruirne il corretto ambito di applicazione per il diritto amministrativo: poiché rispetto alle questioni pubblicistiche la stessa ha una valenza innanzitutto sostanziale, si spiegherà, con qualche esempio, in che modo le garanzie dell'«equo processo» possano-debbano essere realizzate nel corso del procedimento amministrativo; in secondo luogo, premesso che il processo amministrativo diviene rilevante ai sensi 6 CEDU solo in quanto le garanzie da quest'ultimo previste non siano compiutamente attuate nella fase procedimentale, si esamineranno le conseguenze che tale previsione è idonea a produrre in sede processuale e, in specie, sul sindacato esercitabile dal giudice amministrativo italiano.

[6] Cfr., su questo tema, V. Zagrebelsky, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in http://www.europeanrights.eu, 2012; P. Mengozzi, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Dir. un. eur.*, 1910, 231 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Scopo di questo *report* è offrire una sintesi delle conclusioni a cui si è giunti in una più approfondita ricerca del 2012, dando conto dei principali sviluppi giurisprudenziali - della Corte di Strasburgo, comunitari e nazionali - che sono nel frattempo sopravvenuti[7].

2. LA PORTATA INNANZITUTTO SOSTANZIALE DELLA PREVISIONE SULL' «EQUO PROCESSO» DI CUI ALL'ART 6 CEDU: DIFFERENZE RISPETTO ALL'ART. 111 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA

Onde ricostruire il corretto ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU può essere utile un confronto con l'art. 111 della Costituzione italiana, ossia con la previsione che, nel nostro ordinamento, disciplina il cd. giusto processo.

Infatti, anche se talora le due disposizioni sono state ritenute equivalenti, la loro portata è, a ben vedere, molto diversa.

Ciò, innanzitutto sul piano oggettivo: l'art. 111 Cost. è, infatti, una norma di carattere processuale i cui primi due commi (in base ai quali «*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. // Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*») sono applicabili a qualsiasi esercizio di funzione giurisdizionale: civile, penale, amministrativa, costituzionale, tributaria.

[7] Cfr., se si vuole, M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; cfr., inoltre, su questi temi, anche se con una prospettiva non limitata al solo art. 6 CEDU, M. Pacini, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012, spec. 211 ss., e Id., *Diritti umani e pubblica amministrazione*, in *www.ius-publicum.com*, 2012; da ultimo, sul tema della conformità del sistema sanzionatorio italiano all'art. 6 CEDU cfr. F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014. Cfr., inoltre, le monografie di S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2008; e di C. Focarelli, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001.

Copyleft – Ius Publicum

Viceversa, l'art. 6 CEDU riguarda, stando al dato letterale, solo le controversie civili e penali con esclusione delle vertenze amministrative, tributarie e, in genere, pubblicistiche.

In effetti, originariamente i redattori della Convenzione europea dei diritti dell'uomo avevano convenuto di escludere le questioni pubblicistiche-amministrative dall'ambito di applicazione della norma sull' «equo processo», per il timore che eccessive garanzie potessero compromettere l'efficacia dell'azione amministrativa.

Tuttavia, almeno a far data dagli anni Settanta del secolo scorso, l'art. 6 CEDU ha assunto un rilievo fondamentale anche per il diritto amministrativo e, come si è anticipato, per il diritto amministrativo sostanziale prima ancora che per quello processuale: questo grazie all'attività interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha attribuito alle nozioni di «tribunale», di «accusa penale» e di «diritti e obbligazioni di carattere civile», contenute in tale disposizione, un significato "autonomo" (e fortemente creativo) rispetto a quello riconosciuto alle stesse nei singoli Stati membri del Consiglio d'Europa (cioè, negli ordinamenti degli Stati firmatari della CEDU)[8].

Così, innanzitutto, nell'interpretazione preferibile (anche se non sempre esplicitata dalla Corte) la parola «tribunale» è stata assunta in un'accezione sostanziale, avendo riguardo esclusivamente al profilo funzionale, cioè ai poteri esercitati in concreto da un dato soggetto pubblico più che ai suoi profili organizzatori: in particolare, tale nozione non fa necessariamente riferimento a un organo giurisdizionale di tipo classico integrato nella struttura giudiziaria di un Paese (né ad un organismo che abbia alcuni caratteri in comune con quelli di un giudice, quale potrebbe essere un'Autorità amministrativa indipendente); quel che conta è, piuttosto, il profilo funzionale, dovendosi guardare a quali poteri l'organo

[8] Cfr. G. Letsas, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009), e Id., *The Truth in autonomous concepts: How to interpret the ECHR,* in *Oxford Journ. Intern. Law,* 2004, 279 ss.; F. Sudre, *Le recours aux notions autonomies*, in F. Sudre (a cura di), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 93 ss.

Copyleft – Ius Publicum

eserciti in concreto. In questa accezione, «tribunale» diviene allora qualsiasi autorità pubblica, e dunque anche un'autorità amministrativa, che sia chiamata a decidere un'«accusa penale», ovvero che sia idonea a «determinare» (cioè a incidere significativamente e con efficacia vincolante su) un «diritto di carattere civile».

Pure queste ultime due nozioni sono state intese dalla Corte di Strasburgo in senso materiale e non formale.

Con riguardo alla nozione di «accusa penale», vengono oramai comunemente ricondotte alla stessa diverse misure di carattere punitivo e capaci di incidere pesantemente nella sfera soggettiva degli individui coinvolti, a prescindere dalla qualificazione (per es., come misure penali o amministrative) che ricevano in un determinato ordinamento[9]. Sicché, sono per es. attratte nella materia "penale", *ex* art. 6 CEDU, le sanzioni amministrative pecuniarie disciplinate in Italia dalla legge n. 689 del 1981: sia quelle più modeste derivanti dalla violazione di norme sulla circolazione stradale[10], sia quelle, ben più rilevanti, irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti[11].

Peraltro, anche una serie di provvedimenti di carattere interdittivo o ripristinatorio comunemente ritenuti, nel nostro ordinamento, espressione di un generico potere ablatorio preordinato alla cura in concreto dell'interesse pubblico possono, a certe condizioni,

[9] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Engel and Others v. the Netherlands*, cit.

[10] Cfr., tra le prime, Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1984, caso 8544/79, *Öztürk v. Germany*, § 53 ss.; con specifico riferimento all'Italia cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 novembre 1999, caso 35260/97, *Varuzza v. Italy*, concernente una modesta sanzione per eccesso di velocità pari a 62.000 Lire: da tale sentenza quale emerge bene che la Corte di Strasburgo non attribuisce un affettivo rilievo al criterio della gravità della sanzione e, più in generale, considera la gravità "in concreto", avendo riguardo anche a elementi come il reddito complessivo del destinatario o le sue condizioni di vita.

[11] Le leggi istitutive delle varie Autorità indipendenti contengono infatti un rinvio alla disciplina di cui alla legge n. 689 del 1981.

Copyleft – Ius Publicum

ricadere nella nozione di «accusa penale» di cui all'art. 6 CEDU[12]; ciò in quanto, secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo, i due requisiti del carattere punitivo e della gravità di una misura sanzionatoria sono tra loro alternativi e non cumulativi (anche se un approccio cumulativo è possibile quando l'analisi separata di ciascun criterio non permette di raggiungere conclusioni chiare circa l'esistenza di una «accusa penale»): per cui, da un lato, la gravità (i.e. severità) può non essere necessaria, ove una sanzione abbia in se stessa una inequivoca funzione deterrente e punitiva[13]; e, dall'altro, entro certi limiti, anche una misura nella quale il carattere afflittivo non sia prevalente (o addirittura manchi), ma che abbia conseguenze gravi per il destinatario, può essere considerata di natura "penale" e, quindi, ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU.

In altri termini, la Corte di Strasburgo mostra una pressoché totale insensibilità per le categorie nazionali (che vengono continuamente superate) nel momento in cui è chiamata a stabilire se una determinata misura afflittiva possa essere ritenuta "penale" ai sensi dell'art. 6 CEDU. Ciò in quanto, come talora espressamente affermato, la qualificazione

[12] Cfr., in tal senso, espressamente, Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, *Matyjec v. Polland*, § 55, riguardante la comminazione di misure di interdizione per dieci anni dai pubblici uffici e dall'esercizio di determinate professioni prevista dall'ordinamento polacco nei confronti di chi avesse reso false dichiarazioni in ordine alla sua passata collaborazione con il regime comunista. In tale sentenza, i giudici di Strasburgo hanno osservato che la severità del *malum* inflitto a fronte delle false dichiarazioni giustificasse la riqualificazione delle richiamate misure interdittive in senso "penale" *ex* art. 6 CEDU: «*It is true that neither imprisonment nor a fine can be imposed on someone who has been found to have submitted a false declaration. Nevertheless, the Court notes that the prohibition on practising certain professions (political or legal) for a long period of time may have a very serious impact on a person, depriving him or her of the possibility of continuing professional life. This may be well deserved, having regard to the historical context in Poland, but it does not alter the assessment of the seriousness of the imposed sanction. This sanction should thus be regarded as having at least partly punitive and deterrent character*».

[13] Cfr., per es., Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 febbraio 2005, caso 61821/00, *Ziliberberg v. Moldova*, par. 34, che ha ritenuto di natura "penale" una sanzione pecuniaria di pochi euro inflitta a uno studente per avere preso parte a una manifestazione non autorizzata sull'assunto che l'ammontare della stessa fosse comunque significativo rispetto al reddito del destinatario.

Copyleft – Ius Publicum

formale che una data sanzione riceva nell'ordinamento nazionale è vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia, laddove determini un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni della Convenzione e, dunque, conduca a un complessivo incremento delle garanzie per gli individui (l'autonomia della nozione di accusa penale opera, per così dire "a senso unico")[14]. Viceversa, il criterio formale non ha alcun valore laddove porti alla sottrazione di garanzie rispetto a fattispecie che, nella sostanza, applicando i criteri CEDU, tali garanzie reclamino (dunque, non rileva il fatto che l'ordinamento interno qualifichi una determinata sanzione come amministrativa o, addirittura, come misura non sanzionatoria se poi, in concreto, tale misura presenta significativi caratteri di afflittività).

D'altro canto, pure l'espressione «diritti di carattere civile», sempre contenuta nell'art. 6 CEDU, è considerata idonea a ricomprendere qualsiasi posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento di uno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, indipendentemente dalla qualificazione che essa riceva in tale sede: così, per es., viene considerata tale anche una posizione di interesse legittimo[15] e, più in generale, una

[14] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Engel and Others v. the Netherlands*, cit, § 81: «*The Convention without any doubt allows the States, in the performance of their function as guardians of the public interest, to maintain or establish a distinction between criminal law and disciplinary law, and to draw the dividing line, but only subject to certain conditions. The Convention leaves the States free to designate as a criminal offence an act or omission not constituting the normal exercise of one of the rights that it protects. This is made especially clear by Article 7. Such a choice, which has the effect of rendering applicable Articles 6 and 7, in principle escapes supervision by the Court. The converse choice, for its part, is subject to stricter rules. If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a "mixed" offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention*».

[15] Cfr. in tal senso, espressamente, Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 ottobre 2000, caso 33804/96, *Mennitto v. Italy*, § 27, relativa alla pretesa di un disabile di ricevere un contributo economico da parte dei competenti servizi sanitari locali.

Copyleft – Ius Publicum

posizione soggettiva che ricada, in base alla legislazione interna del singolo Paese, nell'ambito del diritto pubblico[16].

In realtà, i «diritti di carattere civile» individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sembrano avere un carattere essenzialmente patrimoniale, poiché attengono, perlopiù, o a pretese economiche direttamente vantate nei confronti della p.a. o, comunque, si configurano a fronte di provvedimenti amministrativi immediatamente incisivi sulla capacità del soggetto interessato di produrre reddito (per es., sono pacificamente ritenute idonee a "determinare" «diritti civili» le autorizzazioni all'esercizio di attività economiche

[16] Cfr., per es., Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 1978, *König v. Germany*, caso 6232/73, § 90 riguardante il potere dell'autorità amministrativa di revocare l'autorizzazione a condurre una clinica privata, nella quale si legge: «*If the case concerns a dispute between an individual and a public authority, whether the latter had acted as a private person or in its sovereign capacity is therefore not conclusive*». In tal senso anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1985, caso 8848/80, *Benthem v. the Netherlands*, § 34-35, nella quale si legge: «*The concept of "civil rights and obligations" cannot be interpreted solely by reference to the domestic law of the respondent State. Furthermore, Article 6 does not cover only private-law disputes in the traditional sense that is disputes between individuals or between an individual and the State to the extent that the latter had been acting as a private person, subject to private law and not in its sovereign capacity. Accordingly, the character of the legislation which governs how the matter is to be determined ... and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter ... are ... of little consequence: the latter may be an ordinary court, [an] administrative body, etc ... Only the character of the right at issue is relevant* ». Sull'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti amminsitrativi diversi da quelli sanzionatori cfr., tra i primi, P. Craig, *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, *Public law*, 2003, 753 ss.; C. Forsyth, *Procedural Justice in Administrative Proceedings and art. 6(1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Cambridge Law Journ.*, 2003, 244 ss.; F.J. Rodriguez Pontón, *Las articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Cizur Menor, Navarra, 2005. In Italia, S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, I, 173, 239 ss.; G. della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, 27 ss.; F. Goisis, *Garanzie procedimentali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1338 ss.; M. Cocconi, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1127 ss.; S. Mirate, *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. e previd.*, 2011, 542 ss., 554.

Copyleft – Ius Publicum

e i relativi atti di revoca e di annullamento[17]; i provvedimenti autorizzatori nel settore urbanistico-pianificatorio[18] e i provvedimenti concessori[19]; ma anche le sanzioni disciplinari che, in vario modo, impediscano o limitino l'esercizio di una determinata professione[20]).

Tuttavia, sarebbe sbagliato pensare che il criterio della patrimonialità abbia un rilievo esclusivo e generale: vi sono infatti fattispecie nelle quali tale profilo appare, se non assente, certamente presente solo in via indiretta (per es., la Corte di Strasburgo ha ritenuto di poter qualificare come «diritto di carattere civile» la pretesa di un individuo di accedere all'istruzione universitaria[21], nonostante la regolazione di tale servizio rientri le competenze pubbliche; quella a non subire discriminazioni nell'ambito di una gara per l'aggiudicazione

[17] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *König v. Germany*, cit., § 90; Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 ottobre 1987, caso 10426/83, *Pudas v. Sweden*, relativa alla revoca di una licenza per lo svolgimento del servizio di trasporto interurbano su determinate tratte cittadine.

[18] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 febbraio 2004, caso 54039/00, *Morscher v. Austria*, relativa alla richiesta di un permesso di costruire: tale provvedimento è stato ritenuto idoneo a incidere su un «diritto di carattere civile» che, nella specie, era direttamente lo *ius aedificandi*.

[19] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 novembre 2006, caso 60860/00, *Tsfayo v. the United Kingdom*, riguardante la revoca della concessione d'uso di un alloggio popolare.

[20] Cfr., per es., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber*, 23 giugno 1981, casi 6878/75 e 7238/75, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, riguardante una sanzione disciplinare sospensiva comminata a un medico.

[21] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 settembre 2008, caso 9907/02, *Emine Araç v. Turkey*, § 20.

Copyleft – Ius Publicum

di un appalto pubblico[22] o, ancora, la posizione soggettiva di una persona sottoposta al regime di carcere duro per reati di mafia[23]).

In definitiva, l'interpretazione "autonoma", da un lato, della nozione di «tribunale», dall'altro, di «accusa penale» e di «diritti di carattere civile», ha consentito alla Corte di Strasburgo di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU ben oltre la materia civile e penale e ben oltre il piano processuale, fino a ricomprendere una molteplicità di procedimenti amministrativi (in genere disciplinati, nel nostro ordinamento, dalla legge n. 241 del 1990): sicché, in definitiva, è proprio nella fase procedimentale di irrogazione di una sanzione o di adozione di un altro provvedimento che un'autorità amministrativa è tenuta, in linea di principio, a rispettare le garanzie del diritto di difesa e dell'«equo processo»[24].

Pure sotto questo profilo, dunque, l'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU non coincide con quello dell'art. 111 Cost.: quest'ultimo, come si è detto, si configura infatti,

[22] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 luglio 1998, casi 20390/92, 21322/92, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, § 62.

[23] Così, per es., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber*, 17 settembre 2009, caso 74912/01, *Enea v. Italy*, §§ 97 ss.

[24] L'impostazione teorica delle sentenze della Corte di Strasburgo appare certamente debitrice della dottrina kelseniana sulla unità strutturale tra amministrazione e giurisdizione: cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Harward, 1945, 278, ove si legge «*there is nothing to prevent us from giving the public administration, insofar as it exercises a judicial function, the same organization and procedure as have the courts. Sanctions are coercive acts, and sanction inflicted upon individuals by administrative organs are certainly encroachments upon the property, freedom, and even life of the citizens. If the constitution prescribes that no interference with the property, freedom or life of the individual may take place except by "due process of law" this does not necessarily entail a monopoly of the courts on the judicial function. The administrative procedure in which a judicial function is exercised can be formed in such a way that it corresponds to the ideal of "due process of law"*».

Copyleft – Ius Publicum

anche rispetto al diritto amministrativo, come una norma (esclusivamente) sulla funzione giurisdizionale (e non sul procedimento amministrativo)[25].

Viceversa, l'art. 6 CEDU, che originariamente era ritenuto non applicabile al diritto amministrativo, è divenuto - grazie all'affermarsi di una visione meramente funzionale di giurisdizione - una norma rilevante, in prima battuta, per fattispecie pubblicistiche sostanziali (come si è detto, per la fase procedimentale amministrativa) e, solo in via eventuale ed *ex post*, anche per il processo amministrativo (cfr., *infra*, par. 4).

3. ART. 6 CEDU E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: IN PARTICOLARE, I PROCEDIMENTI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

Il tema della valenza innanzitutto sostanziale dell'art. 6 CEDU è probabilmente il profilo più interessante di tutta l'elaborazione della Corte europea di Strasburgo: l'idea (profondamente innovativa rispetto alla prospettiva nazionale) è, infatti, che le garanzie del diritto di difesa e dell'«equo processo» debbano essere pienamente assicurate nel momento

[25] In tal senso è la posizione unanime della Corte costituzionale: cfr., per es., la pronuncia del 26 gennaio 2009, n. 20, in www.cortecostituzionale.it, punto 4 del *Considerato in diritto*, nella quale la Consulta, chiamata a vagliare la legittimità costituzionale delle norme sullo svolgimento degli esami di abilitazione alla professione di avvocato, nella parte in cui non prevedevano l'obbligo, per la Commissione d'esame, di motivare il voto numerico espresso in occasione delle prove scritte, ha escluso che potessero essere assunti come parametro di legittimità costituzionale gli artt. 24, 113 e 111 della Cost., in quanto riferiti alla sola fase processuale. Tale posizione è del resto stata riaffermata dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 30 settembre 2009, n. 20935 (si tratta del caso che poi è stato portato innanzi alla Corte di Strasburgo e che quest'ultima ha deciso con la sentenza *Grande Stevens* cit.), punto 5.2 della motivazione, ove si è ritenuto che il procedimento della Consob non violasse i diritti della difesa e la parità delle armi tra le parti proprio sull'assunto che le garanzie del giusto processo e della tutela dei diritti della difesa di cui agli artt. 24 e 111 Cost. non si applicavano al procedimento amministrativo.

Copyleft – Ius Publicum

in cui viene incisa la posizione soggettiva dell'individuo, a prescindere dalla forma e dalla natura che assumono l'atto e il procedimento tramite i quali si realizza tale violazione.

Ciò comporta, evidentemente, una trasformazione in senso accusatorio del procedimento amministrativo *sub specie* di piena parità delle armi tra le parti (le quali dovrebbero poter esporre le proprie ragioni e i mezzi di prova a sé favorevoli in contraddittorio, secondo il modello anglosassone della cd. *cross examination*), di chiara distinzione tra fase istruttoria e decisoria, di garanzia del principio di presunzione di innocenza, di piena accessibilità a tutti gli atti e ai documenti rilevanti, anche ove detenuti dalla pubblica amministrazione.

Questa impostazione è emersa chiaramente in alcune recenti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardanti i procedimenti sanzionatori di Autorità amministrative indipendenti francesi e italiane: tali sentenze hanno avuto, non a caso, una forte risonanza anche mediatica.

Con riguardo alle prime, fin dal 2009, con la sentenza *Dubus S.A. v. France*, nella quale era in discussione la conformità all'art. 6 CEDU del procedimento di irrogazione di una sanzione da parte della *Commission bancaire*, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la struttura organizzativa interna di quest'ultima, pur presentando una certa distinzione tra l'organo istruttorio-accusatorio (il *Secrétariat Général*) e l'organo decisorio competente ad adottare la sanzione (la *Commission*), non realizzasse una sufficiente separazione tra gli stessi: infatti, il *Secrétariat Général* (l'organo istruttorio) appariva in posizione servente rispetto alla *Commission* (l'organo decisorio) dalla quale riceveva istruzioni ed era controllato[26].

[26] Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.v. France*, § 60

Copyleft – Ius Publicum

Proprio per dare attuazione a tale sentenza, nel 2010 è stata creata in Francia una nuova autorità (l'*Autorité de contrôl prudentiel*) composta da due organi con funzioni chiaramente distinte e non più da una commissione unica[27].

La vicenda è particolarmente significativa, soprattutto ove si consideri che, a ben vedere, il *Secrétariat Général* non era dotato di una posizione di minore separatezza rispetto a quella che connota i funzionari svolgenti compiti istruttori nei procedimenti sanzionatori delle diverse Autorità indipendenti italiane: sicché, le censure mosse avverso l'organizzazione interna della *Commission bancaire* potrebbero, in gran parte, essere trasferite a queste ultime.

Peraltro, l'orientamento espresso nel caso *Dubus* ha esercitato una influenza determinante anche sulla giurisprudenza francese successiva, chiamata a pronunciarsi sul rispetto del richiamato principio di separazione con riguardo ad altre Autorità indipendenti. Per es., il *Conseil Constitutionel* ha, da ultimo, dichiarato l'incostituzionalità di diverse previsioni della legge istitutiva dell'*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes*, sull'assunto che le stesse *« n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité* »[28]. Poco prima, sempre il *Conseil Constitutionel* aveva invece ritenuto costituzionalmente legittime le previsioni in tema di procedimento sanzionatorio dell'*Autorité de la concurrence*, giungendo alla conclusione, dopo un'attenta analisi della relativa disciplina, che « *la saisine de l'Autorité de la concurrence n'opère pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction* »[29]

[27] Cfr. l'art. L. 612-4 dell'*Ordonnance* n. 2010-76 del 21 gennaio 2010.

[28] *Décision* n. 2013-331 QPC del 5 luglio 2013.

[29] *Décision* n. 2012-280 QPC del 12 ottobre 2012.

Copyleft – Ius Publicum

Tornando alla giurisprudenza di Strasburgo, quest'ultima, nel 2011, ha statuito che la procedura sanzionatoria di un'altra Autorità indipendente, la *Commission des opération de bourse* (COB) francese, non era conforme all'art. 6 CEDU, questa volta sotto il profilo del mancato rispetto del principio di pubblicità[30]: in particolare, la Corte europea ha ritenuto violata la norma sull'«equo processo» poiché, all'epoca dei fatti, il regolamento interno della COB non prevedeva la possibilità per l'accusato di richiedere un'udienza pubblica.

Sempre nel 2011, e di nuovo con riguardo alla medesima autorità, la sentenza *Messier* della Corte europea dei diritti dell'uomo ha infine precisato che la fase procedimentale di irrogazione di una sanzione deve rivestire un «carattere contraddittorio» e assicurare la parità delle armi tra accusa e difesa. Ciò significa, secondo i giudici europei, non solo che vi deve essere pieno accesso ai documenti e al fascicolo dell'accusa, ma che l'autorità inquirente, durante il procedimento sanzionatorio preordinato all'irrogazione di una sanzione, ha l'obbligo di comunicare alla difesa (cioè a colui che è sottoposto a procedura sanzionatoria) tutte le prove a carico e a discarico (lo deve fare in modo automatico), sollecitando il contraddittorio della controparte in modo da consentirle di influire effettivamente sull'esito della decisione[31].

Sebbene nel caso di specie la Corte di Strasburgo non abbia riscontrato una violazione del diritto di difesa, la regola (molto importante) ricavabile da questa sentenza è che la parità delle armi tra le parti dovrebbe, almeno ove vengano in rilievo sanzioni particolarmente pesanti (ossia idonee a incidere sin da subito e irrimediabilmente nella sfera soggettiva del destinatario), essere realizzata fin dalla fase procedimentale; e ciò, si badi, pure ove sia previsto un successivo riesame in sede giurisdizionale.

[30] Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2011, caso 30183/06, *Vernes c. France*, § 31.

[31] Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2011, caso 25041/07, *Messier v. France*, § 52.

Copyleft – Ius Publicum

In tali casi, infatti, anche una sentenza che successivamente annullasse o riducesse sensibilmente la pena inflitta non potrebbe far venire meno la grave afflizione già subita dal destinatario con conseguente violazione del principio di presunzione di innocenza sancito dall'art. 6, par. 2 CEDU[32].

Detto altrimenti, l'immediata esecutività che connota, nel nostro ordinamento, i provvedimenti amministrativi (anche sanzionatori) può confliggere con il principio di presunzione di innocenza ove una misura "penale", con effetti potenzialmente irreversibili, sia inflitta al cittadino in assenza di un equo procedimento-processo[33].

L'impostazione seguita dalla Corte di Strasburgo con riguardo alle Autorità indipendenti francesi è stata dalla stessa ribadita, da ultimo, nella recentissima sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, riguardante il procedimento sanzionatorio della Commissione nazionale per la società e la borsa italiana (Consob).

Anche in questo caso, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la suddetta procedura sanzionatoria, pur avendo a oggetto un illecito formalmente di tipo amministrativo, fosse volta a decidere una «accusa di natura penale»: ciò, in particolare, per via dell'indiscutibile grado di severità dell'impianto sanzionatorio (il massimo edittale della sanzione amministrativa pecuniaria è, infatti, di cinque milioni di euro, cui si accompagna, per gli esponenti aziendali, la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità, e, relativamente alle società quotate in borsa, la temporanea incapacità di assumere incarichi di direzione, di amministrazione e di controllo), nonché, per lo scopo chiaramente punitivo-

[32] Ai sensi di tale disposizione *«Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»*.

[33] In tal senso, espressamente, Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 luglio 2002, caso 34619/97, *Janosevic v. Sweden*, § 108, ove si legge: «*A system that allows enforcement of considerable amounts of tax surcharges before there has been a court determination of the liability to pay the surcharges is therefore open to criticism and should be subjected to strict scrutiny*».

Copyleft – Ius Publicum

deterrente (che si unisce a quello preventivo e riparatorio dei pregiudizi di natura finanziaria cagionati dalla condotta) della misura adottata.

Quanto ai vizi del procedimento, la Corte europea ha, all'unanimità, ritenuto in contrasto con l'art. 6 CEDU l'assenza di contraddittorio (in quanto la sanzione era stata inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti), la mancanza di un'udienza pubblica e, infine, l'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio a organi che, sebbene diversi, dipendevano comunque dallo stesso soggetto (il Presidente della Consob).

I giudici di Strasburgo hanno concluso che era pur vero che i ricorrenti avevano, nel caso di specie, beneficiato del controllo ulteriore da parte della Corte d'Appello di Torino, giudice certamente indipendente e imparziale; tuttavia, era mancata un'udienza pubblica presso la Corte medesima; né poteva valere a sanare tale vizio la circostanza che un'udienza pubblica si fosse poi svolta davanti alla Corte di Cassazione, attesa la limitatezza dell'orizzonte conoscitivo del giudice di legittimità.

Ora, la sentenza in questione - pur probabilmente un po' superficiale quanto alla affermazione dell'effettivo esercizio di «*full jurisdiction*» da parte della Corte d'Appello italiana (illuminante sul punto è la *opinion dissidente* espressa dai giudici Karakaş e Pinto de Albouquerque[34]), nonché inadeguata quanto a (la mancata considerazione de) il rilievo del principio di presunzione di innocenza rispetto ad una sanzione che, comunque, rimane immediatamente esecutiva ove anche sia impugnata in sede giudiziale (ma, del resto, non risulta che tale profilo fosse stato sollevato dalla difesa del ricorrente)[35] – rappresenta un importante passo in avanti per l'esperienza italiana: essa ha consacrato definitivamente l'inadeguatezza del sistema amministrativo inquisitorio di inflizione di sanzioni

[34] In particolare, i parr. 8-14.

[35] L'art. 6, par. 2, CEDU prevede infatti che «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata». Sulla declinazione di questo profilo nel campo delle sanzioni amministrative a tutela della concorrenza cfr. M. Bronckers and A. Vallery, *No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law*, in *World Competition*, 2011, 535 ss.

Copyleft – Ius Publicum

amministrative. Di quest'ultimo è stata affermata la - strutturale - incompatibilità con le esigenze della applicazione della pena necessariamente nell'ambito di un procedimento amministrativo paritario quale delineato dall'art. 6 CEDU[36].

4. L'ELEMENTO DI FLESSIBILITA' DEL SISTEMA: LA COMPENSAZIONE *EX POST* E LA «*FULL JURISDICTION*».

A questo punto, dovrebbe essere oramai evidente come l'applicazione dei principi dell'«equo processo» ai procedimenti amministrativi (sanzionatori e di altro tipo) comporti una serie di conseguenze dirompenti: a rigore, infatti, sarebbe pienamente conforme alle prescrizioni convenzionali solo un procedimento paragiurisdizionale, nel quale le parti si trovino in posizione di parità di fronte a un'autorità decidente terza rispetto a esse e, al contempo, indipendente dall'esecutivo e da ogni altra influenza esterna[37].

Tale modello è però molto lontano da quello proprio dei sistemi cd. "a diritto amministrativo" nei quali, a tacer d'altro, le connessioni dell'amministrazione con il potere

[36] Non è un caso che, da ultimo, con l'ordinanza n. 7567/2014, il Consiglio di Stato abbia imposto alla Consob di modificare il proprio procedimento sanzionatorio così da renderlo compatibile con i principi affermati nella pronuncia *Grande* Stevens. Per ulteriori riflessioni sulla sentenza *Grande Stevens v. Italy*, cfr. M. Ventoruzzo, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso* Grande Stevens e altri c. Italia, in *Riv. delle società*, 2014, 693 ss.; se si vuole, M. Allena, *Il caso* Grande Stevens *c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi convenzionali europei*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053 ss.

[37] In Italia, la più avanzata elaborazione del procedimento amministrativo come luogo di sottoposizione della p.a. a regole di garanzia e di partecipazione, anche tratte dal modello giurisdizionale, si deve a F. Benvenuti (tra i numerosi scritti dell'Autore cfr., almeno, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Scritti giuridici*, II, *Articoli e altri scritti (1948/1959)*, Milano, 2006, 1117 ss.) e alla fondamentale e innovativa opera di G. Pastori, *Introduzione generale*, in Id. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 12 ss., ora in Id., *Scritti scelti*, I *(1962-1991)*, Napoli, 2010, 81 ss.

Copyleft – Ius Publicum

esecutivo sono non solo normali, ma addirittura necessarie, perché portato del potere di indirizzo politico-amministrativo che spetta al Governo.

La Corte EDU pare ben consapevole di tale problematica e ha dunque adottato un approccio flessibile basato sulla considerazione unitaria del procedimento amministrativo e della successiva fase giurisdizionale: in sostanza, stando a tale impostazione, tutte le volte in cui non viene data concreta attuazione alle garanzie dell'art. 6 CEDU nel corso del procedimento amministrativo (ossia nella sede nella quale l'autorità amministrativa può decidere un'«accusa penale», ovvero incidere significativamente su un «diritto civile»), assume rilevanza la successiva fase processuale come luogo di possibile correzione, sia pure *ex post* e in via eventuale (cioè su ricorso della parte interessata), dei *deficit* di tutela che si siano verificati in sede procedimentale.

Così, per es., la carenza di indipendenza in capo a un organo amministrativo può essere "compensata" dall'indipendenza del giudice al quale sia possibile fare ricorso[38]. Analogamente, ove i diritti di difesa non abbiano trovato adeguata considerazione nel momento di esercizio della funzione amministrativa e, dunque, il procedimento non sia stato, in concreto, giusto e paritario (ossia, in estrema sintesi, non sia stato adeguatamente conformato ai canoni di pienezza del contraddittorio e di parità delle armi tra la parte privata e quella pubblica), deve essere il processo a rimediare a tali inadempimenti; ma, per avere questa capacità correttiva, quest'ultimo deve costituire (se ciò il ricorrente domanda) luogo di compiuto riesame della scelta amministrativa: la giurisdizione amministrativa deve

[38] Questa impostazione è emersa in modo molto chiaro fin dalla sentenza della *Grand Chamber* della Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 novembre 1995, caso 19178/91, *Bryan v. the United Kingdom*, riguardante un procedimento amministrativo di natura urbanistica volto ad accertare l'abusività di alcune costruzioni: in questo caso erano in gran parte presenti le garanzie richieste dall'art. 6 CEDU, visto che si trattava di un procedimento «*quasi-judicial*», ma il commissario del Governo, ossia l'organo amministrativo decidente, era privo di reale indipendenza dall'esecutivo, poiché quest'ultimo poteva, in ogni tempo (anche a procedimento iniziato), sollevarlo dall'incarico. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che tale mancanza fosse compensata dalla possibilità di proporre ricorso a un organo giurisdizionale in senso stretto dotato dei necessari caratteri di indipendenza e di imparzialità.

Copyleft – Ius Publicum

dunque essere "piena", nel senso di sostitutiva, perché altrimenti sarebbe incapace di offrire al cittadino l'effettiva possibilità di godere, seppure *ex post*, di adeguati diritti di difesa, rispetto a un'azione pubblica volta a comminare sanzioni afflittive o idonea a determinare i suoi «diritti di carattere civile».

Del resto, va detto che, quantomeno da un punto di vista logico, se la funzione giurisdizionale non fosse sostitutiva, le sue proprie garanzie non potrebbero, in linea di principio, sostituire e compensare quelle mancanti in sede procedimentale: in altri termini, l'idea della sostituzione *ex post* implica, si direbbe necessariamente, la possibilità di un vero e proprio riesercizio del potere, in modo da assicurare che i diritti procedimentali siano rispettati in una fase che, per quanto successiva, sia davvero quella di assunzione della decisione[39].

Sicché, in definitiva, nell'idea della CEDU la regola è (e, in questo senso, non può che essere) quella della piena sostituzione, potendosi al più giustificare alcune eccezioni solo ove strettamente connesse (e giustificate dal) principio democratico o da altri obiettivi e invincibili ostacoli al sindacato giurisdizionale[40].

[39] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 gennaio 2004, caso 73797/01, *Kyprianou v. Cyprus*, 2004), par. 44, la quale ha statuito che la caranza di garanzie nella fase procedimentale deve essere sanata in sede giurisdionale ove il giudice deve godere di una «*full competence to deal de novo with the case*», assicurando una «*ab initio, independent determination of the criminal charge against the applicant*».

[40] Cfr., per un chiaro riferimento al necessario rispetto del principio democratico, Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 Novembre 2006, caso n. 60860/00, *Tsfayo v. The United Kingdom*, §§ 40 ss., secondo la quale «*when the decision turned upon questions of policy or "expediency", it was not necessary for the appellate court to be able to substitute its own opinion for that of the decision-maker; that would be contrary to the principle of democratic accountability*»; sicché, in questi casi, va salvaguardata la spettanza all'amministrazione dell'«*exercise of administrative discretion pursuant to wider policy aims*». Viceversa, «*when the decision turned upon a question of contested fact, it was necessary either that the appellate Court should have full jurisdiction to review the facts or that the primary decision-making process should be attended with sufficient safeguards as to make it virtually judicial*».

Copyleft – Ius Publicum

L'approccio della Corte europea è insomma certamente pragmatico e fondato, in linea di principio, sulla disponibilità a considerare non solo una singola fase, ma, in modo integrato, l'intero "procedimento" (amministrativo e giurisdizionale).

In questa prospettiva, o l'autorità amministrativa soddisfa essa stessa le esigenze dell'art. 6 CEDU, e allora un successivo controllo giurisdizionale potrebbe al limite (dal punto di vista della CEDU) non essere neppure previsto, ovvero, qualora ciò non accada, la decisione adottata in sede procedimentale deve almeno poter essere successivamente controllata da un organo giurisdizionale dotato, secondo la definizione della Corte europea dei diritti, di una «*full jurisdiction*», ossia della capacità di (ri)valutare tutte le decisioni amministrative impugnate o, almeno, quelle centrali per la definizione della controversia, visto che, come la Corte ha chiarito ancora da ultimo, «*where the reviewing court is precluded from determining the central issue in dispute, the scope of review will not be considered sufficient for the purposes of Article 6*»[41].

E ciò, a maggior ragione, ove vengano in rilievo questioni tecnicamente complesse: il punto è stato ben chiarito dalla Corte di Strasburgo in una serie di sentenze riguardanti procedimenti di vigilanza sul sistema bancario. Così, per es., nella pronuncia *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, concernente un complesso caso di assoggettamento di un'impresa bancaria a una procedura di insolvenza, la Corte europea dei diritti ha statuito che il giudice amministrativo cecoslovacco avrebbe dovuto esaminare le ragioni sostanziali alla base del provvedimento amministrativo, senza limitarsi a verificare il rispetto delle condizioni formali[42]. In altri termini, come meglio precisato nella sentenza

[41] In tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2011, casi 32181/04 e 35122/05, *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, § 157, riguardante l'irrogazione di sanzioni amministrative (anche di carattere pecuniario), da parte dell'Autorità di controllo delle telecomunicazioni di Cipro, nei confonti di una società che gestiva in quel Paese una stazione televisiva ("Sigma TV") e una stazione radio ("Radio Porto").

[42] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 ottobre 2003, caso n. 29010/95, *Credit and Industrial Banck v. the Czech Republic*, §§ 64-65; cfr., inoltre, i §§ 71-72, nei quali la Corte ha esplicitato che non poteva ritenersi conforme all'art. 6 CEDU un sistema nel quale «*the essential function of the national courts when deciding on*

Copyleft – Ius Publicum

Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic, il giudice avrebbe dovuto condurre un'analisi «*point by point*», su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti, al fine di stabilire se la banca si trovasse davvero in una situazione economica tale da giustificare l'amministrazione controllata, nonostante la evidente tecnicità di una simile circostanza[43].

In una successiva pronuncia, sempre riguardante la vigilanza sulla solidità del sistema bancario, la Corte di Strasburgo ha ulteriormente chiarito la sua posizione ricordando, a fronte dell'obiezione del Governo bulgaro in ordine alla impossibilità, per i giudici amministrativi, di rivedere l'intrinseco di sofisticate analisi finanziarie, che esistono almeno due strade per superare il problema del *deficit* di sapere specialistico dei giudici amministrativi: la nomina di un consulente tecnico, ovvero l'integrazione dei collegi giudicanti con specialisti tecnici[44]. Insomma, la tecnicità della fattispecie non esime dal pieno accesso ai fatti, primo e irrinunciabile significato del concetto di «*full jurisdiction*».

matters relating to entries in the Companies Register is to verify that the formal conditions laid down in the relevant legislation for making such entries have been fulfilled » e nel quale « *It is not the role of the courts to examine the substantive reasons for which the compulsory administration has been imposed or subsequently extended*».

[43] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, § 111: «*The Court reiterates that, in a given case where full jurisdiction is contested, proceedings might still satisfy requirements of Article 6 § 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts. By way of contrast, the Court found violations of Article 6 § 1 of the Convention in other cases where the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently*».

[44] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso n. 49429/99, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, § 113.

Copyleft – Ius Publicum

In sostanza, dal punto di vista CEDU, il contraddittorio sui fatti complessi dovrebbe essere realizzato almeno in una fase: se ciò non si verifica nel corso del procedimento, il difetto di paritarietà della fase procedimentale deve essere corretto in sede processuale, consentendo al giudice di sostituirsi pienamente alle scelte, anche opinabili, assunte dall'amministrazione. Quest'ultima, dunque, non può godere di una riserva di valutazione tecnica né nel corso del procedimento, né nel corso del processo: nel primo caso, non può esservi riserva rispetto al cittadino destinatario dell'esercizio del potere (che deve poter partecipare, in condizioni di parità, all'assunzione della decisione); nel secondo, non vi può essere riserva rispetto al giudice.

Gli esempi riportati non esauriscono certo la complessità del concetto di « *full jurisdiction* » utilizzato dalla Corte di Strasburgo: non si nega, infatti, che vi sono anche sentenze meno coraggiose e altre che si assestano su posizioni "di compromesso". Ciò, d'altro canto, mostra che la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo non ignora i delicati problemi che un sindacato sostitutivo comporta (se non altro perché gli Stati nazionali continuamente richiamano nelle loro difese la necessità di salvaguardare il "merito intrinseco" delle scelte amministrative e il fondamento democratico del monopolio della pubblica amministrazione sulle scelte discrezionali)[45].

Tuttavia, al di là dei toni non sempre identici che si ritrovano nelle diverse pronunce, ciò che si può notare è che l'idea stessa della «*full jurisdiction*» implica una pienezza di sostituzione del giudice all'amministrazione, esige cioè «*a tribunal having jurisdiction to examine the merits of the matter*»[46].

[45] Per una evidenziazione dei limiti del sindacato giurisdizionale delineato dalla Corte di Strasburgo cfr. J.C. Laguna de Paz, *Understanding the limits of judicial review in European Competition Law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2014, 203 ss.

[46] Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*, § 82.

Copyleft – Ius Publicum

5. IL SIGNIFICATO DELLA «*FULL JURISDICTION*»: GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E NAZIONALE A CONFORNTO

Come si è anticipato in apertura del presente lavoro, la giurisprudenza di Strasburgo in ordine alla natura sostanzialmente "penale" delle sanzioni amministrative aventi un carattere punitivo-afflittivo e il relativo insegnamento in punto di pieno accesso ai fatti (anche complessi) da parte dell'autorità giudiziaria hanno avuto un certo influsso anche nel diritto comunitario, specialmente con riguardo al tema delle sanzioni *antitrust* inflitte dalla Commissione per violazione degli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (*ex* artt. 81 e 82 del Trattato CE), i quali, rispettivamente, vietano le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune (art. 101), e puniscono l'abuso di posizione dominante (art. 102)[47].

Nelle sentenze più recenti del giudice comunitario la questione (del tutto centrale dopo la sentenza *Menarini*) del rilievo dell'art. 6 CEDU in materia sanzionatoria è stata affrontata soprattutto sotto il profilo della attuazione di un sindacato giurisdizionale che possa dirsi conforme al canone della «*full jurisdiction*» elaborato dalla Corte di Strasburgo. E, proprio sotto questo profilo, è registrabile una evoluzione significativa.

Per comprendere i termini del problema, occorre premettere che, ai sensi dell'art. 263 del TFUE, la Corte di Giustizia esercita, sugli atti della Commissione europea, un controllo di legittimità il quale implica la possibilità di decidere dei ricorsi «*per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei Trattati o di qualsivoglia*

[47] La potestà sanzionatoria della Commissione per violazione degli artt. 102 e 103 del TFUE resta disciplinata dall'art. 23, par. 2, del Regolamento (CE) n. 1/2003, ai sensi del quale «*La Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza, commettono un'infrazione alle disposizioni dell'art. 81 o dell'art. 82 del trattato*».

Copyleft – Ius Publicum

regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere»[48]. In materia sanzionatoria, tale controllo di legittimità è poi completato, ai sensi dell'art. 261 del TFUE, dalla previsione di una «*competenza giurisdizionale anche di merito*»; i caratteri di quest'ultima sono chiariti dall'art. 31 del Regolamento CE 1/2003, ai sensi del quale «*La Corte di Giustizia […] può estinguere, aumentare o ridurre l'ammenda o la penalità di mora irrogata*».

Ebbene, in alcune pronunce recenti, i giudici comunitari sembrano essersi avviati verso un riesame più penetrante dei presupposti tecnicamente complessi delle sanzioni *antitrust* irrogate dalla Commissione europea[49]. Soprattutto, con tre sentenze emanate l'8 dicembre 2011, la Corte europea di Giustizia è giunta a un tale risultato confrontandosi con lo *standard* di sindacato giurisdizionale richiesto dall'art. 6 CEDU[50].

Nei casi ora richiamati, a fronte del rilievo dei ricorrenti secondo cui «*la dottrina del "potere discrezionale" e della "deferenza giudiziaria" non dovrebbe più essere applicata oggigiorno, poiché il diritto dell'Unione è ormai caratterizzato dall'enorme importo delle ammende inflitte dalla Commissione, situazione spesso designata come trasformazione in senso penale de facto del diritto dell'Unione relativo alla concorrenza*»,

[48] Cfr., su questi profili, G.D. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, II ed., Milano, 2007, 697 ss..

[49] Cfr., per es., Tribunale di primo grado UE, 1 luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca AB*, e *AstraZeneca plc* c. Commissione europea, par. 33, riguardante la determinazione del mercato rilevante in relazione a una violazione del divieto di abuso di posizione dominante; nonché, Tribunale di primo grado UE, 28 aprile 2010, causa T-446/05, *Aman & Söhne* e *Cousin Filterie* c. Commissione, par. 31, sempre relativa alla definizione del mercato rilevante, ma ai fini dell'accertamento di un'intesa restrittiva. Cfr., su questo tema, M. Jaeger, *L'intensité du contrôle du Tribunal dans les affaires de concurrence soulevant des questions d'appréciation économique complexe*, in *European Review of Public Law*, 2012, 975 ss.

[50] Cfr. Corte europea di Giustizia, 8 dicembre 2011, *KME Germany* e *a.* c. Commissione Europea cause riunite C-272/09, C-386/10 e C-389/10.

Copyleft – Ius Publicum

essa ha statuito espressamente che il giudice «*non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione […] al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto*»[51]. In particolare, il giudice comunitario non dovrebbe mai astenersi dal «*controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica*», tra l'altro verificando «*non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza*», ma altresì accertando «*se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa*». Infine, egli deve valutare se tali dati «*siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono*»[52].

Da ultimo, nelle pronunce 18 luglio 2013, n. 501, sul caso *Schindler Holding Ltd* e 24 ottobre 2013 sul caso *Kone* (richiamate nel primo paragrafo del presente lavoro), la Corte di Giustizia ha preso atto che per godere di «*full jurisdiction*», il giudice europeo deve avere «*il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa da un organo di grado inferiore. L'organo giudiziario deve in particolare essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito*»[53].

Alla luce di tale premessa (si noti: la Commissione è organo inferiore rispetto alla Corte che su di essa esercita una funzione appellatoria e non meramente cassatoria) la Corte del Lussemburgo ha tratto la conseguenza che la «*competenza estesa al merito conferitagli dall'articolo 31 del regolamento n. 1/2003*», va intesa nel senso di conferire al giudice europeo il potere di «*sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di*

[51] Cfr. Corte europea di Giustizia, *KME Germany* e *a.* c. Commissione Europea, causa C-389/10, par. 109; C-386/10, par. 62; C-272/09, par. 102.

[52] Cfr. Corte europea di Giustizia, *KME Germany* cit., C-389/10, par. 121; C-386/10, par. 54; C-272/09, par. 94.

[53] Cfr. *Kone Oyj v. European Commission*, cit., par. 22, e *Schindler Holding and Others v. Commission*, cit., par. 35.

Copyleft – Ius Publicum

conseguenza, di sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta». Tuttavia, anche laddove sia stabilita una giurisdizione di mera legittimità (come per il sindacato sull'ammissione a programmi di *leniency* o comunque per i profili diversi da quelli sull'*an* e sul *quantum* della sanzione una volta accertato l'illecito), il giudice «*non può far leva sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione - al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto*»[54].

Insomma, in base a tali ultime sentenze, il sindacato sulle valutazioni tecniche complesse in sede comunitaria non sembra più essere esteso soltanto alla verifica dell'"attendibilità" delle stesse; ben più radicalmente, si riconosce invece al giudice il potere-dovere di esprimere, ove ciò sia richiesto, un giudizio di "condivisibilità" della valutazione effettuata dalla Commissione, con la conseguenza che, ove non ritenga che «*l'insieme dei dati rilevanti*» presi in considerazione sia idoneo a fondare gli esiti del giudizio tecnico complesso, da questo egli si deve discostare.

In queste pronunce, la discrezionalità tecnica della Commissione sembra dunque essere privata della capacità di costituire una comoda formula per aggirare la pienezza del sindacato giurisdizionale sulle sanzioni *antitrust*.

La Corte di Giustizia ha, cioè, delineato un sindacato del giudice comunitario ben più coerente con il modello CEDU: la regola non sembra più essere quella della discrezionalità come ambito almeno in gran parte riservato (ossia come "merito" amministrativo), bensì quella, opposta, della tendenziale pienezza del sindacato giurisdizionale. Almeno sul piano delle dichiarazioni di principio, infatti, si afferma a chiare lettere che la discrezionalità non può costituire un limite al compiuto accesso ai fatti, non solo complessi, ma anche opinabili, da parte dei giudici comunitari: insomma, volendo riprendere categorie processualistiche, si afferma la necessità di passare da un rimedio di tipo cassatorio a uno di tipo appellatorio.

[54] Corte europea di Giustizia, *Kone Oyj v. European Commission*, cit., par. 24.

Copyleft – Ius Publicum

Per quanto, naturalmente, quel che davvero conta non siano le formule astratte, ma la concretezza del riesame svolto dai giudici, non può sfuggire come questa impostazione sia del tutto esatta e quindi, potenzialmente, tale da rappresentare un reale punto di svolta[55].

Tuttavia, gli esiti ai quali è pervenuta Corte di Giustizia appaiono molto lontani dalla percezione che si ha, in Italia, del rilievo delle sentenze della Corte europea di Strasburgo (e del canone della «*full jurisdiction*» in esse richiamato) per il sindacato del giudice amministrativo.

In particolare, nel nostro Paese ha avuto una certa risonanza la vicenda decisa nella importante e già richiamata sentenza *Menarini*: ivi, pur con una motivazione non del tutto esplicativa, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che il controllo compiuto dal Consiglio di Stato per verificare la partecipazione di un'impresa farmaceutica a un'intesa restrittiva della concorrenza fosse stato adeguato, visto che il giudice amministrativo aveva proceduto a un esame autonomo dei fatti rilevanti e delle prove raccolte dall'Autorità, e, inoltre, aveva valutato la proporzionalità tra il *quantum* della sanzione e la gravità dell'apporto individuale dell'impresa all'intesa restrittiva: in altri termini, non soltanto il sindacato sulla misura della sanzione era stato pieno e sostitutivo, ma il giudice si era spinto a valutare se sussistesse o meno la condotta illecita (ossia la partecipazione all'intesa restrittiva)[56].

[55] Su questi profili cfr. l'ampia e documentata analisi di M. Siragusa, C. Rizza, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, 2013, 408 ss.

[56] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menarini dignostic s.r.l. c. Italie*, cit., §§ 63-67: «*La Cour note que dans le cas d'espèce, les juridictions administratives se sont penchées sur les différentes allégations de fait et de droit de la société requérante. Elles ont dès lors examiné les éléments de preuve recueillis par l'AGCM. De plus, le Conseil d'Etat a rappelé que lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, même si le juge administratif n'a pas le pouvoir de se substituer à l'autorité administrative indépendante, il peut toutefois vérifier si l'administration a fait un usage approprié de ses pouvoirs. De ce fait, la Cour note que la compétence des juridictions administratives n'était pas limitée à un simple contrôle de légalité. Les juridictions administratives*

Copyleft – Ius Publicum

A seguito di tale decisione, la giurisprudenza e una parte della dottrina hanno sostenuto che la Corte di Strasburgo avesse legittimato la piena conformità all'art. 6 CEDU del sindacato di legittimità del giudice amministrativo italiano come tradizionalmente inteso, ossia caratterizzato dal consueto limite del "merito amministrativo", riferibile, si noti, anche a valutazioni di carattere tecnico complesso[57].

In realtà, una lettura approfondita della sentenza *Menarini* non può prescindere dalla considerazione dei profili concreti che erano oggetto di esame: a ben vedere, in quel caso veniva in rilievo un'intesa restrittiva della concorrenza (peraltro, nei suoi profili non tecnicamente complessi) e il giudice amministrativo era chiamato a valutare il grado di partecipazione di un'impresa alla stessa. Si trattava, dunque, di profili che il giudice amministrativo italiano tende a sindacare pienamente probabilmente ritenendo che, in

ont pu vérifier si, par rapport aux circonstances particulières de l'affaire, l'AGCM avait fait un usage approprié de ses pouvoirs. Elles ont pu examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix de l'AGCM et même vérifier ses évaluations d'ordre technique. De plus, le contrôle effectué sur la sanction a été de pleine juridiction dans la mesure où le TAR et le Conseil d'Etat ont pu vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise et le cas échéant auraient pu remplacer la sanction (voir, a contrario, Silvester's Horeca Service c. Belgique, n° 47650/99, § 28, 4 mars 2004). En particulier, le Conseil d'Etat, en allant au delà d'un contrôle « externe » sur la cohérence logique de la motivation de l'AGCM, s'est livré à une analyse détaillée de l'adéquation de la sanction par rapport aux paramètres pertinents, y compris la proportionnalité de la sanction même. La décision de l'AGCM ayant été soumise au contrôle ultérieur d'organes judiciaires de pleine juridiction, aucune violation de l'article 6 § 1 de la Convention ne saurait être décelée en l'espèce».

[57] La posizione è chiaramente espressa da Cass., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Dir. proc. amm.*, 2012. È significativo che anche l'allora Presidente del Consiglio di Stato, Giancarlo Coraggio, nel suo discorso di insediamento (pubblicato in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*), 2012, 243 ss., 253, abbia dichiarato di condividere l'interpretazione data dalle Sezioni Unite della sentenza Menarini, rilevando che «Come è noto, è solo una opinione dissenziente (mi riferisco a quella espressa nella causa Menarini contro Italia) quella secondo cui, ai sensi dell'art. 6 CEDU, non sarebbero più giustificabili limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti del "*merito amministrativo*"».

Copyleft – Ius Publicum

questi casi, non vengano in rilievo scelte di carattere discrezionale, ma mere valutazioni di fatto[58].

Del resto, si tratta di questioni che attengono all'oggetto principale dell'accertamento compiuto dall'*Antitrust* (vale a dire la valutazione della condotta anticoncorrenziale), per cui, ove fossero ritenute in linea di principio escluse dal sindacato di legittimità (anche quando, come nella specie, prive di particolare complessità tecnica), quest'ultimo risulterebbe completamente inutile.

Si può ben ipotizzare che, viceversa, se in questione vi fosse stato un profilo in concreto ritenuto dal giudice amministrativo di merito amministrativo (come è, tipicamente, l'individuazione del cd. mercato rilevante che i giudici amministrativi evitano di identificare in via autonoma, mostrando una sostanziale passività rispetto alle determinazioni amministrative dell'Agcm), le conclusioni della Corte EDU avrebbero dovuto essere diverse: in tal caso, difatti, il ricorrente avrebbe avuto ragione a lamentare una violazione, in concreto, del principio della «*full jurisdiction*».

Al contrario, almeno da quanto emerge dalla richiamata sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché, soprattutto, dalla lettura delle relative pronunce nazionali, i fatti in questione attenevano, essenzialmente, non all'*an* della sussistenza di effetti anticoncorrenziali, ma, più semplicemente, al *quantum* (e, forse) anche all'*an*, della cooperazione della Menarini all'intesa restrittiva. Cioè, lo si ripete, a questioni del tutto consuete per il sindacato giurisdizionale, visto che, per es., si tratta del normale accertamento compiuto anche dal giudice penale in presenza di un reato commesso da più soggetti in concorso tra loro.

La lettura riduttiva che viene offerta della sentenza *Menarini* mostra dunque, senza bisogno di ulteriori commenti, la difficoltà per la nostra cultura giuridica di ammettere un

[58] In tal senso cfr., per es., di recente, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, in *Giustizia-amministrativa.it* (http://www.giustizia-amministrativa.it).

Copyleft – Ius Publicum

sindacato pieno e sostitutivo su scelte tecnicamente complesse[59]; e ciò nonostante tale impostazione si stia affermando, come si è visto, anche nell'ordinamento comunitario.

In particolare, nelle sentenze più recenti dei giudici italiani emerge ancora la tendenza a non distinguere nettamente la discrezionalità tecnica (intesa come valutazione di fatti complessi) da quella amministrativa (intesa come ponderazione di interessi alla luce dell'interesse pubblico)[60]: questo approccio è ben sintetizzato nella formula "discrezionalità

[59] Con riferimento al sindacato sulle sanzioni amministrative cfr., da ultimo, Corte di Cassazione, sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss., con nota di B. Giliberti, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, che ha ritenuto rientrasse nel cd. merito amministrativo la individuazione del mercato rilevante ai fini della irrogazione di una sanzione *antitrust*. In generale, una compiuta analisi degli orientamenti giurisprudenziali più recenti in tema di sindacato sulle valutazioni complesse della pubblica amministrazione si ritrova in G. Sigismondi, *Giudizio amministrativo e valutazioni riservate: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro it.*, 2014, III, 177 ss.

[60] L'individuazione di una chiara distinzione tra discrezionalità amministrativa e tecnica si deve, in Italia, a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 161 ss.; la tesi ha avuto un certo seguito in dottrina: tra coloro che riconoscono la piena autonomia delle valutazioni tecniche rispetto a quelle discrezionali (pur giungendo a conclusioni non sempre del tutto coincidenti in ordine alla sindacabilità delle stesse) cfr., almeno, senza pretesa di completezza, V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987, 247 ss., 307; F. Benvenuti, *Introduzione al tema*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 1 ss.; F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, *ibidem*, 107 ss., e Id., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, spec. 319 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, II, spec. 408 ss.; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; G. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 659 ss.

Copyleft – Ius Publicum

tecnica" che viene comunemente utilizzata e che riconduce a un'area di tendenziale insindacabilità intrinseca tutte le scelte amministrative complesse[61].

Per queste ragioni, potrebbe suscitare perplessità la posizione assunta dalla Corte di Strasburgo nel caso Grande Stevens: ivi, i giudici europei hanno ritenuto che il sindacato della Corte d'Appello italiana fosse sufficiente a sanare i vizi della fase procedimentale di irrogazione della sanzione da parte della Consob.

In realtà, nel caso di specie non risulta fossero in questione veri e propri poteri discrezionali, sicché il giudice ordinario poteva, in effetti, esercitare un riesame pieno e sostitutivo della pretesa sanzionatoria: tuttavia, come è stato ben notato nella *dissenting opinion* dei giudici Karakaş e Pinto de Albouquerque, tale riesame è stato poi sostanzialmente appiattito, negli esiti, alla opinione della Consob.

Si entra però qui in considerazioni sulla intrinseca giustizia e condivisibilità degli esiti del sindacato giudiziale che è questione all'evidenza diversa da quella dell'accettabilità del grado di sindacato esercitato alla luce del canone CEDU di «*full jurisdiction*». Insomma, un giudice può anche esercitare una «*full jurisdiction*» e, ciò nonostante, condividere (magari sbagliando) le tesi della p.a.

Ciò che invece non gli si deve consentire è di declinare il proprio sindacato in rapporto a pretesi profili riservati alla amministrazione, perché, altrimenti, verrebbe meno

[61] La tesi della riconducibilità delle valutazioni tecniche complesse alle scelte discrezionali in senso proprio, a lungo sostenuta in passato dalla giurisprudenza e dalla dottrina (cfr., per tutti, O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, spec. 365 ss., ed A. Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975; nonché, V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967), ha trovato, di recente, nuovi sostenitori: tra i principali, cfr. F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005; F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791 ss.; G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2011, 133 ss.

Copyleft – Ius Publicum

la possibile funzione correttiva *ex post* del procedimento giurisdizionale rispetto a quello amministrativo.

Alla luce di quanto si è sin qui detto, non sembra dunque ulteriormente ritardabile la presa d'atto della necessità di intendere in senso forte il principio di effettività della tutela al quale fa riferimento anche l'art. 1 del codice del processo amministrativo italiano (non a caso) rinviando ai «*principi della Costituzione e del diritto europeo*»[62]. Quantomeno, occorrerebbe iniziare ad utilizzare pienamente tutti gli strumenti già presenti nel Codice del processo amministrativo. Primo fra tutti, la giurisdizione di merito *ex* art. 134[63], che, come già notato dal giudice *Pinto De Albuquerque* nel caso *Menarini*[64], può in effetti consentire la realizzazione di una «*full jurisdiction*» ed oggi, si noti, riguarda il contenzioso su tutte le sanzioni amministrative pecuniarie devolute in giurisdizione amministrativa, con l'eccezione, soltanto, di quelle irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, che sono state riattribuite alla cognizione del giudice ordinario a seguito di recenti e discutibili scelte della Consulta[65].

[62] Per questa impostazione, da ultimo, E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 ss.

[63] L'art. 134, c. 1, lett. c), introduce una giurisdizione estesa al merito «*nelle controversie aventi ad oggetto: c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti*».

[64] *Opinion dissidente*, § 12: «*Une note optimiste pour terminer: l'interprétation "faible" des pouvoirs de contrôle des tribunaux administratifs sur les sanctions appliquées par les autorités administratives a été finalement supprimée par le nouveau code de procédure administrative, qui prévoit explicitement dans son article 134 alinéa c) la "juridiction étendue au fond" des tribunaux administratifs sur les sanctions administratives pécuniaires, y compris celles imposées par les autorités administratives indépendantes. Dès l'entrée en vigueur du nouveau code, les juges administratifs italiens pourront contrôler* in totum *les décisions d'application des sanctions administratives. Le législateur italien a reconnu l'erreur et s'est mis dans le droit chemin*».

[65] Cfr., per la Consob, la sentenza della Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162 e, per la Banca d'Italia, la recentissima sentenza del 9 aprile 2014, n. 4.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

ART. 6 ECHR: NEW HORIZONS FOR DOMESTIC ADMINISTRATIVE LAW

(December 2014)

Miriam ALLENA

SUMMARY

1. INTRODUCTION: «*FAIR TRIAL*» AND ANTITRUST ENFORCEMENT SYSTEM
2. THE PRIMARILY SUBSTANTIVE RELEVANCE OF THE «*FAIR TRIAL*»'S GUARANTEE PURSUANT TO ART. 6 ECHR: DIFFERENCES FROM ART. 111 OF ITALIAN CONSTITUTION.
3. ART. 6 ECHR AND ADMINISTRATIVE PROCEDURES: IN PARTICULAR, SANCTIONING PROCEDURES BEFORE INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES.
4. AN ELEMENT OF FLEXIBILITY OF THE SYSTEM: «*FULL JURISDICTION*» AS A FORM OF *EX POST* COMPENSATION.
5. THE MEANING OF «*FULL JURISDICTION*»: NATIONAL JURISPRUDENCE *VERSUS* ECJ'S CASE LAW.

1. INTRODUCTION: «*FAIR TRIAL*» AND ANTITRUST ENFORCEMENT SYSTEM

In 2011, the *Menarini* judgment issued by the European Court of Human Rights (ECtHR) held that a heavy administrative fine, issued by the Italian antitrust authority and sanctioning a pharmaceutical company for an alleged cartel, falls within the criminal-head of Art. 6 of European Convention of Human Rights (ECHR). This provision codifies the right to

Copyleft – Ius Publicum

a fair trial and in its § 1 provides that: «*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*».[1]

In the above mentioned case, the judges in Strasbourg clarified that article 6 ECHR, in principle, does not preclude a criminal sanction from being imposed by an administrative body, provided that, in such case, «*there is a possibility of appeal before a judicial body with full jurisdiction*».

The *Menarini* ruling ended a long debate concerning the applicability of the guarantees provided for under art. 6 ECHR to fines applied for antitrust law violations.

This outcome was not unpredictable: on the contrary, it was a well expectable one, especially considering the principles elaborated by the ECtHR case-law (starting from *Engel* judgment of 1976[2]). In fact, the administrative fine inflicted in the case mainly served for a

[1] See *Menarini Diagnostics s.r.l. v. Italy* (App. no 43509/08) (2011), ECtHR § 42. For a comment on this judgment see T. BOMBOIS, 'L'Arrêt Menarini c. Italie de la Cour Européenne des Droits de l'Homme – Droit antitrust, champ pénale et contrôle de pleine jurisdiction', 47 Cahiers de Droit Européen, 2011, 541; A.E. BASILICO, 'Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU', *Rivista telematica giuridica dell'associazione dei costituzionalisti*, n. 4/2011; M. BONCKERS, A. VALLERY, 'Business as usual after Menarini?', *Mlex Magazine*, 3(1), 2012, 44; M. ABENHAÏM, 'Quel droit au juge en matière de cartels?', *Revue trimestrelle de droit européen*, 2012, 117. Art. 6 ECHR § 1, second part, reads as follows: «*Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice*». The following paragraphs of this provision, specifically regarding criminal matters, identify a set of principles aiming at ensuring parties that a decision related to them is assumed in accordance with certain procedural guarantees.

[2] In the leading case *Engel and Others v. the Netherlands* (App. no 5100/71, 5101/71, 5102/71) (1976), ECtHR §§ 81-82, concerning a sanction (inflicted to some members of the armed forces) classified in the Netherlands as disciplinary, the Strasbourg Court identified three criteria in order to establish whether an offence is «*criminal*» in the sense of Art. 6 ECHR: the classification of the offence in the law of the respondent state (however, this

Copyleft – Ius Publicum

punitive and deterring purpose (although not entirely disjoint from a concrete pursue of public interest) and it was certainly serious as to the possible financial consequences.

Furthermore, another specific precedent was issued in 2010, whereby a fine inflicted by the French Antitrust Authority was classified as «criminal» by the ECtHR.[3]

Previously, the European Court of Justice (ECJ) had showed to be aware of the case law of the Strasbourg Court and to consider it binding for EU law by virtue of the rank of «*general principles of European Community Law*» of the fundamental rights codified by ECHR: indeed, in the *Spector Photo* case of 2009, the ECJ qualified as «*criminal*», within the meaning given to such word by the convention, an administrative fine applied by the Belgian Commission for Banking, Finance and Insurance.[4]

However, it was only as a result of *Menarini* judgment that the Court of Justice's position became fully clear: in two rulings of 2013, it affirmed, on one side, the criminal nature, pursuant of Art. 6 ECHR, of antirust fines inflicted by European Commission; and, on the other side (as «*the principle of effective judicial protection is a general principle of*

indication has only a formal and relative value and provides no more than a starting point); the nature of the offence; and the degree of severity of the penalty that the applicant risks incurring. The second and the third criteria are alternative and not necessarily cumulative but a cumulative approach can be adopted where neither criteria by itself is conclusive (see further par. 2).

[3] See *Compagnie des gaz de petrole Primagaz c. France* (App. no 29613/08) (2010), ECtHR §§ 29-32: in the case at stake, Article 6 ECHR was deemed to be applicable to some procedures brought by the Authority responsible for competition consumer affairs and fraud prevention in which the premises of the legal entity suspected of anti-competitive practices were searched for the purpose of verifying a possible antitrust breach. Previously, see *Fortum Corporation v. Finland* (App. no 32559/96) (2003) ECtHR § 40, where the applicability of Art. 6 to an antitrust procedure brought by the Finnish competition office was not challenged by the parties.

[4] See *Spector Photo Group NV C. Commissie voor het Banck-Financie en Assurantiewezen* (case C-45/08) (2009) § 42, concerning administrative sanctions inflicted by the Belgian Commission for Banking Finance and Insurance to Spector Photo Group SV (and one of his managers) for insider dealings.

Copyleft – Ius Publicum

European Union law to which expression is now given by Article 47 of the Charter of fundamental rights and which corresponds, in European Union law, to Article 6(1) of the ECHR») it wondered whether its judicial review was in accordance with the canon of «*full jurisdiction*».[5]

Therefore, these developments confirm the peculiar importance of Art. 6 ECHR and of Strasbourg jurisprudence for the Italian system of administrative justice, as well - as we will explain - in terms of procedural rights that must be secured each time that the exercise of administrative power is directly decisive for the citizens (i.e. it affects their individual sphere).

On this regard, it is worth mentioning that ECHR has been fully "incorporated" into Italian law since 1955, pursuant to Law no. 848 of 1955 which conferred to the Convention the status of a domestic legislative Act. Moreover, in 2007, the Italian Constitutional Court

[5] See *Kone Oyj v. European Commission* (case C-510/11 P) (2013) § 20 and, in similar terms, *Schindler Holding and Others v. Commission* (case C-501/11 P) (2013) § 36. Last, see *Marián Baláž, Grand Chamber* (case C-60/12) (2013) § 47. It is well known that most of the rights codified by ECHR are reflected by the corresponding rights of the Charter of Nice and, therefore, are already formally part of the EU legal system: for our purposes, suffice it to remember that, according to the «*Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights*», the «*Right to an effective remedy and to a fair trial*» enshrined in Art. 47, § 2 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union corresponds to the «*Right to a fair trial*», enshrined in Art. 6 CEDU. See further art. 52, § 3 of the Charter of Fundamental Rights according to which: «*so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection*». On this topic, see M. D'Amico, 'Article 47 - Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial', in W.B.T. Mock, G. Demuro (ed.), *Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Carolina Academic Press, 2010, at 289. In general, on the relationships between ECHR and EU Charter of Fundamental Rights see J.P. Costa, 'The Relationship between the European Convention on Human Rights and European Union Law – A Jurisprudential Dialogue between the European Court of Human Rights and The European Court of Justice', in http://www.echr.coe.int: «*Through Article 52 § 3 the Charter refers explicitly to the substantive provisions of the Convention. The European Convention on Human Rights will determine the minimum level of protection required under the Charter. Thus, the Convention will indirectly become part of European Union law and not just one of the elements of the general principles of that law*».

Copyleft – Ius Publicum

held that the Convention, as a living instrument, shall be considered as an integration to the Italian legal system and shall therefore be binding for the ordinary legislator, pursuant to art. 117, par. 1, of the Constitution providing that «*The legislative function is exercised by the State and the Regions, in compliance with the Constitution and the international and Community Law obligations*». A State or regional law in contrast with an established case law of the Court of Strasbourg is therefore unconstitutional, as it is constitutes a breach of Italy's international obligations.

Nonetheless, ECHR is expected to soon formally become a part of the EU legal system, by virtue of the accession by EU into ECHR. Therefore, ECHR obligations will also assume the specific supremacy-primacy recognized to EU law.[6]

In the following paragraphs, we will focus on Art. 6 ECHR by trying, preliminary, to identify its proper scope of application in the field of administrative law: since, as to public law matters, the relevance of this provision is primarily of a substantive nature, we will explain, with the help of some examples, the extent to which the guarantees of «*fair trial*» can be achieved during the course of administrative procedures; furthermore, given that Art. 6 ECHR is applicable to administrative trials only if the previous administrative procedure does not satisfy said guarantees, we will examine the impact of this provision on administrative trials and, more specifically, on the judicial review performed by administrative judges.

The aim of this report is to provide a summary of the conclusions previously expressed by this Author in a book written in 2012, along with the description of the main developments in the Strasbourg, EU and domestic case law occurred in the meantime.[7]

[6] See, on this topic, V. ZAGREBELSKY, 'La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo', http://www.europeanrights.eu (2012); P. MENGOZZI, 'Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH', *Dir. un. eur.* (1910) at 231.

[7] For further reference see M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo* (Napoli, 2012) where a more thorough analysis of the ECHR impact on the Italian administrative procedure and trial; see, further,

Copyleft – Ius Publicum

2. THE PRIMARILY SUBSTANTIVE RELEVANCE OF THE «*FAIR TRIAL*»'S GUARANTEE IN THE ART. 6 ECHR: differenCeS FROM art. 111 OF ITALIAN CONSTITUTION.

In order to reconstruct the proper scope of art. 6 ECHR it can be useful to make a comparison with art. 111 of the Italian Constitution, which – in the Italian legal system – codifies the so-called "due process of law" principle.

Even though sometimes these two provisions have been deemed equivalent, their purpose is, in fact, very different.

Said differences arise, firstly, as far as their respective subject-matters are concerned: indeed, Art. 111 of Italian Constitution governs only jurisdictional proceedings and its §§ 1 and 2 (whereby «*Jurisdiction is exercised through the due process regulated by law. All Court trials are conducted through adversarial proceedings and the parties are entitled to equal conditions before an impartial judge in third party position*») are applicable to any jurisdiction: either dealing with civil, criminal, administrative, constitutional or tax matters.

On the contrary, the literal interpretation of Art. 6 ECHR confirms that said provision only applies to cases involving «*the determination of civil rights and obligations*» or «*criminal charges*», therefore seemingly excluding administrative, tax and, most of all, public disputes.

M. Pacini, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche* (Milano, 2012) and Id., 'Human rights and public administration', *www.ius-publicum.com*, 2012. For a later contribution about the conformity of the Italian administrative sanctioning system with the ECHR see F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo* (Torino, 2014). On this topic, see also S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Milano, 2008); C. Focarelli, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione* (Padova, 2001).

Copyleft – Ius Publicum

In fact, the drafters of the ECHR probably decided to exclude administrative matters from the sphere of application of the «*fair trial*» rule, their main concern being that excessive guarantees could have jeopardized the efficiency of the administrative action.

However, since the Seventies of the last century, Art. 6 ECHR has gained a fundamental importance also in the field of administrative law and, as we have mentioned, for the administrative procedure (as opposed to administrative trial): this is mainly due to the circumstance that, over the years, the ECtHR has "redefined" the concepts included in Art. 6 ECHR, by adopting an autonomous convention meaning (i.e. independent from the categorizations employed by national legal systems of member States) of «*tribunal*», «*criminal charge*» and «*civil right and obligations*».[8]

For this reason, first of all, the term «*tribunal*» shall be interpreted in a substantive matter, having exclusive regard to the functional profile, i.e. to the powers *de facto* exercised by a public body, rather than to its organizational profiles: in particular, this concept does not necessarily refer to a classical judicial body integrated into the standard judicial machinery of the relevant country (or to a body which might have some features in common with a proper judge, such as, for example, an independent administrative Authority). In this perspective, «*tribunal*» can define any person whose functions are of a public nature and, therefore, also an administrative authority endowed with the power to decide a «*criminal charge*» or to «*determine*» (i.e. to being directly decisive and binding on the subjective situation) «*civil rights and obligations*».

Similarly, the ECtHR held that the notions of «*criminal charge*» and «*civil rights and obligations*» should also be construed in a substantive manner.

[8] See G. LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford, 2009) and 'The Truth in autonomous concepts: How to interpret the ECHR', *Oxford Journ. Intern. Law*, 2004, at 279; F. SUDRE, 'Le recours aux notions autonomies', in F. SUDRE (ed.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, at 93.

Copyleft – Ius Publicum

Therefore, the notion of «*criminal charge*» has been extended to certain punitive measures, capable of affecting the subjective sphere of the relevant individuals, irrespective of the classification (whether as criminal or administrative sanctions) given by the law of the contracting parties[9].

Accordingly, pecuniary administrative fines governed by Italian law no. 689/1981 fall within the criminal head of Art. 6 ECHR: and this is true for both fines imposed in relation to violations of traffic regulations[10] and for the more serious fines imposed by Independent Regulatory Agencies.[11]

However, even a number of administrative orders of an interdictory nature, commonly classified by domestic law as ordinary administrative decision restricting the legal position of the citizens for the purpose of pursuing the specific public interest can, under certain conditions, fall within the definition of «*criminal*» pursuant to Art. 6 ECHR,[12]

[9] See *Engel* cited above.

[10] One of the first cases related to traffic regulation was *Öztürk v. Germany* (App. no 8544/79) (1984) ECtHR § 53 ss.; with specific reference to the Italian system see *Varuzza v. Italy* (App. no 35260/97) (1999) ECtHR, where the applicant was fined 62.000 Lire for speeding. It is worth noting that the Strasbourg Court, when called to establish whether an administrative fine should be considered as «*criminal in nature*», considers the gravity of the sanction in relation to the economic situation and to the income of the defendant: for this reason, also a sanction that in absolute terms does not appear particularly severe can fall within the criminal-head of Art. 6 ECHR.

[11] The different Acts that regulate Italian independent Regulatory Agencies refer to Law no 689/ that represents the general legislative framework of any administrative fine in Italy.

[12] See, for example, *Matyjec v. Polland* (App. no 38184/03) (2006) where the ECtHR qualified as «*criminal*» the sanction of dismissal from public functions exercised (and the prevention from applying for the posts in question for a period of 10 years) applicable to anyone who had submitted an untrue declaration about his cooperation with the State's security services during the Communist regimes: «*It is true that neither imprisonment nor a fine can be imposed on someone who has been found to have submitted a false declaration. Nevertheless, the Court notes that the prohibition on practising certain professions (political or legal) for a long period of time may have a very serious impact on a person, depriving him or her of the possibility of continuing professional life. This may be well deserved, having regard to the historical context in Poland, but it does not alter the assessment of the seriousness*

Copyleft – Ius Publicum

because, according to a well established Strasbourg case law, the two requirements of punitive character and seriousness shall be considered as alternative and not necessarily cumulative (even though a cumulative approach can be adopted where separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a «*criminal charge*»).

As a result, on one side, seriousness is not an essential element, wherever a sanction is in itself punitive and deterrent in nature[13]; and, on the other side, even a sanction without any punitive and deterrent purpose can be «*criminal*» and therefore fall under Art. 6 ECHR in all cases when said sanction has serious consequences on citizens.

In other words, when facing the question as to whether a specific administrative decision can be «*criminal*» within the meaning of Art. 6 ECHR, the Court of Strasbourg decided to completely disregard national (domestic) categories. Indeed, formal qualification that certain acts received in their domestic legal system is conclusive only for the purpose of extending the applicability of ECHR provisions, so to increase the overall set of guaranties for the citizens (since the *Engel* decision the Court has mentioned the idea that «*the autonomy of the concept of "criminal" operates, as it were, one way only*»).[14]

of the imposed sanction. This sanction should thus be regarded as having at least partly punitive and deterrent character».

[13] See *Ziliberberg v. Moldova* (App. no. 61821/00) (2005) ECtHR § 34, concerning a fine inflicted to a student who had attended a demonstration unauthorized by public authorities: in this case the ECtHR affirmed the criminal nature of the sanction on the argument that «*the applicant was fined MDL 36 (the equivalent of EUR 3.17 at the time), which constituted over 60% of his monthly income and that he faced a maximum penalty of MDL 90 (the equivalent of EUR 7.94 at the time)*».

[14] As a consequence, if the applicable national law classifies the offence as «*criminal*», it is automatically as such also for the purpose of Art. 6. See *Engel* cited above, § 81: «*The Convention without any doubt allows the States, in the performance of their function as guardians of the public interest, to maintain or establish a distinction between criminal law and disciplinary law, and to draw the dividing line, but only subject to certain conditions. The Convention leaves the States free to designate as a criminal offence an act or omission not constituting the*

Copyleft – Ius Publicum

By contrast, formal criteria do not have any binding relevance if they lead to a limitation of the application of the Convention (this meaning that no particular relevance may be given to the circumstance that the domestic legal system qualifies certain sanctions as administrative or even does not recognize any nature as sanction to a given administrative order if and to the extent that the measure at issue is punitive in nature).

On the other hand, the same can be said of the wording «*determination of civil rights and obligation*» contained in Art. 6, which can covers any subjective position recognized by domestic legal systems also in cases when, pursuant to said systems, it falls within the administrative sphere: therefore, for example, a «*civil right*» within the meaning of the convention can also define legitimate expectations[15] or, most of all, public law rights[16].

normal exercise of one of the rights that it protects. This is made especially clear by Article 7. Such a choice, which has the effect of rendering applicable Articles 6 and 7, in principle escapes supervision by the Court. The converse choice, for its part, is subject to stricter rules. If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a "mixed" offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention».

[15] See *Mennitto v. Italy* (App. no 33804/96) (2000) ECtHR § 27, whereby the applicant claimed to receive from the local public health services an allowance recognized by the Regional Law to families taking care of disabled members of their household directly in their own homes.

[16] See *König v. Germany* (App. no 6232/73) (1978) ECtHR § 90, concerning the withdrawal of an authorization to run a medical clinic where the ECtHR said: «*If the case concerns a dispute between an individual and a public authority, whether the latter had acted as a private person or in its sovereign capacity is therefore not conclusive*». See also *Benthem v. the Netherlands* (App. no 8848/80) (1985) ECtHR §§ 34-35 where the ECtHR said: «*The concept of "civil rights and obligations" cannot be interpreted solely by reference to the domestic law of the respondent State. Furthermore, Article 6 does not cover only private-law disputes in the traditional sense that is disputes between individuals or between an individual and the State to the extent that the latter had been acting as a private person, subject to private law and not in its sovereign capacity. Accordingly, the character of the legislation which governs how the matter is to be determined and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter are of little consequence: the latter may be an ordinary court, [an] administrative body,*

Copyleft – Ius Publicum

In practice, «*civil rights and obligations*» as identified by the ECtHR seem to essentially have a monetary nature, as they mainly refer to pecuniary claim *vis à vis* public administrations or, in any case, regard administrative orders immediately affecting the capability of the recipient to produce income (for example, it is pacific that that the following may be qualified as administrative measures determining «*civil rights*»: permits required to carry out an economic activity and their revocations[17]; planning permissions[18], public concessions[19]; disciplinary procedure resulting in the suspension from medical or legal practice[20]).

etc. […] Only the character of the right at issue is relevant ». On the applicability of Art. 6 of administrative procedures see P. Craig, 'The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights', *Public law*, 2003, 753; C. Forsyth, 'Procedural Justice in Administrative Proceedings and art. 6(1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms', in Cambridge Law Journ., 2003, 244; F.J. Rodriguez Pontón, *Las articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Cizur Menor (Navarra), 2005. In Italy, S. Cassese, 'Le basi costituzionali', in Id. (ed.), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale* (Milano, 2003), I, 173, at 239; G. della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale* (Bologna, 2009) at 27; F. Goisis, 'Garanzie procedimentali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo', *Dir. proc. amm.*, 2009, 1338; M. Cocconi, 'Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo', *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1127; S. Mirate, 'The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU', *Resp. civ. e previd.*, 2011, 542, at 554 ss.

[17] See *König v. Germany*, cited above; *Pudas v. Sweden* (App. no 10426/83) (1987) ECtHR, concerning the withdrawal of a taxi traffic license to carry passengers on specified interurban routes.

[18] See *Morscher v. Austria* (App. no 54039/00) (2004) ECtHR, concerning a planning permission: in this case the administrative act at issue has been thought to affect a «*civil right*», in particular, the *ius aedificandi*.

[19] See *Tsfayo v. the United Kingdom* (App. no 60860/00) (2006) ECtHR, concerning the withdrawal of an housing accommodation.

[20] See *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, *Grand Chamber* (App. no 6878/75 and 7238/75) (1981) ECtHR, concerning a suspension, for disciplinary reasons, from medical activity.

Copyleft – Ius Publicum

However, the economic nature of the rights concerned is not always required: there are some cases whereby this profile is only indirectly present (for example, Strasbourg Court held that «*civil rights*» include (a) the request of a student to be enrolled in the University, although the applicant's action is seeking the setting-aside of public-law regulations[21]; (b) the expectation of the bidder not to be discriminated in a public tender[22] and, also, (c) the claim concerning the restrictions to which the applicant was allegedly subjected as a result of his being placed in the special prison regime for membership of a mafia-type criminal organization[23]).

In conclusion, the "independent" meaning of «*tribunal*», «*criminal charge*» and «*civil right and obligations*» led the Strasbourg Court to extend the scope of application of Art. 6 ECHR well beyond the formal scope of criminal and civil law, as well as of criminal and civil procedural law: in fact, a large number of administrative procedures (regulated in Italian law by Act n. 241/1990) may be deemed to be covered by this provision. Therefore, it is during the infringement procedure or in any other kind of the administrative procedure that the guarantees descending from the fair trial right are to be enjoyed.[24]

[21] See *Emine Araç v. Turkey* (App. no 9907/02) (2008) ECtHR, § 20.

[22] See *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom* (App. no. 20390/92, 21322/92) (2008) ECtHR § 62.

[23] See, i.e., ECtHR, *Enea v. Italy*, *Grand Chamber* (App. no 74912/01) (2009) ECtHR §§ 97-98.

[24] In this sense, the ECtHR seems to have put in practice the famous observation of Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Harvard, 1945) at 278, according to which «*there is nothing to prevent us from giving the public administration, insofar as it exercises a judicial function, the same organization and procedure as have the courts. Sanctions are coercive acts, and sanction inflicted upon individuals by administrative organs are certainly encroachments upon the property, freedom, and even life of the citizens. If the constitution prescribes that no interference with the property, freedom or life of the individual may take place except by "due process of law" this does not necessarily entail a monopoly of the courts on the judicial function. The administrative procedure in which a judicial function is exercised can be formed in such a way that it corresponds to the ideal of "due process of law"*».

Copyleft – Ius Publicum

Also in this respect, thus, the scope of application of Art. 6 is not exactly the same as of the Art. 111 of Italian Constitution, this latter being a principle governing just the judicial phase (as opposed to the administrative one)[25].

On the contrary, Art. 6 ECHR, although originally deemed not applicable to the administrative law disputes, has started to apply, as a result of a functionalist concept of "jurisdiction", to substantive administrative matters (i.e. to the procedural phase) and, only ex post, to administrative trial (see *infra* par. 4).

3. ART. 6 ECHR AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE: IN PARTICULAR, SANCTIONING PROCEDURES BEFORE INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES

The applicability of art. 6 ECHR to administrative procedures is probably the most interesting manifestation of Strasbourg's case law: the idea that the guarantees of «*fair trial*» should be fully applied whenever the subjective position of a citizen is affected, regardless of the formal qualification of the ongoing proceedings, is really innovative for the Italian law system.

[25] This is the established position of the Italian constitutional Court: see, for example, judgment n. 20/2009, § 4 of the reasoning, in which the Court excluded the relevance of Art. 24, 113 and 111 of Constitution (i.e. the provisions regarding the 'fair trial') because allegedly applicable only to a trial: the case concerned the legitimacy of the Bar Examinations Act in which was not provided for the duty to give reasons about the result of the bar examination. This position was reaffirmed by the Supreme Court in the judgment 20935/2009 (concerning the same case then decided by the ECtHR in the *Grande Stevens* judgment), § 5.2 of the reasoning: in this case, the Court argued that the administrative sanctioning procedure of the Consob was in line with the standard of fair procedure and the equality of arms because Art. 24 and 111 of the Italian Constitution related exclusively to the trial.

Copyleft – Ius Publicum

This means that administrative procedures, such as sanctioning procedures, should be adversarial and should guarantee an equality of arms (i.e. the opportunity for the parties to have knowledge of and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party), a clear distinction among investigative and adjudicatory functions, the presumption of innocence, the availability for both parties of any relevant materials even where they are in the hands of public administration.

This approach became more evident in some recent decisions of ECtHR concerning fines imposed by French and Italian Independent Regulatory Agencies: those sentences have had, not surprisingly, a strong resonance even in the media.

In 2009, in the *Dubus S.A. v. France* judgment, concerning the conformity of the sanctioning procedure with Art. 6 ECHR, Strasbourg's Court held that the composition of the Banking Commission, even though showing a certain separation between prosecution (the *Secrétariat Général*) and adjudicating organs (the *Commission*), did not achieve / accomplish a clear distinction among them: in fact, the investigative organ appeared to be dependent on the adjudicatory body organ from which it received instructions[26].

As a way of implementing this ruling, in 2010, in France, a new Authority was created (the *Autorité de contrôl prudentiel*) with two clearly distinct organs[27].

This case is particularly significant, especially if we consider that investigating offices in the Italian Independent Authorities are not more distinct from the adjudicatory body than the offices in the French Banking Commission: as a result, the same objection raised against the latter seems to be equally persuasive in relation to the former.

[26] See *Dubus S.A.v. France* (App. no 5242/04) (2009) ECtHR, § 60

[27] See *Ordonnance* n. 2010-76, 21 of January 2010, Art. L. 612-4.

Copyleft – Ius Publicum

Moreover, the principle expressed by the ECtHR in the *Dubus* case has been largely reflected in the following French jurisprudence in relation to the meaning of the principle of separations of powers. For example, the *Conseil Constitutionel* recently declared the unconstitutionality of various provisions of the law on electronic telecommunications based on the argument that those last «*n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité*»[28]. Shortly before, the *Conseil Constitutionel* had considered some provisions concerning the sanctioning procedure of the Antitrust Authority (*Autorité de la concurrence*) as complying with the French Constitution and, after a careful analysis of the relevant discipline, had underlined that «*la saisine de l'Autorité de la concurrence n'opère pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction*»[29].

Coming back to the Strasbourg jurisprudence, it is worth noting that in 2011, the Court held that the sanctioning procedure of another Independent Regulatory Agency, the Stock-exchange Supervisory Authority (the *Commission des opération de bourse* - COB), was not in line with Art. 6 ECHR due to the lack of the public hearing[30].

Again in 2011, in the *Messier* case, the ECtHR clarified that the administrative phase of the sanctioning procedure of the COB shall be adversarial and in line with the principle of equality of arms. This means, according to the European judges, not only that the defense must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observation filed and the evidence adduced by the other party, but also that the prosecution authority should

[28] *Décision* n. 2013-331 QPC, 5 July 2013.

[29] *Décision* n. 2012-280 QPC, 12 October 2012.

[30] See 30183/06, *Vernes c. France* (App. no 30183/06) (2011) ECtHR, § 31.

Copyleft – Ius Publicum

automatically communicate all evidences to the defense, so as to facilitate the participation of the other party and its chance to influence the final decision.[31]

Even though in the specific case the Strasbourg Court did not assess any violation of Art. 6, it established a very important principle: the equality of arms shall already be ensured in the administrative procedure, at least when the sanctions at stake are serious and such to irreversibly affect the interest of the recipient; and this without any exception, i.e. although a judicial appeal is available.

In similar cases, in fact, even a subsequent judgment annulling the sanction would not be able to remove the serious damage inflicted to the recipient and, as a result, the principle of presumption of innocence would be violated[32].

In other terms, the immediate enforceability of the administrative acts, typical of our legal system, may be inconsistent with the principle of presumption of innocence whenever a sanction such to potentially create definitive consequences on the citizens is inflicted without any fair trial[33].

The approach taken by the Strasbourg Court in respect of the French Independent Regulatory Agencies has been reiterated, recently (on 4 March 2014), in the case of *Grande Stevens and Others v. Italy*, concerning certain administrative fines imposed by the Italian Companies and Stock Exchange Commission (CONSOB)

[31] See *Messier v. France* (App. no 25041/07) (2011) ECtHR, § 52.

[32] See Art. 6 ECHR, par. 2: «*Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law*».

[33] See, ECtHR, 23 luglio 2002, case 34619/97, *Janosevic v. Sweden*, § 108: «*A system that allows enforcement of considerable amounts of tax surcharges before there has been a court determination of the liability to pay the surcharges is therefore open to criticism and should be subjected to strict scrutiny*».

Copyleft – Ius Publicum

In this case, again, the ECtHR held that the administrative sanctioning procedure at stake was criminal in nature because of the gravity of the sanction inflicted to the defendants (the maximum penalty is equal to five millions Euros, plus, for the corporations listed in the stock market, the temporary ban of the individuals accused from the office of director) and of the deterrent and punitive purpose of the sanction inflicted.

As to the procedural deficits, the ECtHR unanimously declared that the lack of a proper adversarial procedure (because the sanction was inflicted based on a report not communicated in advance to the accused) the absence of a public hearing and the lack of an independent adjudicator (because investigative as well as adjudicatory powers were assigned to two offices, the Insider Trading Office and the Commission, that, although formally distinct, both belonged to the same Agency, acting under the supervision of the Chairman of CONSOB), clearly violated Art. 6,.

In the light of the above, Strasbourg judges concluded that the deficiencies of the administrative procedure could be "cured" by the possibility for the appellant to challenge CONSOB's decision before a court of law (the Corte d'Appello of Turin) that could be deemed «*organ of full jurisdiction*». However, no public hearing was available in front of Corte d'Appello and the public hearing in front of Supreme Court (Corte di Cassazione) did not suffice because this judge just deals with issues of law and does not decide on the merits of the case.

The judgment in question appears a bit superficial as to the finding that the Italian Court of Appeal exercised a «*full jurisdiction*» (see on this the dissenting opinion by judges Karakaş e Pinto de Albouquerque[34]), as well as inadequate as to the undervaluation of the principle of presumption of innocence in relation to a sanction that remains immediately

[34] In particular, paragraphs. 8-14.

Copyleft – Ius Publicum

executive (i.e. that continue to produce effects) once appealed before the Court (but this profile was never raised by the appellants)[35].

However, *Grande Stevens* case still represents an important step forward in Italy: in particular, this judgment has definitely consecrated the inadequacy of the Italian inquisitorial system of application of administrative sanctions. Indeed, the structural incompatibility of this inquisitorial system with the requirements of Art. 6 has been clearly declared[36].

4. AN ELEMENT OF FLEXIBILITY OF THE SYSTEM: «*FULL JURISDICTION*» AS A FORM OF *EX POST* COMPENSATION.

At this stage the magnitude and significance of the consequences triggered by the application of the Art. 6 principles to the administrative procedures should be apparent: strictly speaking, in fact, only a semi-judicial proceedings fully in line with the equality of arms principle and therefore with the adjudication power conferred to a third subject

[35] Art. 6(2) provides that a person «*charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to the law*». On this topic, with specific regard to the antitrust sanctioning system see M. Bronckers and A. Vallery, 'No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law', *World Competition*, 34, no. 4 (2011), at 535.

[36] See, lately, Cons. Stato, ord. 7567/2014, whereby the supreme administrative Court ordered Consob to amend its regulation on administrative fines so to make it consistent with the principles set forth in the Grande Stevens judgment. For a comment on this judgment, see M. Ventoruzzo, 'Do Market Abuse Rules Violate Human Rights? The Grande Stevens v. Italy case', *European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law working papers no 269/2014*, October 2014; further, if you like, M. ALLENA, 'Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi convenzionali europei', *Giorn. dir. amm.*, 11 (2014), at 1053.

Copyleft – Ius Publicum

independent of the executive, could be said to be in compliance with the ECHR's obligations.[37]

In other terms, we cannot forget that the protection of Art. 6 should start from the time a person is charged with a «*criminal*» offence or affected by other administrative decisions. In other terms, such a protection needs to be afforded already during the administrative procedure.

Nevertheless, such a model is clearly in contrast with the traditional structural features of administrative action, where the administrative procedures are based on the inquisitorial model without any clear distinction between investigatory and adjudicatory offices.

Being well aware of this issue, the ECtHR adopts a very flexible approach based on continuity between the administrative phase and following judicial phase: in few words, the judicial phase is capable of *ex post* curing the deficits of the previous administrative phase.

For example, the independence of the Court (before which administrative decisions can be challenged) is, in this view, capable of compensating the lack of independence on the part of the administrative organ which has issued the administrative decision.[38] Similarly,

[37] In Italy, the most advanced elaboration of the administrative procedure as an instrument safeguarding the citizens in a semi-judicial way is due to F. Benvenuti, 'Funzione amministrativa, procedimento, processo', *Scritti giuridici*, II, *Articoli e altri scritti (1948/1959)*, Milano, 2006, 1117 ss.) and the fundamental book of G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 12 ss., now in G. Pastori, *Scritti scelti*, I *(1962-1991)*, Napoli, 2010, 81 ss.

[38] This approach has got apparent since the *Bryan v. the United Kingdom* judgment (App. no 19178/91, *Grand Chamber*) (1995), concerning an administrative procedure related to a breach of the town planning regulation: some guarantees pursuant to art. 6 ECHR were available being the procedure quasi-judicial, but the Government Commissariat, i.e. the deciding organ, was not independent from the Executive, since the latter could always

Copyleft – Ius Publicum

whenever defenses' rights (i.e. adversarial procedure and equality of arms between public and private parts) are not ensured during the administrative phase, they can be provided during the judicial phase.

However, as a condition of this curative effect, the judicial phase needs to be (to the extent required by the appellant) a «*full jurisdiction*» one, i.e. one where the judicial review has to address the very "merits" of the administrative decisions. In other terms, the review of the administrative Courts needs to be «*full*» insofar as it is substitutive; otherwise, it would be impossible to provide a real guarantee for the citizens affected by the administrative action.

In fact, it is easy to agree that, from a logical point of view, without a substitutive judicial review, judicial guarantees cannot compensate / balance the deficits of the administrative procedure phase: in other terms, the *ex post* substitution implies, necessarily, the possibility of a re-exercise of a power by the judge; in this way, procedural rights are granted in a phase that, although subsequent, is devoted to a real decision.[39]

Exceptions to this fullness of jurisdiction are acceptable only in so far as strictly connected to democratic principle or other invincible reasons.[40]

dismiss him. Nonetheless, the Court deemed that such a lack of independence was compensated by the possibility of appealing in front of an independent and impartial Court.

[39] See *Kyprianou v. Cyprus* (App. no 73797/01) (2004) ECtHR § 44, whereby the Court explained that, if Art. 6 ECHR guaranties are not afforded in the procedural phase they must be assured in a judicial phase where the judge must have a «*full competence to deal de novo with the case*», ensuring an «*ab initio, independent determination of the criminal charge against the applicant*».

[40] See, for a clear reference to the democratic principle, *Tsfayo v. The United Kingdom* (App. no 60860/00) (2006) ECtHR, §§ 40-42, whereby «*when the decision turned upon questions of policy or "expediency", it was not necessary for the appellate court to be able to substitute its own opinion for that of the decision-maker; that would be contrary to the principle of democratic accountability*»; therefore, in these cases the exclusivity of the administrative competence to decide about how to pursue the public interest has to be ensured. By contrast «*when the decision turned upon a question of contested fact, it was necessary either that the appellate Court should have*

Copyleft – Ius Publicum

In other terms, the approach of the ECtHR is certainly pragmatic and based on the consideration of the whole proceeding (administrative as well as judicial ones): in this view, if the administrative authority meets the requirements of Art. 6 ECHR, a subsequent judicial review may even not be expected.

On the contrary, if a «*criminal*» sanction or another administrative act capable of affecting the subjective sphere of the citizens are adopted without respecting the guarantees of «*fair trial*», it is necessary that such decisions are subject to subsequent control by a judicial body that has «*full jurisdiction*» and provides guaranties of Art. 6 ECHR. This because, as clarified several times by Strasbourgjudges, «*where the reviewing court is precluded from determining the central issue in dispute, the scope of review will not be considered sufficient for the purposes of Article 6*»[41].

A fortiori, «*full jurisdiction*» is required in relation to complex technical assessments: this profile has been particularly underlined in two judgments about the supervision of the banking sector.

Among others, in the *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic case*, concerning the subjection of a Bank to an insolvency procedure, the Strasbourg Court held that the administrative judge should have examined the substance of the administrative decision without limiting its role to a review of formal aspects.[42]

full jurisdiction to review the facts or that the primary decision-making process should be attended with sufficient safeguards as to make it virtually judicial».

[41] See *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus* (App. no 32181/04 and 35122/05) (2011) ECtHR, § 157, concerning administrative sanctions (including fines) inflicted by the Cyprus Telecommunications Authority to a Radio Television company running a TV channel and a radio one.

[42] See *Credit and Industrial Banck v. the Czech Republic* (App. no 29010/95) (2003) ECtHR, §§ 64-65; see also §§ 71-72, where the Court said that was not in line with Art. 6 ECHR a system in which «*the essential function of the national courts when deciding on matters relating to entries in the Companies Register is to verify that the formal*

Copyleft – Ius Publicum

In other terms, as better explained in *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic* case, the judge should have examined «*point by point*» both the relevant elements of fact and of law, in order to establish whether the bank was in a such financial situation to justify the receivership, notwithstanding the technical nature of the issue at stake[43].

In a following judgment, still regarding the supervision on the solidity of the banking system, the ECtHR has further clarified its position; by replying to the Bulgarian government's objections on the alleged impossibility for the administrative judge to exercise a «*full jurisdiction*» on the imposition of the receivership, it explained that the deficit of specialization on the part of the judges can be addressed in two ways: either by appointing technical experts or by inserting in the panel specialized judges.[44]

In sum, the technical nature of a question does not exempt from an in-depth analysis of facts which represents the first and basic meaning of «*full jurisdiction*».

In other terms, in light of the ECtHR case law, an adversarial procedure on the controversial facts should be accomplished at least in one phase: in the event of non adversarial administrative procedure, violations of art. 6 should be compensated during the

conditions laid down in the relevant legislation for making such entries have been fulfilled » and in which « *It is not the role of the courts to examine the substantive reasons for which the compulsory administration has been imposed or subsequently extended*».

[43] See *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic* (App. no 72034/01) (2008) ECtHR, § 111: «*The Court reiterates that, in a given case where full jurisdiction is contested, proceedings might still satisfy requirements of Article 6 § 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts. By way of contrast, the Court found violations of Article 6 § 1 of the Convention in other cases where the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently*».

[44] See *Capital Bank AD v. Bulgaria* (App. no 49429/99) (2005) ECtHR, § 113.

Copyleft – Ius Publicum

trial, putting the judge in a position to replace the administration in its controversial choices. In any case, the administration cannot be given an exclusive power of examining complex technical issues.

The above examples do not exhaust he complexity of the concept of «*full jurisdiction*»: other judgments appear to be less courageous and sometimes a bit of a compromise.

On the other hand, this shows that the ECtHR jurisprudence does not ignore the complex issue arising from the principle of substitutive review: indeed, in their defenses member States often recall the necessity of safeguarding the intrinsic "merits" of administrative choices and the democratic foundation of the monopoly by the public administration on the discretionary powers[45].

Nevertheless, despite the peculiarities of the various judgments, what can be noted is that the very idea of «*full jurisdiction*» implies «*a tribunal having jurisdiction to examine the merits of the matter*».[46]

5. THE MEANING OF «*FULL JURISDICTION*»: NATIONAL JURISPRUDENCE *VERSUS* ECJ'S CASE LAW.

As said above, the ECtHR jurisprudence as to the criminal nature of the administrative sanctions (with all its implications on the full access to the facts) has influenced the ECJ case law with specific regard to the antitrust fines inflicted by the

[45] See, on this topic, J.C. Laguna de Paz, *Understanding the limits of judicial review in European Competition Law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, no.1, 2014, 203 ss.

[46] See *W. v. United Kingdom* (App. no. 9749/82) ECtHR, § 82.

Copyleft – Ius Publicum

European Commission pursuant to art. 101 and 102 of the TFEU (previously, Artt. 81 and 82 of EC Treaty) prohibiting cartels and abuse of dominant position.[47]

In the latest judgments, the problem of the significance of Art. 6 for administrative sanctions has been addressed primarily in connection with the implementation of a «*full jurisdiction*» review and on this respect an important evolution can be registered.

To fully understand the problem it is worth noting that, under Art. 263 of the TFEU, the Court is vested with a power of reviewing the legality of acts «*on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application, or misuse of powers*».[48] As to administrative sanctions, this review of legitimacy is completed by an «*unlimited jurisdiction*» whose features are explained in Art. 31 of Council Regulation no 1/2003 whereby «*The Court of Justice shall have unlimited jurisdiction to review decisions whereby the Commission has fixed a fine or periodic penalty payment. It may cancel, reduce or increase the fine or periodic penalty payment imposed*».

Indeed, in latest years, EU judges seem inclined to a more thorough review of the antitrust sanctions imposed by the European Commission, especially in cases where complex economic facts are involved.[49]

[47] The sanctioning power of the EU Commission for violation of Artt. 102 and 103 of TFEU is governed by Art. 23, § 2, of Council Regulation (EC) no 1/2003 according to which «*The Commission may by decision impose fines on undertakings and associations of undertakings where, either intentionally or negligently […] infringe Article 81 or Article 82 of the Treaty*».

[48] See, on this topic, G.D. FALCON, '*La tutela giurisdizionale*', in M.P. CHITI, G. GRECO (eds.), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale* (2007, Milano), II, 697 ss..

[49] See, for example, *AstraZeneca AB, e AstraZeneca plc* v. European Commission (case T-321/05) (2010), concerning the definition of the relevant market in relation to an undertaking's abuse of a dominant position, where the Court pointed out (§ 33): «*while the Community judicature recognises that the Commission has a*

Copyleft – Ius Publicum

In particular, the ECJ has implemented the standard of judicial review required by art. 6 in three recent judgments issued in December 2011.[50]

In these cases, as a reply to the argument raised by the appellants that «*the doctrine of 'margin of appreciation' and 'judicial deference' should now no longer be applied, since European Union law is now characterized by the huge fines imposed by the Commission, a development which is frequently described as the de facto 'criminalisation' of European Union competition law*», the ECtHR argued that the judge «*cannot use the Commission's margin of discretion […] as a basis for dispensing with the conduct of an in-depth review of the law and of the facts*».[51] In particular, EU Court should never «*refrain from reviewing the Commission's interpretation of information of an economic nature*», by establishing, among other things, «*whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in*

margin of assessment in economic or technical matters, that does not mean that it must decline to review the Commission's interpretation of economic or technical data. In order to take due account of the parties' arguments, the Community judicature must not only establish whether the evidence put forward is factually accurate, reliable and consistent but must also determine whether that evidence contains all the relevant data that must be taken into consideration in appraising a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it». See also *Aman & Söhne e Cousin Filterie* v. *Commission* (case T-446/05) (2010), § 54, concerning the definition of the relevant market in order to ascertain the existence of a collusive cartel and the consequent infringement of Art. 81 EC. See on this topic M. Jaeger, 'L'intensité du contrôle du Tribunal dans les affaires de concurrence soulevant des questions d'appréciation économique complexe', *European Review of Public Law*, 3/2012 at 975.

[50] See *KME Germany and Others* v. *European Commission* (cases C-272/09, C-386/10 and C-389/10) (2011).

[51] See *KME Germany and Others v*. *European Commission*, cases C-389/10, § 109; C-386/10, par. 62; C-272/09, § 102.

Copyleft – Ius Publicum

order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it».[52]

Furthermore, in *Schindler Holding Ltd* case (July 2013) and in *Kone* case (October 3013) referred above (§ 1 of the present work) the ECJ stated that the characteristics of a judge with «*full jurisdiction*» include «*the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below. The judicial body must in particular have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it*».[53]

Based on these premises (the Commission is an inferior organ on which the Court exercised a full jurisdiction), the ECJ concluded that «*the unlimited jurisdiction which it is afforded by Article 31 of Regulation No 1/2003*» empowers the European judge «*to substitute its own appraisal for the Commission's and, consequently, to cancel, reduce or increase the fine or periodic penalty payment imposed*». However, even where a review of pure legitimacy is established, as in the case of judicial review in the leniency program or as regards the assessment of other complex technical facts, the European Union judicature «*cannot use the Commission's margin of discretion as a basis for dispensing with the conduct of an in-depth review of the law and of the facts*».[54]

In short, according to these latest rulings, judicial review on the complex technical assessments by ECJ shall not solely be intended as a means to verify their reliability; on the contrary, the Court is required to analyze the very "shareability" of the Commission assessment, and thus review the Commission's interpretation of data of an economic nature.

[52]See *KME Germany and Others v. European Commission*, cases C-389/10, § 121; C-386/10, § 54; C-272/09, § 94.

[53] See *Kone Oyj v. European Commission*, cit., § 22 and *Schindler Holding and Others v. Commission*, cit., § 35.

[54] See *Kone Oyj v. European Commission*, cited above § 24.

Copyleft – Ius Publicum

In conclusion, these judgments lead to the conclusion that the concept of administrative discretion cannot any longer be instrumental to a limitation of the judicial review of antitrust fines.

Therefore, the judicial review recently developed by ECJ is much more in line with the ECtHR standards of «*full jurisdiction*»: in other terms, administrative discretion does not represent an area of immunity from judicial review any more, but, at least in principle, it is to be viewed as subject to a full judicial review. In fact, it is clearly affirmed that discretional power cannot prevent European Union judges from carrying out a full access to relevant facts: not only the complex ones but also the disputable ones.

Although, of course, what really matters is the concrete review carried out by the Courts (and not the abstracts formulas used), it should be noted that this approach is indubitably correct and represents a real turning point.[55]

However, the Strasbourg judgments and the «*full jurisdiction*» criteria have not had, so far, the same influence on Italian administrative judges.

In particular, in our country, the already mentioned *Menarini* judgment already had a certain resonance: here, Strasbourg judges held that the Italian Council of State exercised a «*full jurisdiction*» review of administrative fines (imposed by Italian antitrust authority sanctioning a pharmaceutical company for an alleged cartelon the ground that the court conducted an independent examination of the relevant facts and evidences gathered by the Italian antitrust authority and, further, evaluated the proportionality between the amount of the penalty and the seriousness of the company's individual contribution in the cartel. In other words, not only the review of the amount of the fine was fully substitutive, but also the judges

[55] See M. Siragusa, C. Rizza, 'Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze *Menarini*, *KME e Posten Norge*', *Giur. comm.*, 2013, 408.

Copyleft – Ius Publicum

directly assessed whether an illegal conduct (i.e. the participation in the cartel) was put in place.[56]

As a result of this case, Italian jurisprudence and some scholars maintained that ECtHR has allegedly recognized the full compliance with art. 6 ECHR of (by) the Italian administrative judge's judicial review as traditionally conceived: in other terms, it was argued that the traditional 'weak review' of administrative action when complex technical assessments are involved was in line with the statement of Strasbourg judges.[57]

Actually, a more thorough examination of the Menarini judgment cannot underestimate the specific material features of the case: a cartel was at stake (not involving

[56] See *Menarini dignostic s.r.l. c. Italie*, cited above, §§ 63-67: «*La Cour note que dans le cas d'espèce, les juridictions administratives se sont penchées sur les différentes allégations de fait et de droit de la société requérante. Elles ont dès lors examiné les éléments de preuve recueillis par l'AGCM. De plus, le Conseil d'Etat a rappelé que lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, même si le juge administratif n'a pas le pouvoir de se substituer à l'autorité administrative indépendante, il peut toutefois vérifier si l'administration a fait un usage approprié de ses pouvoirs. De ce fait, la Cour note que la compétence des juridictions administratives n'était pas limitée à un simple contrôle de légalité. Les juridictions administratives ont pu vérifier si, par rapport aux circonstances particulières de l'affaire, l'AGCM avait fait un usage approprié de ses pouvoirs. Elles ont pu examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix de l'AGCM et même vérifier ses évaluations d'ordre technique. De plus, le contrôle effectué sur la sanction a été de pleine juridiction dans la mesure où le TAR et le Conseil d'Etat ont pu vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise et le cas échéant auraient pu remplacer la sanction (voir, a contrario, Silvester's Horeca Service c. Belgique, n° 47650/99, § 28, 4 mars 2004). En particulier, le Conseil d'Etat, en allant au delà d'un contrôle « externe » sur la cohérence logique de la motivation de l'AGCM, s'est livré à une analyse détaillée de l'adéquation de la sanction par rapport aux paramètres pertinents, y compris la proportionnalité de la sanction même. La décision de l'AGCM ayant été soumise au contrôle ultérieur d'organes judiciaires de pleine juridiction, aucune violation de l'article 6 § 1 de la Convention ne saurait être décelée en l'espèce*».

[57] This position is clearly expressed by Cass., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Dir. proc. amm.*, 2012. Significantly, also the president of Council of State, Giancarlo Coraggio, in his inauguration speech confirmed his agreement with the interpretation of the Menarini judgment proposed by the Supreme Court (Corte di Cassazione): see *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, at 253.

Copyleft – Ius Publicum

technically complex facts) and the administrative court was simply required to assess the degree of participation of an undertaking to the cartel. This type of issues is commonly fully reviewed by Italian administrative judges, since they are deemed as mere factual issues, as opposed to discretional matters.[58] Indeed, these factual circumstances relate to the very object of the ascertainment carried out by the antitrust authority (i.e., the verification of the anti-competitive behavior), and therefore, wherever in principle excluded from any review of legitimacy (even where without any technical complexity) such a review would be totally ineffective.

We can well suppose that, on the contrary, in relation to a point really considered as "administrative merits" by the administrative case-law (as, for example, the identification of the relevant market that administrative courts tend to consider as falling within the autonomous assessment of the antitrust authority), conclusions by the ECtHR court would have been different: in such a scenario, in fact, the appellant could have claimed a breach of the full jurisdiction principle.

By contrast, based on the above mentioned judgment of the ECHR court and, most of all, from the concerned national judgments, the relevant facts regarded, essentially, the degree (and perhaps the existence) of cooperation by Menarini to the cartel, as opposed to the existence of anticompetitive effects.

In other words, the issues at stake fully matched the ones commonly reviewed by the judges. For instance, criminal judges commonly address this type of questions whenever a crime is contested to more coauthors.

The restrictive reading of the Menarini judgment, therefore, shows the difficulties that our scholars encounter in accepting the idea of «*full jurisdiction*».

[58] For example, see, recently, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, in *Giustizia-amministrativa.it* (http://www.giustizia-amministrativa.it).

Copyleft – Ius Publicum

Indeed, the leading opinion in Italian case-law and among scholars is that of a significant degree of deference (just consider, for example, the latest judgments issued by Supreme Court).[59]

In particular, in Italy, the very distinction between administrative discretion (*i.e.* the power conferred to public administration to compare the various interests -either public or private- and, finally, decide which of them has to prevail) and, respectively, technical one (that regards complex choices that do not involve public interest) is far from clear, at least in terms of judicial treatment.[60]

[59] With particular regard to sanctioning procedures, see, lately, Corte di Cassazione, *Grand Chamber*, 20 January 2014, no 1013 according to which the definition of the relevant market (in order to inflict an antitrust fine) is a matter of administrative merits that the judge can know only from the point of view of reasonableness and legitimacy (for a comment on this ruling see B. Gilberti, 'Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013', *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057). More in general, for a complete analysis of the latest judgments, see G. Sigismondi, 'Giudizio amministrativo e valutazioni riservate: alla ricerca di un punto di equilibrio', *Foro it.*, 2014, III, at 177.

[60] In Italy, the clear distinction between administrative discretion and technical assessments was clarified by M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* (Milano, 1939); on this path see, more recently, V. Cerulli Irelli, 'Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità', *Dir. proc. amm.*, 1984, at 463; F. Ledda, 'Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica', in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e garanzie* (Milano, 1987) at 247, 307; F. Benvenuti, 'Introduzione al tema', in V. Parisio (ed.), *Potere discrezionale e controllo giudiziario* (Milano, 1998), at 1; F.G. Scoca, 'Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità', *ibidem*, at 107, e Id., 'La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva', *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, at 1045; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo* (Padova, 2000) at 319; S. Baccarini, 'Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica', *Dir. proc. amm.*, 2001, at 80; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva* (Padova, 2001), II, at 408 ss.; A. Travi, 'Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni', *Dir. pubbl.*, 2004, at 439; G. D'Angelo, 'Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205', *Dir. amm.*, 2005, at 659.

Copyleft – Ius Publicum

In both cases, the Courts recognize the existence of an area of administrative (or technical) 'merits' which cannot be directly reviewed.[61]

For these reasons, the position of the Strasbourg court in the *Grande Stevens* case could be disappointing, where it held that the Corte d'Appello exercised a full jurisdiction review that was capable of curing, *ex post*, the deficits of the previous sanctioning administrative procedure.

In truth, in this case no discretionary powers were actually at stake, and thus the judge was in a position to exercise a complete review of the fine inflicted: nevertheless, as noted in the dissenting opinion by judges Karakaş and Pinto de Albouquerque, the Italian court showed to totally share Consob's findings.

Anyway, this approach, although not very persuasive and even a bit superficial, is not *per se* in contrast with the «*full jurisdiction*» canon. «*Full jurisdiction*», obviously, does not mean that Courts have always to disagree with the administrative findings, but that they need to be really prepared to substitute their view to the one expressed by the administration, whenever they disagree.

Indeed, the intrinsic "shareability" of the outcome of the national judgment is something completely different from the issue of the depths of the judicial review: a «*full jurisdiction*» may be well exercised even by a court that, erroneously, agreed with the opinion expressed by the administration.

[61] The argument that complex technical assessments can be assimilated to discretionary choices, supported for a long time in the past by both case law and scholars [see O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo* (Napoli, 1912) at 365, and A. Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile* (Milano, 1975); see further V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione* (Milano, 1967)] has been recently reaffirmed with new considerations by some scholars: see F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"* (Milano, 2005); F. Volpe, 'Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo', *Dir. amm.*, 2008, at 791; G.C. Spattini, 'Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale', *Dir. proc. amm*, 2011, at 133.

Copyleft – Ius Publicum

On the contrary, what is unacceptable in a «*full jurisdiction*» perspective is a deferential approach, by which Courts accept that certain profiles of the case are "reserved" to the administration.

In sum, in the light of the above observations, it is time to aknowledfge that the principle of effectiveness referred to by art. 1 of the Italian Code of administrative trials, which, significantly, mentions the «*principles descending from the Constitution as well as from the European law*» still needs to be implemented in our system.[62]

At least, we should start to fully implement the instruments made available by the administrative trial Code. First of all, the 'jurisdiction of merits' pursuant to art. 134 of the Code[63] that, as already noted by judge *Pinto De Albuquerque* in the *Menarini* case,[64] can in fact make a «*full jurisdiction*» possible with regard to every pecuniary fine subject to jurisdiction of the administrative courts, therefore, with the only exception of the fines inflicted by Consob and by Banca d'Italia, that are subject to ordinary court jurisdiction as a result of controversial intervention by the Italian Constitutional Court).[65]

[62] See, lately, E. Follieri, 'Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa', *Dir. proc. amm.*, 2014, at 685.

[63] Art. 134, § 1-c), provides that administrative judge must exercise a full review on the amount of the pecuniary administrative sanctions, even those inflicted by Independent Regulatory Agencies.

[64] *Opinione dissidente*, § 12: «*Une note optimiste pour terminer: l'interprétation « faible » des pouvoirs de contrôle des tribunaux administratifs sur les sanctions appliquées par les autorités administratives a été finalement supprimée par le nouveau code de procédure administrative, qui prévoit explicitement dans son article 134 alinéa c) la "juridiction étendue au fond" des tribunaux administratifs sur les sanctions administratives pécuniaires, y* compris celles imposées par les *autorités administratives indépendantes. Dès l'entrée en vigueur du nouveau code, les juges administratifs italiens pourront contrôler* in totum *les décisions d'application des sanctions administratives. Le législateur italien a reconnu l'erreur et s'est mis dans le droit chemin*».

[65] Cfr., per la Consob, la sentenza della Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162 e, per la Banca d'Italia, la recentissima sentenza del 9 aprile 2014, n. 4.

Copyleft – Ius Publicum