

**GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA, REGOLE E
COMPETITIVITÀ**

REPORT ANNUALE – 2013 - ITALIA

(Aprile 2013)

Dott.ssa Biancamaria RAGANELLI

INDICE

- 1. LE NUOVE ESIGENZE DI TUTELA DEL MERCATO E DEL CITTADINO**
- 2. L'EVOLUZIONE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**
- 3. IL RUOLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO COME GIUDICE DEL MERCATO. L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA E L'INFLUENZA COMUNITARIA**
- 4. EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEL CITTADINO INNANZI ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**
- 5. EFFICACIA DELLA GIUSTIZIA, ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E OBIETTIVI**
- 6. AUMENTO DELLA DOMANDA DI GIUSTIZIA, DURATA DEI GIUDIZI E PIENEZZA DELLA TUTELA**

1. LE NUOVE ESIGENZE DI TUTELA DEL MERCATO E DEL CITTADINO

Negli ultimi anni la giurisdizione amministrativa ha acquisito un ruolo importante nell'ordinamento giuridico e nelle dinamiche di mercato¹. Come giudice naturale dell'interesse pubblico nell'economia il giudice amministrativo interviene in settori che vanno dall'energia ai trasporti, dalle comunicazioni alle infrastrutture, in uno scenario sempre più aperto alle regole della concorrenza. Le decisioni giurisdizionali amministrative producono un impatto significativo sul sistema economico e sociale, con la conseguenza che modi e tempi del giudizio sono divenuti fattore di accelerazione dei cambiamenti, elemento di sviluppo e di competitività, di crescita e di modernizzazione del paese.

Il mancato riconoscimento, nelle norme giuridiche e nelle prassi giurisprudenziali e amministrative nazionali, delle "ragioni del mercato e dell'efficienza economica" sarebbe tra le cause dell'irrisolto difetto strutturale di produttività e competitività del sistema economico italiano². La durata dei processi ne sarebbe una dimostrazione, una delle cause dell'inefficienza della giustizia in senso lato, che può incidere negativamente sulla crescita economica del paese.

Considerazioni analoghe possono essere svolte sulla giustizia amministrativa, dove

¹ Il presente contributo costituisce il *report* di una più ampia attività di ricerca svolta dall'autore sul tema. Esso è stato elaborato per rispondere a criteri di sinteticità e snellezza del prodotto editoriale cui è destinato. Gli stessi riferimenti bibliografici in nota non hanno carattere di esaustività dell'ampia letteratura sul tema.

² Sul tema, da ultimo tra gli altri, M. BIANCO, S. ROSSI, *Il diritto, la giustizia, l'efficienza*, in S. ROSSI, *Controtempo. L'Italia nella crisi mondiale*, Roma-Bari, 2009, i quali si interrogano sulle cause, ipotizzando si tratti di un problema di domanda di giustizia, di offerta e di regole; B. RAGANELLI, *Efficiacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Giappichelli, Torino, 2012, nel quale si individuano alcuni tra gli istituti della giustizia amministrativa che hanno costituito recentemente oggetto di attenzione da parte del legislatore e/o della giurisprudenza, i quali evidenziano limiti di efficacia e distorsioni degne di nota.

l'aumento dell'offerta di giustizia conseguito all'attuazione dei Tribunali amministrativi regionali ha comportato una marcata crescita della domanda di giustizia, ma anche un notevole allungamento della durata dei processi, determinando una notevole sproporzione tra domanda di protezione e giustizia resa dal giudice amministrativo.

L'ultimo rapporto annuale della Corte europea dei diritti dell'uomo segnala l'Italia tra i paesi con maggior numero di casi pendenti. Negli ultimi anni l'economia italiana è cresciuta meno della media dei paesi dell'area dell'euro, in linea con le ultime due decadi. Il problema fondamentale riguarderebbe una bassa produttività e una ridotta competitività, indotta da un costo elevato del lavoro, da una tassazione onerosa sulle imprese, da una insufficiente attività di ricerca, sviluppo e innovazione.

La bassa produttività italiana dipende anche da un contesto ambientale normativo, regolamentare e burocratico poco efficiente, che non favorisce lo sviluppo competitivo. Nonostante i progressi compiuti con le riforme degli ultimi anni, le condizioni generali appaiono ancora penalizzanti nel confronto internazionale, come emerge dalla *survey Doing Business* elaborata da World Bank e dall'ultima relazione annuale della Banca d'Italia. Il quadro normativo rimane instabile e caratterizzato da scarsa chiarezza e coerenza.

Nonostante i programmi ambiziosi di riforma e semplificazione del quadro normativo e amministrativo avviati negli ultimi anni, si ritiene ci sia ancora molto da fare anche con riferimento alla qualità complessiva della regolamentazione che, nonostante alcuni progressi, rimane ancora non perfettamente in linea con il resto degli altri Paesi..

La pienezza della tutela assicurata al cittadino nei confronti dell'amministrazione e l'effettività della stessa anche in termini di impatto sulle dinamiche di mercato dipendono fortemente dagli obiettivi preposti alle scelte legislative adottate, oltre che dalle forme volute per il perseguimento degli stessi, nonché dal contributo interpretativo della giurisprudenza.

La recente evoluzione del sistema di giustizia amministrativa è stata ispirata dall'esigenza di ampliare la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione secondo il modello del giusto processo, senza tuttavia pregiudicare le altre

esigenze del mercato considerate meritevoli di tutela, che trovano esplicazione nel principio di economia processuale, di celerità di giudizio e di deflazione del contenzioso. Tuttavia, nonostante gli sforzi evidenziati, l'obiettivo di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione non può dirsi ancora completamente raggiunto. Permangono, infatti, situazioni che restano sprovviste di sufficienti garanzie. Diversi sono i casi o istituti, che evidenziano limiti di efficacia della giustizia amministrativa italiana rispetto alle esigenze di tutela piena del cittadino e degli operatori economici del mercato. Risulta ancora attuale l'osservazione secondo cui "per scarsa lungimiranza legislativa, per eccessiva determinazione giurisprudenziale, e forse anche per inadeguato interesse dottrinale, il nostro è ancora un sistema di giustizia amministrativa che aspetta di essere perfezionato e valorizzato"³.

2. L'EVOLUZIONE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

Negli ultimi anni il settore della giustizia amministrativa è stato oggetto di un'evoluzione che ne ha segnato positivamente i caratteri distintivi⁴. In particolare, in Italia essa si è evoluta notevolmente per effetto di ragioni diverse, in parte riconducibili a mutamenti che hanno interessato la stessa pubblica amministrazione italiana.

³ A. POLICE, *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 137).

⁴ C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. BATTINI, C. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B.G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI (a cura di), *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 166; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, *ivi*, p. 46. Sugli studi sul rapporto tra Costituzione e amministrazione, in particolare sui singoli profili dell'organizzazione, attività, funzioni, tutela dell'amministrazione e nei confronti della stessa presi in considerazione, esistono diversi scritti. Tra i più risalenti G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959.

Sul piano del diritto si è cercato di far fronte alle nuove mutate esigenze di tutela del mercato e del cittadino con una trasformazione della fisionomia del processo e delle connesse tecniche di tutela, il cui affinamento è stato promosso dalla stessa giurisprudenza amministrativa, tesa a garantire sempre più incisivi strumenti per fornire alla domanda di giustizia una risposta in termini di celerità ed effettività.

Gli interventi legislativi hanno nel tempo tentato di adeguarsi alle nuove esigenze e alle dinamiche economiche in una prospettiva di maggiore efficienza, cercando di coordinare la crescita del servizio giustizia con la ragionevole durata del giudizio, con l'economia e la concentrazione processuale e con il rafforzamento dei rimedi d'urgenza.

A lungo si è ritenuto che il rapporto tra amministrazione e giurisdizione fosse regolato dal principio della separazione dei poteri e la ricerca di una sintesi tra l'autorità della pubblica amministrazione e la libertà del cittadino trovava nel provvedimento l'unica espressione ritenuta giuridicamente rilevante nell'attività amministrativa. Ne conseguiva un processo amministrativo di impugnazione, rispetto al quale le altre forme di tutela assumevano un rilievo marginale e recessivo.

Rispetto a questo quadro oggi la pubblica amministrazione ha subito una profonda trasformazione: articolata in più centri di imputazione, a diversi livelli (statali, sopra nazionali, globali), caratterizzata da modalità di azione più complesse ed eterogenee, che si sostanziano in atti formali e in meri comportamenti anche di tipo omissivo.

Tuttavia, con il mutare della pubblica amministrazione nell'organizzazione e nelle modalità di azione, è mutato anche il modo di intendere il rapporto del cittadino nei confronti dell'amministrazione stessa. Ciò ha determinato un innalzamento delle esigenze di tutela e, di conseguenza, un ampliamento dei relativi strumenti, attraverso un processo evolutivo che ha interessato tre diversi profili riguardanti rispettivamente la giustizia sull'amministrazione, quella all'interno dell'amministrazione e quella cosiddetta alternativa.

Il sistema di tutela nei confronti della pubblica amministrazione è mutato per effetto di un progressivo ampliamento dei poteri del giudice amministrativo e

dell'evoluzione della disciplina in materia di giurisdizione e di processo. In questa prospettiva ha svolto un ruolo molto importante la giurisprudenza, in funzione di interprete del diritto, intervenuta spesso a colmare importanti lacune normative, di direzione e di indirizzo dell'amministrazione⁵. L'elaborazione delle norme da applicare al caso concreto hanno consentito la definizione di regole di portata generale e hanno contribuito a delineare gli istituti del diritto amministrativo. Per molto tempo, infatti, la giurisprudenza ha contribuito a dare ordine a un sistema amministrativo ancora non adeguato sotto il profilo normativo.

3. IL RUOLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO COME GIUDICE DEL MERCATO. L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA E L'INFLUENZA COMUNITARIA

In questo contesto, risulta mutato lo stesso ruolo del giudice amministrativo, non più solo giudice dell'amministrazione, ma giudice dei pubblici poteri, che interviene tutte le volte in cui venga esercitata una potestà pubblica, indipendentemente dalle posizioni giuridiche coinvolte.

Ne consegue che il ruolo del giudice diventa più articolato⁶. Il punto di arrivo dell'evoluzione legislativa in tema di giurisdizione esclusiva e di regolamentazione

⁵ Per una rilettura del ruolo della giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale, A. POLICE, *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 475 ss..

⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 230; ID., *La tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri*, in *Atti del VI convegno nazionale degli studiosi del processo civile*, Milano, 1970, p. 1630; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 234 ss.; P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1990.

economica finisce per attribuire al giudice amministrativo il ruolo di giudice del mercato, dei fallimenti del mercato e, dunque, della stessa regolamentazione economica, conferendogli una visione globale della particolare dialettica che caratterizza le relazioni giuridiche del nuovo diritto pubblico dell'economia⁷.

In questa prospettiva il giudice amministrativo ha contribuito, tra l'altro, all'allargamento della legittimazione processuale, consentendo l'accesso alla giustizia a un numero sempre maggiore di soggetti; a rafforzare la protezione degli interessi tutelati non solo oppositivi, ma anche pretensivi e a riconoscerne la risarcibilità; ad affermare il diritto a una tutela cautelare anche *ante causam*; a riconoscere la possibilità di traslazione del giudizio in caso di errore nell'individuazione del giudice adito (*translatio iudicii*); ad ampliare la possibilità di acquisizione di prove nella fase istruttoria e il controllo sull'esercizio dell'attività discrezionale dell'amministrazione attraverso l'individuazione di indici rivelatori del vizio di eccesso di potere; ad adottare sentenze di accertamento costitutivo e di condanna, accanto a quelle di annullamento.

Un ruolo altrettanto importante è stato svolto dal legislatore, il quale ha contribuito a formalizzare gli orientamenti consolidati in sede giurisdizionale. In questo modo alcuni indirizzi giurisprudenziali sono stati tradotti in legge, anche se in modo non sempre fedele, agevolando lo sviluppo del sistema giuridico anche per effetto del trapianto di principi di carattere generale da alcuni settori del diritto ad altri.

In particolare, la legge n. 205/2000 ha rappresentato un importante tentativo di riforma della giustizia amministrativa, che ha avuto il merito di estendere la giurisdizione esclusiva, attribuire al giudice amministrativo il potere di pronunciarsi su diritti patrimoniali consequenziali anche nelle materie non devolute alla giurisdizione esclusiva e sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, modificando la disciplina del

⁷ Sul punto, tra gli altri, M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm. Tar*, n. 10, 2003, p. 3149.

processo e introducendo misure per una più rapida definizione del giudizio. In quest'ultima prospettiva, anche al fine di assicurare una risoluzione tempestiva ed efficace delle controversie, il legislatore ha introdotto procedure giurisdizionali speciali in diversi settori dell'economia tra i quali le opere pubbliche, i servizi pubblici e le autorità amministrative indipendenti.

Il codice del processo amministrativo, entrato in vigore nel settembre del 2010 (Codice) e di seguito integrato dal d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, si pone nel percorso evolutivo tracciato, orientato ad accrescere gli strumenti e le modalità di tutela offerti a fronte della domanda di giustizia dei cittadini. L'introduzione di un'unitaria disciplina processuale è il risultato di un'operazione complessa e ambiziosa, che ha conferito organicità e sistematicità a un frammentato e lacunoso quadro normativo in gran parte risalente, permettendo al nostro ordinamento, in linea con i sistemi codificati di altri Paesi europei (Francia, Germania, Spagna), di adeguare la disciplina ai principi del "giusto processo" (art. 111 Cost.) anche sulla base delle indicazioni contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (artt. 6-13).

Infine, un contributo di valore non inferiore è stato quello rappresentato dall'influenza comunitaria. L'Unione europea come sistema integrato di ordinamenti nazionali necessita di forme di coordinamento.

4. EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEL CITTADINO INNANZI ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Il principio di *effettività della tutela* in senso comunitario comporta che debbano essere garantiti concretamente i diritti di tutti i cittadini europei nei confronti delle amministrazioni nazionali ed europee.

Un diritto europeo sempre più armonizzato impone una forma di coordinamento e di armonizzazione degli stessi sistemi di giustizia e delle regole di controllo giurisdizionale. In questo contesto, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto l'importante ruolo di

contribuire al formale riconoscimento di una serie di principi fondamentali, tra i quali quello di piena garanzia giurisdizionale dei diritti dei cittadini comunitari, il diritto ad una tutela risarcitoria nonché il potere di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con quelle comunitarie. Nella stessa prospettiva la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non solo detta una serie di diritti e libertà in materia di giusto processo, ma si preoccupa anche di garantirne l'effettività integrando gli ordinamenti nazionali attraverso regole finalizzate a tutelare interessi meritevoli di protezione con regole poste a garanzia dell'attuazione delle stesse (*enforcement*).

La nozione di effettività della tutela è stata oggetto di particolare attenzione in dottrina sul piano dell'interpretazione costituzionale e della politica del diritto. Si è sostenuto che il principio sostanziale che attiene alle situazioni tutelate è connesso all'interesse della collettività alla composizione operativa degli interessi: la tutela degli interessi dei consumatori ai beni della vita per essere piena deve avere una consistenza reale, effettiva, nei confronti delle imprese erogatrici, a prescindere dalla configurazione degli interessi stessi in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo⁸. Dalla previsione costituzionale che accomuna diritti soggettivi e interessi legittimi ai fini della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) e fornisce copertura costituzionale alle situazioni inerenti una serie di beni della vita, deriva che la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi è piena, pertanto non inferiore a quella dei diritti. Tuttavia, poiché la giurisdizione si è rivelata non sempre in grado di assicurare una tutela effettiva, in alcuni casi, essa è stata affiancata da altre forme di tutela.

La progressiva affermazione del valore della *pienezza della tutela*⁹ è uno degli

⁸ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* (III), in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 247; ID., *La tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri*, in *Atti del VI convegno nazionale degli studiosi del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 163 ss. Sul tema si veda anche E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nuovissimo digesto it.*, V, 1964, p. 268 ss.

⁹ La dottrina giuridica tradizionale si è a lungo occupata del tema. Tra gli altri C. VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Torino, 1937; E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo, considerazioni introduttive*, in *Noviss. Dig.*

effetti dell'evoluzione che ha interessato il settore della giustizia amministrativa negli ultimi anni e ne ha segnato fortemente i caratteri distintivi. Si è sostanzialmente passati dal principio dell'effettività della tutela a quello dell'integrale soddisfazione delle esigenze di tutela.

Tuttavia, nonostante l'evoluzione del ruolo del giudice amministrativo, divenuto giudice dei pubblici poteri che interviene tutte le volte che viene esercitata una potestà pubblica, la pienezza della tutela non sembra ancora raggiunta.

Come noto, negli ordinamenti giuridici nazionali la locuzione "giustizia amministrativa" fa solitamente riferimento al "complesso dei rimedi" apprestati dall'ordinamento al fine di assicurare la conformità dell'azione amministrativa alle leggi e ai principi generali del diritto, ivi inclusi i principi di ragionevolezza e di proporzionalità¹⁰. La locuzione esprime istanze diverse: da un lato, quella di fornire adeguati mezzi di tutela nei confronti dell'amministrazione; dall'altro, quella di assicurare il rispetto del diritto

it., XIII, *ad vocem*, Torino, 1966; F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, *ad vocem*, Milano, 1987; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo* Torino, 1994; S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990; ID., *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, II, Milano, 1987; E. FAZZALARI, *Sentenza civile* in *Enc. dir.*, XLI, *ad vocem*, Milano, 1989; C.E. GALLO, *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, *ad vocem*, Torino, 1996; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, *ad vocem*, Milano, 1997; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976; E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, *ad vocem*, Milano, 1987; A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; G.B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995; P. VIRGA, *Diritto amministrativo – atti e ricorsi*, II, Milano, 1999; ID., *La tutela giurisdizionale nei confronti della P.A.*, Milano, 1982; E. FERRARI, *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, *ad vocem*, Torino, 1989; A.M. SANDULLI, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, Napoli, 1963.

¹⁰ In tal senso M. NIGRO, *ult. op. cit.*, Bologna, 1976, p. 21. Può recentemente, F.G. SCOCA, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009.

cosiddetto obiettivo, garantendo legalità e adeguatezza all'azione amministrativa sotto il profilo dell'opportunità. Tale impostazione caratterizza l'ideologia e le strutture del cosiddetto Stato amministrativo¹¹ e oggi sembra presente anche in paesi originariamente privi di una normazione particolare per le amministrazioni pubbliche.

L'espressione giustizia amministrativa, oggi più che in passato, abbraccia sia i rimedi di tipo giurisdizionale, sia quelli di tipo non giurisdizionale, inclusi quelli extra-giurisdizionali. Il riferimento è innanzitutto a quei mezzi di tutela operanti all'interno della stessa amministrazione, come i ricorsi amministrativi, che risultano avere ampiezza ed efficacia variabili da paese a paese.

La progressiva influenza comunitaria sulle discipline nazionali in materia di giustizia amministrativa ha trovato espressione anche attraverso la valorizzazione di forme di *tutela non giurisdizionale*, in via amministrativa o affidate a organi esterni specializzati, nonché attraverso la previsione di forme di tutela nei confronti di atti non formalmente illegittimi, ma segnati da profili di cattiva amministrazione. In generale, non è preclusa la tutela giurisdizionale in senso stretto, nel pieno rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale che presuppone il diritto a un giudice indipendente e imparziale. Tale principio non viene in alcun modo posto in discussione.

I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (incluse le c.d. ADR e i ricorsi amministrativi), unitamente alle forme di mediazione e conciliazione di diritto pubblico, costituiscono oggetto di particolare attenzione, nella prospettiva delineata dalla stessa Unione europea di ampliare l'accesso alla giustizia, ma anche in considerazione dell'importante ruolo di deflazione del contenzioso, inteso come via d'uscita alla c.d. *litigation crisis*. Essi rientrano nel concetto procedurale di giustizia, intesa come risultato del procedimento che emerge in modo spontaneo dall'osservanza di determinate regole di

¹¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 1976, p. 27.

comportamento, in conformità al principio del *due process of law*¹².

Questa nuova impostazione non priva di importanza la tutela giurisdizionale. Come ricordato con particolare riferimento alle procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti, “nella misura in cui ai rimedi giurisdizionali se ne affiancano altri, volti ad assicurare un’adeguata protezione alle nuove domande che affiorano dal corpo sociale, la giurisdizione costituisce l’istituto saliente, ai fini della tutela, non più l’unico, nel senso che questa può esplicarsi in altre forme, potenzialmente più convenienti, per gli utenti e i consumatori”, ma anche per i cittadini in genere e gli operatori del mercato. Più convenienti perché più spedite e meno onerose in termini economici, oltre che gestite da appositi organi, dotati di competenze specifiche. D’altro canto, ciò impone necessariamente un mutamento di posizione dei giudici nell’ordinamento.

5. EFFICACIA DELLA GIUSTIZIA, ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E OBIETTIVI

Alla luce delle considerazioni esposte, ogni riforma normativa dovrebbe essere valutata anche in base ai suoi effetti in termini di efficacia, intesa come capacità della disciplina di raggiungere gli obiettivi preposti, e di pienezza della tutela assicurata al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. È in base al parametro dell’efficacia che dovrebbe essere analizzata la produzione normativa, senza tuttavia tralasciare le ragioni dell’efficienza economica.

Il principio di efficienza risulta implicito in quello di economicità richiamato dall’art. 1 della legge n. 241/1990, sia pure esprimendo un concetto più vasto relativo a profili ulteriori di valutazione dei costi e dei benefici rispetto a quelli meramente

¹² G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, Bologna, 2009.

contabilistici. Genericamente il termine allude all'abilità di raggiungere gli obiettivi preposti utilizzando la minima allocazione di risorse possibile¹³. Sussistono tuttavia molteplici interessi in gioco, che ostacolano la definizione di interventi efficaci.

L'art. 1 della legge 241/1990 dispone che l'attività amministrativa deve perseguire i fini determinati dalla legge e deve conformarsi ai criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza.

Il dibattito non riguarda solo il conflitto potenziale tra interessi privati e interessi pubblici, ma anche tra obiettivi cui dovrebbero essere preposte l'azione amministrativa da un lato e la giustizia dall'altro. Si pensi all'esigenza di assicurare maggiore partecipazione al procedimento (che varrebbe a rendere il procedimento più "democratico"), ovvero quella di favorire un più agevole accesso alla tutela giurisdizionale (che si ritiene possa garantire maggiore effettività di tutela), la cui soddisfazione finisce inevitabilmente per condizionare l'efficienza dell'attività amministrativa e quella della giustizia, finendo per impattare sulla durata stessa dei procedimenti¹⁴.

Si tratta di una sfida aperta, cui il legislatore è chiamato a far fronte, unitamente al contributo insostituibile della giurisprudenza¹⁵.

¹³ Sul tema, tra gli altri, A.M. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, in *Foro it.*, Roma, 1992; P. CHIASSONI, *Economic Analysis of Law. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, 1992,.

¹⁴ B. G. MATTARELLA, *Pubblica amministrazione e interessi*, in S. BATTINI, C. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B.G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI (a cura di), *op. cit.*, p. 132 ss.; M. D'ALBERTI, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2000, p. 1 ss. Sul rapporto tra attività amministrativa e mercato, in particolare sui mutamenti conseguenti all'estensione ai pubblici servizi dei principi in tema di concorrenza, G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. Quadrimestr. dei pubbl. servizi*, n. 2, 1999 p. 7 ss.

¹⁵ Sul ruolo svolto dai giudici in questo contesto e sul loro "legislative role", R.A. POSNER, *How judges think*, London, 2008,. Per una riflessione sull'ampiezza e la problematicità della discrezionalità del giudice nella decisione dei casi concreti, A. BARAK, *Judicial discretion*, 1989, Yale University Press, traduzione italiana

Si evidenziano, tuttavia, ostacoli, in parte riconducibili a scelte del legislatore poco coraggiose in alcuni passaggi importanti, e distorsive rispetto agli obiettivi perseguiti in altri casi indotte da alcune prese di posizione anelastiche della stessa giurisprudenza. Esse finiscono per incidere in modo significativo sulla pienezza della tutela assicurata nei confronti della pubblica amministrazione e sull'effettività della stessa in termini di impatto sulle dinamiche di mercato. Con riferimento a casi diversi si è parlato di “attacchi alla legalità amministrativa e perciò alla garanzia del cittadino”¹⁶. Un esempio emblematico è rappresentato dalla posizione del Consiglio di Stato a difesa della c.d. pregiudiziale amministrativa ribadita anche in seguito all'emanazione del Codice del processo amministrativo e l'espreso riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma¹⁷.

È richiesta al legislatore e alla giurisprudenza un'attenzione maggiore per le esigenze di celerità, di efficacia del giudizio e di economia processuale, in una costante valutazione dei costi-benefici per la collettività finalizzata al miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia complessiva del servizio giustizia complessivamente considerato.

In questo modo è possibile produrre importanti ripercussioni sul modo di operare della pubblica amministrazione, in una prospettiva nuova che superi le critiche di adesione a un modello di giurisdizione intrinsecamente “a-economica”, espressione di una funzione senza costo e senza tempo, in cui ogni singolo processo ha valore assoluto.

Il presupposto è che la pienezza della tutela assicurata al cittadino nei confronti dell'amministrazione e l'effettività della stessa anche in termini di impatto sulle dinamiche

dall'inglese, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995).

¹⁶ F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 177. Sul principio di legalità nell'ordinamento nazionale tra gli altri anche G. CORSO, *Il principio di legalità nell'ordinamento italiano*, in *Studium iuris*, n. 10, 2010, p. 1009 ss.

¹⁷ Per maggiori chiarimenti sull'opinione qui espressa sia consentito rinviare a B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, op. cit., 2012, infra cap. 1.

di mercato dipendono fortemente dagli obiettivi preposti alle scelte legislative adottate, oltre che dalle forme volute per il perseguimento degli stessi, nonché dal contributo interpretativo della giurisprudenza. L'evoluzione normativa e quella giurisprudenziale recente hanno cercato di adeguarsi alle rinnovate esigenze di tutela più volte citate, ma non sempre con successo. Diversi sono i casi o istituti, che evidenziano limiti di efficacia della giustizia amministrativa italiana rispetto alle esigenze di tutela piena del cittadino e degli operatori economici del mercato.

Emerge in molti casi un modello di responsabilità "limitata" della pubblica amministrazione, talvolta avvallato dalla stessa giurisprudenza, che non agevola il perseguimento di una tutela piena del cittadino e di un servizio giustizia efficiente ed efficace, ispirato ai principi di economia processuale di ragionevole durata del giudizio e di deflazione del contenzioso.

La responsabilità della pubblica amministrazione, delineata dal sistema delle azioni proposto dal Codice del processo amministrativo è il risultato di scelte di opportunità in alcuni casi discutibili, anche in considerazione del mancato o parziale riconoscimento di alcune specifiche azioni, dell'adozione di soluzioni poco chiare con riferimento all'autonomia dell'azione risarcitoria e dell'analisi del ruolo dei costi processuali nelle diverse azioni di responsabilità. Tali scelte finiscono per condizionare il riconoscimento della strumentalità delle azioni rispetto ai bisogni di tutela correlati alle situazioni giuridiche sostanziali e al riconoscimento del processo amministrativo come processo sull'atto, anziché sul rapporto.

Un esempio di limite di efficacia rispetto alle esigenze di tutela piena del cittadino e degli operatori economici del mercato è rappresentato dall'istituto della tutela cautelare *ante causam*, introdotto anche in Italia come strumento di protezione in via anticipata e provvisoria degli interessi del ricorrente che consente, nelle more della definizione del giudizio, di evitare il verificarsi di possibili danni conseguenti all'immediata produzione di effetti del provvedimento o del comportamento dell'amministrazione. Esso è ritenuto un elemento imprescindibile per la garanzia dell'interesse pubblico generale alla tutela effettiva contro il cattivo esercizio del potere pubblico e, per questo motivo, di recente ne è

stata estesa l'operatività all'intero processo amministrativo. L'istituto svolge un'importante funzione deflattiva del contenzioso e il suo potenziamento appare positivo nella prospettiva di un miglioramento dell'efficienza complessiva del servizio giustizia. La pronuncia sull'istanza *ante causam* consente di operare un giudizio preliminare sull'operato della pubblica amministrazione e, nel caso di rigetto ben motivato, scoraggiare l'azione giudiziaria. Tuttavia, se da una parte esso può limitare il rischio che le parti possano subire pregiudizio dall'esecuzione del provvedimento, non sempre pienamente riparabile dal giudizio di merito, dall'altro produce costi per la pubblica amministrazione e per la collettività di riferimento, in considerazione dell'operata sospensione del provvedimento. Come si avrà modo di evidenziare nel testo, la configurabilità di un'azione risarcitoria più efficace nei confronti della pubblica amministrazione potrebbe operare un'utile conciliazione delle contrapposte esigenze, senza privare di rilievo l'utilità dello strumento cautelare.

La materia dei contratti pubblici e delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici offre un altro caso particolarmente significativo. Il rito, recentemente riformato per effetto dell'intervento del legislatore comunitario è finalizzato ad approntare mezzi processuali efficaci e rapidi che garantiscano l'effettività della tutela giurisdizionale e il rispetto della disciplina comunitaria e nazionale. Sono stati previsti alcuni strumenti che, in nome di una tutela più piena, finiscono per limitare l'esigenza alla celere esecuzione dell'appalto e per aumentare potenzialmente il contenzioso. La previsione di un sistema di responsabilità migliore, che rafforzi la tutela degli operatori pregiudicati da un affidamento illegittimo, attraverso un'azione risarcitoria migliore, potrebbe contribuire a migliorare l'efficienza e l'efficacia complessiva del servizio giustizia e incentivare la pubblica amministrazione a svolgere meglio la propria funzione. Se la pubblica amministrazione fosse chiamata a rispondere pienamente della propria condotta, opererebbe in modo più efficace il meccanismo sanzionatorio di traslazione del "costo" del danno sul soggetto responsabile e di prevenzione dello stesso, con la conseguenza di aumentare l'efficienza dell'azione amministrativa e l'esercizio del relativo potere. Per questo motivo, obiettivo

prioritario di un sistema di giustizia efficiente dovrebbe essere l'individuazione di un modello di responsabilità diverso da quello attuale, basato su regole "molte, oscure, complicate"¹⁸. È stato dimostrato, infatti, che regole complesse riducono la responsabilità (*accountability*) dell'amministrazione¹⁹.

Nel mondo di oggi i processi di produzione normativa sono diventati più complessi e articolati anche rispetto a un recente passato, dando luogo a una proliferazione di norme poco chiare. L'inflazione normativa, unitamente alle storture del Governo legislatore, producono effetti deleteri, quali l'incremento dei costi, dell'incertezza, della corruzione. Nell'ultimo ventennio il legislatore italiano ha prestato un'attenzione crescente al tema della legislazione e dei suoi profili quantitativi e qualitativi, ma con esiti ancora poco soddisfacenti.

6. AUMENTO DELLA DOMANDA DI GIUSTIZIA, DURATA DEI GIUDIZI E PIENEZZA DELLA TUTELA

Altri sono i profili che impattano sulla pienezza della tutela del cittadino e riguardano anche i tempi del giudizio.

Come ricordato dal Presidente Corte di Cassazione nel discorso tenuto in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2008, l'attuazione congiunta dei due principi, della pienezza e della concentrazione della tutela, costituisce un più coerente adeguamento del nostro sistema a uno *ius commune* europeo.

Per questo motivo, un importante profilo in grado di incidere fortemente sulla

¹⁸ B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

¹⁹ D. BÖS, M. KOLMAR, *Self-correcting mechanism in public procurement: why award and contract should be separated?*, CESifo Working Paper n. 302, Munich, 2000.

pienezza della tutela assicurata dall'ordinamento riguarda la deflazione del contenzioso. La nostra è una macchina processuale sempre più congestionata e, anche per questo motivo, lenta, inefficiente e inefficace.

In particolare, l'eccessiva durata dei processi viene considerata un evidente sintomo dell'inefficienza della giustizia in senso lato. Tale inefficienza può impattare negativamente sulla crescita economica del paese.

La domanda di giustizia in Italia è cresciuta notevolmente negli ultimi anni, raggiungendo un picco nel 1994 e nel 1998. L'inadeguatezza della risposta alla crescente domanda di giustizia emerge in particolare da due elementi: l'andamento delle pendenze e la durata media dei processi. Nella prospettiva della realizzazione di uno spazio europeo di giustizia da perseguire attraverso il rafforzamento della cooperazione giudiziaria tra Paesi europei, il nostro paese mostra ancora una notevole debolezza quanto a capacità del sistema giudiziario di fornire una risposta sufficientemente tempestiva al soddisfacimento della domanda dei cittadini.

La convinzione diffusa che i tempi e i costi della giustizia italiana costituiscano cause di inefficienza, in grado di impattare negativamente sulla crescita economica, ha consentito di concentrare su questi indicatori il dibattito sul funzionamento del sistema giudiziario. Questo è stato ravvivato anche dalle condanne inflitte all'Italia dalla Corte di Strasburgo per violazione del diritto fondamentale, costituzionalmente riconosciuto, a una ragionevole durata del processo.

La nuova idea di giurisdizione, che trova ora inequivocabile conferma nella Costituzione e nella Convenzione per i diritti dell'uomo, invece, è espressione di un mutato contesto sociale e di valori di riferimento, nel quale il tempo sembra trasformarsi da misura in valore. L'interesse si sposta dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti, che consente di fare affidabili valutazioni ai fini della produzione di beni o servizi destinati allo scambio.

Per effetto del riconoscimento normativo nel principio della "ragionevole durata", l'elemento temporale assume un rilievo che va oltre la valutazione della funzionalità della

giurisdizione, in quanto rende concreto il diritto di agire in giudizio, che deve trovare attuazione sia nelle regole processuali, sia nell'assetto organizzativo degli apparati giurisdizionali. Solo in questo modo la giurisdizione, da tempo espressione di sovranità e garanzia dei diritti, viene a svolgere concretamente la funzione di "servizio" da rendere ai cittadini. In quanto tale, può essere oggetto di misurazione e di valutazione, in termini di efficienza e di efficacia. Assumono così rilevanza i profili concernenti l'utilità e i costi del servizio.

Una consapevolezza in tal senso sembra emergere dalle pronunce più recenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in alcuni casi sembra disposta a subordinare lo stesso principio di pubblicità delle udienze agli obiettivi di efficacia e di rapidità del giudizio (*Cedu, Causa Udorovic c. Italia* – sez. II – sent. 18 maggio 2010, ricorso n. 38532/02).

La lentezza della giustizia italiana rispetto ad altri paesi risulta emblematica dai dati raccolti dalla Banca Mondiale relativi al numero di procedure richieste per ottenere l'adempimento di un contratto. È evidente che meno sono le procedure necessarie per dare esecuzione a un contratto, minore è il tempo richiesto e i costi generali per le parti. Il numero di contenziosi può diminuire, permettendo di giungere più rapidamente alla soddisfazione delle reciproche esigenze delle parti. L'Italia prevede un numero di procedure maggiore rispetto alla Francia, alla Germania, all'Inghilterra, ma anche agli Stati Uniti e alla media dei Paesi OECD, con costi proporzionalmente maggiori (calcolati in percentuale del valore della controversia). Quanto ai tempi richiesti per ottenere la piena attuazione di un contratto dopo l'ottenimento di una sentenza favorevole, in Italia sono circa il triplo della Francia, della Germania e dell'Inghilterra.

Anche la durata delle procedure amministrative è in grado di impattare notevolmente sui tempi di soddisfazione delle esigenze dei cittadini, degli operatori economici e sullo sviluppo economico in generale, perché si colloca tra le cause più importanti del ritardo infrastrutturale italiano rispetto ai principali paesi europei.

In Italia dove si è scelto di affidare alla legge il compito di assicurare la

ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2). La norma convenzionale (art. 6 Cedu), invece, attribuisce ai singoli un vero e proprio diritto a un termine ragionevole di svolgimento del processo e rende più agevole per i destinatari farne valere la violazione. Ciononostante, in Italia i problemi sul fronte risarcitorio attengono non tanto all'esistenza di una disciplina interna che riconosca tale diritto, quanto alle modalità della sua applicazione, che non sempre risultano adeguate. Si evidenziano, in particolare, alcuni tentativi della giurisprudenza di limitare il riconoscimento dell'equa riparazione, adottando interpretazioni della disciplina convenzionale diverse da quelle adottate dalla Corte Europea e più sfavorevoli per il singolo. All'Italia non mancherebbero rimedi effettivi e strutturalmente adeguati per garantire il diritto a una ragionevole durata del processo, ma le modalità di applicazione risultano in molti casi non adeguate, anche per via delle prese di posizione del legislatore da un lato e della giurisprudenza dall'altro.

Come più volte ricordato, in Italia il problema della lentezza della giustizia è molto marcato e investe tutte le tipologie processuali, compreso il processo amministrativo.

La normativa, pertanto, rappresenta uno strumento particolarmente sensibile, che va utilizzato con cautela, tenendo conto anche dell'impatto sulle dinamiche di mercato e sull'efficienza complessiva del sistema di tutela offerto al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. In questa prospettiva lo si può auspicabilmente utilizzare per invertire il processo e, attraverso un ricorso più puntuale all'analisi di impatto della regolamentazione, favorire il perseguimento degli obiettivi definiti e dei principi imposti anche a livello sovranazionale.

Perché la domanda di giustizia sia soddisfatta pienamente da un'adeguata offerta di giustizia, è necessario che sia sempre assicurato l'accesso a diversi sistemi di tutela, che si sviluppino all'interno e all'esterno dell'amministrazione o alternativi, con un approccio metodologico che tenga in debito conto i diversi interessi in gioco coinvolti, incluso l'impatto sulle dinamiche di mercato.

Sia pure nel rispetto delle necessarie cautele evidenziate, le forme di giustizia alternativa intese in senso ampio, tali da ricomprendere anche le forme di autotutela

amministrativa, costituiscono oggi uno dei volti della giustizia amministrativa, in grado di favorire una tutela più rapida, snella, meno costosa e, conseguentemente, di agevolare la deflazione del contenzioso giurisdizionale.

Ciò non priva di importanza il ruolo del giudice amministrativo nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma contribuisce ad accrescerne il valore, quale "artefice del percorso di perfezionamento del sistema di giustizia", oltre che di "protagonista positivo e consapevole dei cambiamenti della società italiana"²⁰. In questo senso il diritto giurisprudenziale può supplire all'instabilità delle norme, superando il rapporto di complementarità con le stesse e favorendo l'evoluzione del rapporto tra giurisdizione e amministrazione.

Nel mutato contesto di riferimento sempre più aperto all'influenza delle dinamiche economiche, la vera sfida per la giustizia amministrativa italiana nel prossimo futuro è quella di assicurare equilibrio nel mercato, bilanciando i diversi interessi in gioco in un sapiente dosaggio.

²⁰ C. FRANCHINI, *Il giudice amministrativo tra tradizione e innovazione*, Relazione al convegno "Potere, mercato e giudice amministrativo nella Costituzione", Roma, AGCM, 18 novembre 2011, in www.giustamm.it, novembre 2011.