

## **La tutela dell'interesse interesse pubblico in economia** di Biancamaria Raganelli\*

SOMMARIO: Premessa. 1. Giudici e mercato. 2. I mutamenti della pubblica amministrazione e l'evoluzione delle forme di tutela. 3. Dall'effettività alla pienezza della tutela. 4. Efficacia della giustizia: distorsioni e limiti. 5. Deflazione del contenzioso e ragionevole durata del giudizio. 6. Alcune riflessioni conclusive.

### **Premessa**

Il recente dibattito sulle riforme istituzionali necessarie per favorire lo sviluppo economico del Paese coinvolge, tra le altre cose, la tutela dell'interesse pubblico in economia, il ruolo del giudice amministrativo<sup>1</sup> e la definizione di un sistema di giustizia che assicuri una risposta, quanto più possibile pronta ed efficace, alle istanze di tutela che provengono dal mercato<sup>2</sup>.

Il Documento di economia e finanza (Def) 2014 indica la riforma della giustizia amministrativa come strumento per "attrarre investimenti internazionali e dare finalmente garanzia sul completamento delle opere pubbliche avviate" e suggerisce di semplificare e rendere più trasparenti le procedure di appalto "riducendo ulteriormente i ricorsi ai TAR, nel rispetto dei fondamentali parametri costituzionali".

La recente entrata in vigore della legge 11 agosto 2014, n. 114 , di conversione con modificazioni, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, si inquadra nel più ampio disegno di *spending review* e intende offrire una risposta alle questioni sollevate, fornendo "misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari". Come noto, questo si colloca nel processo di razionalizzazione della spesa pubblica e implica il perseguimento, con riguardo alla

---

\*Ricercatore confermato in diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma TOR VERGATA, abilitato alla seconda fascia nei settori scientifici 12/D1 e 12/E3.

<sup>1</sup> Il tema del ruolo del giudice amministrativo nello sviluppo economico del paese, delle ipotesi di riforma della giustizia amministrativa e, in generale, dell'efficienza ed efficacia della giustizia amministrativa italiana è oggetto di ampio dibattito in dottrina. Al tema è stato dedicato il 60° Convegno di studi amministrativi di Varenna 2014, *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*. Tra i principali contributi, MARIO P. CHITI, *Trasformazioni dell'economia e assetto delle giurisdizioni: per un necessario riallineamento*; M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*; G. MONTEORO, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*; G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*; M. A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*. I contributi sono in corso di pubblicazione come atti del convegno di Varenna, 18-20 Settembre 2014, Villa Monastero. Tra gli altri L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, Editoriale, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2014, secondo la quale attribuire alla giustizia amministrativa la responsabilità dell'incertezza, dello stallo e dell'inefficienza che caratterizzano il sistema italiano e della sua capacità di uscire dalla crisi sarebbe un esempio di inversione causa-effetto. Ulteriori richiami alla letteratura sul tema sono contenuti nelle note che seguono.

<sup>2</sup> In tal senso il Presidente del Consiglio di Stato Giorgio Giovannini in apertura del convegno di Varenna 2014 citato.

pubblica amministrazione, dell'*efficienza delle strutture* e dell'*efficacia delle procedure*, valutate in rapporto ai risultati finali. Esso coinvolge anche la giustizia amministrativa.

Il presente contributo al dibattito in corso mira principalmente a evidenziare il ruolo che modi e tempi del giudizio possono spesso svolgere nel perseguimento di una tutela piena del cittadino e degli operatori economici nei confronti della pubblica amministrazione. In molti casi la pienezza della tutela assicurata al cittadino nei confronti dell'amministrazione e l'effettività della stessa dipendono dagli obiettivi preposti alle scelte legislative adottate, dalle forme volute per il perseguimento degli stessi, dalla conciliazione dei molteplici interessi in gioco e dal contributo interpretativo della giurisprudenza. Su alcune di queste variabili è ancora possibile intervenire nella prospettiva di un miglioramento del sistema.

## 1. Giudici e mercato

In Italia la giurisdizione amministrativa ha assunto un rilievo crescente nell'ordinamento giuridico, anche in considerazione dell'impatto sulle dinamiche di mercato<sup>3</sup>. A essa è affidata la cognizione delle controversie concernenti i nuovi diritti civili e sociali, le privatizzazioni e le liberalizzazioni, l'organizzazione dei servizi e la qualità delle prestazioni, le attività di regolazione e i provvedimenti delle autorità indipendenti.

Come giudice naturale dell'interesse pubblico nell'economia il giudice amministrativo interviene in settori che vanno dall'energia ai trasporti, dalle comunicazioni alle infrastrutture, alla tutela dei risparmiatori, in uno scenario sempre più aperto alle regole della concorrenza<sup>4</sup>. In Italia il nostro ordinamento sembra orientato ad attribuire al giudice amministrativo rilevanti poteri sulle vertenze di tipo economico, anche in risposta alla recente crisi dei mercati finanziari<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Il nesso tra tutela giurisdizionale e dinamiche di mercato costituisce un'intuizione rinvenibile fin dai tempi dell'emanazione dell'Editto di Racconigi (18 agosto 1831), quando Carlo Alberto, "volendo radunare intorno a sé i lumi sparsi in separati consigli" con l'intento di bilanciare il potere legislativo e quello amministrativo facendo salve le "prerogative regie", decretò la nascita del Consiglio di Stato, quale baluardo della tutela dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione. In proposito, *Studi e discorsi sul ristabilimento del Consiglio di Stato nel 1831*, Frascati, 2011; C. FRANCHINI (a cura di), *Il Consiglio di Stato della Storia d'Italia*, Torino, 2011. Sul concetto di giurisdizione si rinvia tra gli altri al contributo di G. CORSO, *Una ridefinizione del concetto di giurisdizione*, in *Studium iuris*, n. 7-8 2010, p. 874 ss.

<sup>4</sup> Il codice sul processo amministrativo, il d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010 all'art. 133, lett. l), attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative ad una serie di autorità, quali la Banca d'Italia, la Consob, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che svolgono fondamentali funzioni in ordine alla regolamentazione dei mercati. Sul tema, tra gli altri G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2011, 677; F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. It., dir. pubbl. comun.*, 2010, 451 ss; F. MERUSI, *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in questa rivista, 2010, 623 ss.

<sup>5</sup> Sul tema dei rapporti tra giudice amministrativo italiano e crisi finanziaria globale in dottrina si è evidenziata la persistente difficoltà di rinvenire spazi di tutela riservati al giudice amministrativo e, al contrario, la tendenza del nostro legislatore a introdurre regimi in deroga, caratterizzati dalla velocizzazione dei processi, spesso a scapito di parte ricorrente. Tra gli altri F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, 451 ss. In senso analogo, F. MATTASSOGLIO, G. TROPEA, *Crisi economico-finanziaria e tutela giurisdizionale: la legittimazione ad agire e la responsabilità delle autorità di vigilanza finanziaria*, in *Il diritto dell'economia, Crisi economico finanziaria e risposta del diritto*, vol. 25, n. 77 (1-2012), pp. 169 ss., in quali evidenziano l'incremento dello spazio riservato alle scelte politiche e lo spostamento dell'asse del controllo dal giudice ad altri piani, come quello della dialettica Parlamento-Governo. Sul tema dell'adeguatezza ed efficienza del sistema sanzionatorio si veda tra gli altri anche M. OCCHIENA *Adeguatezza ed efficienza del sistema sanzionatorio: profili*

Secondo parte della letteratura economica il mancato riconoscimento, nelle norme giuridiche e nelle prassi giurisprudenziali e amministrative nazionali, delle "ragioni del mercato e dell'efficienza economica" sarebbe tra le cause dell'irrisolto difetto strutturale di produttività e competitività del sistema economico italiano<sup>6</sup>. Anche in considerazione dell'impatto economico e sociale delle decisioni giurisdizionali amministrative, *modi e tempi* del giudizio sono divenuti fattore di accelerazione dei cambiamenti, quale elemento di sviluppo e di competitività, di crescita e di modernizzazione del paese<sup>7</sup>. L'abnorme 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. Ciò risulta chiaramente dai dati prodotti dalla Commissione europea sull'efficienza della giustizia<sup>8</sup>, dai dati della Banca Mondiale<sup>9</sup> e della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>10</sup>. I dati in questo caso riguardano la giustizia italiana in generale, ma non escludono espressamente quella amministrativa.

Negli ultimi anni l'economia italiana è cresciuta meno della media dei paesi dell'area dell'euro, in linea con le ultime due decadi<sup>11</sup>. Secondo il Fondo monetario internazionale, tra il 2012 e il 2014

---

*amministrativi*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio. Atti del Convegno di Lampedusa, 21-23 giugno 2007*, Palermo, Editoriale Scientifica, 2008, 129 ss.

<sup>6</sup> M. BIANCO, S. ROSSI, *Il diritto, la giustizia, l'efficienza*, in S. ROSSI, *Controtempo. L'Italia nella crisi mondiale*, Roma-Bari, 2009, si interrogano sulle cause, ipotizzando si tratti di un problema di domanda di giustizia, di offerta e di regole. Si veda anche il dibattito alimentato sul tema dell'efficienza della giustizia su quotidiani e riviste on line.

<sup>7</sup> P. DE LISE, Audizione sulla riforma della giustizia, Commissione riunite I e II della Camera dei Deputati, Esame del disegno di legge costituzionale del Governo C. 4275 *Riforma del titolo IV della parte II della Costituzione*, Roma, 27 maggio 2011. Sul rapporto tra giudice amministrativo ed esigenze del mercato, tra gli altri, F. G. COCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Giust. amm.*, febbraio 2008.

<sup>8</sup> La Commissione europea sull'efficienza della giustizia, del Consiglio d'Europa, calcola che lo Stato italiano spende per la giustizia 70 euro per abitante (dati relativi al 2008). La spesa in Francia è 58 euro per abitante, a fronte di un numero non inferiore di giudici e cancellieri rispetto al nostro paese: i giudici sono 9 per 100mila abitanti in Francia e 10 in Italia a fronte di uno stipendio base superiore del 20% circa rispetto al corrispondente stipendio francese; i dipendenti dei tribunali con qualifica diversa da giudice sono 4 per ciascun giudice in Italia, 3 in Francia. Ciononostante la lunghezza media di un procedimento civile in Francia è la metà dell'Italia. Alcuni dati sono riportati nell'appendice al cap. V. Per alcune proposte di riorganizzazione del lavoro dei giudici si rinvia allo studio di D. COVIELLO, A. ICHINO, N. PERSICO, *Giudici in affanno*, 5 maggio 2009, disponibile al link <http://www2.dse.unibo.it/ichino/mito13.pdf>, oggetto di ampio dibattito.

<sup>9</sup> In Italia risulta che la durata dei processi ordinari di primo grado supera i mille giorni e colloca l'Italia al 150° posto su 183: WORLD BANK, *Doing Business*, 2011. Si vedano anche i dati ISTAT, *L'Italia in cifre*, 2011. L'entità e le cause del fenomeno sono oggetto di diversi studi nella letteratura economica. Tra gli altri M. BIANCO, S. DJANKOV ET AL., *Courts: delex mundi project*, in *Quarterly Journal of Economics*, maggio 2003.

Si è sostenuto che, quantomeno in ambito civile e commerciale, l'adozione del tentativo obbligatorio di conciliazione, così come specifici interventi volti a contrastare forme pretestuose di ricorso al giudice potrebbero migliorare il quadro generale. Analogamente, l'adozione di meccanismi di valutazione fondati su *best practices* dell'operato dei giudici, anche sulla base di espliciti indirizzi forniti dal Consiglio superiore della magistratura, potrebbero contribuire al superamento della situazione attuale. Esistono tuttavia molteplici interessi economici che si oppongono all'adozione di tali misure e che alimentano il dibattito in letteratura. Ciò risulta peraltro dal travagliato *iter* subito dall'istituto del tentativo obbligatorio di conciliazione su cui esiste un'ampia letteratura, cui si rinvia per ogni opportuno approfondimento.

<sup>10</sup> Questa segnala l'Italia tra i paesi con maggior numero di casi pendenti e la pone al terzo posto tra 47 paesi. I dati riguardano la giustizia in generale e consentono una comparazione tra Paesi. Non sono forniti dati puntuali sulla giustizia amministrativa in quanto, come noto, non è una realtà comune a tutti i Paesi d'Europa.

<sup>11</sup> Negli ultimi 20 anni, infatti, la crescita dell'economia italiana è stata costantemente inferiore a quella dell'Eurozona (a sua volta ancora inferiore alla *performance* dell'economia Usa); inoltre, durante la crisi, il PIL è sceso di circa 7 punti percentuali e la dinamica del Pil *pro capite* mostra, tra il 2001 e il 2009, una riduzione di 0,4 punti percentuali. Anche la disoccupazione, seppure minore di quella media dell'area, è salita di circa 1,5 punti percentuali dal 2008, senza

l'economia italiana ha subito un'ulteriore contrazione. Il problema fondamentale riguarderebbe una bassa produttività (nei servizi come nel settore manifatturiero) 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. Il quadro normativo rimane instabile e caratterizzato da scarsa chiarezza e coerenza<sup>12</sup>. Le procedure amministrative necessarie per avviare un'impresa risultano ancora lunghe e costose<sup>13</sup> e, nonostante i programmi ambiziosi di riforma<sup>14</sup>, si ritiene ci sia ancora molto da fare. Si segnala di contro la brusca frenata nelle politiche di liberalizzazione dei mercati e di privatizzazioni che ha caratterizzato il nuovo millennio, a cui si è, invece, accompagnata la proliferazione di nuove società pubbliche, soprattutto a livello locale<sup>15</sup>.

Nel settore amministrativo 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

---

considerare i lavoratori che usufruiscono del trattamento di cassa integrazione guadagni, a sua volta esteso in modo straordinario nel biennio 2009-2010.

<sup>12</sup> In generale, 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 dalle ultime relazioni annuali della Banca d'Italia.

<sup>13</sup> Si calcola che tempi per il rilascio di un permesso di costruzione in Italia siano pari in media a 250 giorni, contro i 130 della Francia, i 100 della Germania e i 35 degli USA. Misurato in percentuale del reddito nazionale lordo pro capite, il costo medio per il rilascio dello stesso permesso è del 140% in Italia, del 60% in Germania, del 20% in Francia e del 10% negli USA. Il tema delle semplificazioni amministrative per le imprese ha avuto uno sviluppo particolare anche in considerazione dell'*iter* legislativo di emanazione del decreto liberalizzazioni, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e le competitività. In materia di semplificazione amministrativa è intervenuto anche il d.l. n. 90/2014, che prevede l'approvazione, entro il 31 ottobre 2014, previa intesa con la Conferenza unificata, dell'Agenda per la semplificazione per il triennio 2015-2017. Sul tema delle semplificazioni in letteratura tra gli altri, G. DELLA CANANEA, A. NICITA, «Una democrazia funzionante per una politica economica riformatrice», *Quaderni di ricerca Confindustria*, n. 4, 2007; E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1999, 335 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699 ss.; ID., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss.; G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 629 ss.; R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 322 ss.; ID., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La «direttiva bolkestein» modello di semplificazione*, in *Diritto e Processo amministrativo*, 3/2009, 1 ss.; A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 648 ss.

<sup>14</sup> Come noto, per favorire l'avvio delle attività di impresa, è stata introdotta la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) ed è stato approvato il nuovo regolamento per lo sportello unico per le attività produttive (SUAP). Resistenze burocratiche, frammentazione di competenze tra diverse amministrazioni e insufficiente coordinamento tra diverse discipline settoriali, possono ostacolare l'attuazione di tali misure e ridurre i benefici per le imprese. A tale riguardo, la Banca d'Italia (*Relazione annuale*, 2011) evidenzia come, nonostante il termine del 29 marzo 2011, alla fine di aprile solo il 37% dei Comuni risultavano aver accreditato presso il Ministero dello Sviluppo Economico lo sportello unico (mentre un altro 19% aveva delegato alla Camera di commercio l'attivazione dello stesso).

<sup>15</sup> Il giro di affari delle società pubbliche ammonta oggi al 3% del Prodotto interno lordo (Rapporto sulle classi dirigenti, 2011). Secondo gli indicatori OCSE riportati nell'ultima Relazione annuale della Banca di Italia, i comparti in cui la regolamentazione italiana è relativamente più restrittiva sono i servizi professionali e legali, i servizi postali, i trasporti aerei e terrestri e il commercio al dettaglio. Si rileva anche la scarsa trasparenza relativamente ai meccanismi di assegnazione degli appalti e delle risorse finanziarie e ai controlli sia *in itinere* sul loro effettivo utilizzo, che sul risultato finale e la sua qualità oggettiva.

domanda di protezione e giustizia resa dal giudice amministrativo<sup>16</sup>.

Un sistema di giustizia che non garantisce una tutela rapida e certa, unito a procedure amministrative lente e farraginose, finisce per ostacolare lo sviluppo del Paese.

Nel dibattito recente la giustizia amministrativa è stata ritenuta talvolta *poco efficiente*, in termini di tempi e di costi, e *poco efficace*, in termini di pienezza della tutela assicurata al cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione. Le cause sono diverse, spesso legate al timore di esporre l'amministrazione pubblica a un'azione risarcitoria dolorosa da parte dei soggetti danneggiati, che finirebbe per impattare negativamente sulla finanza pubblica. Al contrario, in molti settori come in quello delle opere pubbliche, ciò ostacola il raggiungimento di obiettivi prioritari, come l'esigenza di colmare quel *gap* infrastrutturale che separa l'Italia dal resto d'Europa e di realizzare quelle opere pubbliche di cui il Paese ha bisogno<sup>17</sup>. Le lungaggini burocratiche, unite alla mancanza di un'azione risarcitoria adeguata scoraggiano gli investimenti e finiscono per impattare sul mercato del lavoro. Si tratta di costi che vengono fatti gravare sulla collettività, in particolare sulle nuove generazioni e che non possono più essere trascurati.

Incertezza e stallo possono essere ricondotti in parte alla mancanza di un reale dialogo tra plessi giurisdizionali, che in alcuni casi ha alimentato veri e propri conflitti. Si pensi ai costi processuali nelle azioni di responsabilità della pubblica amministrazione<sup>18</sup> e al dibattito sul riparto di giurisdizione e sulla c.d. pregiudiziale amministrativa<sup>19</sup>. Molte responsabilità sono riconducibili a scelte legislative poco chiare, alle norme "troppe, contraddittorie, spesso incomprensibili" e a un'amministrazione italiana inefficiente, talvolta pachidermica: che svolge la sua attività in tempi incomparabili con il resto del mondo<sup>20</sup> e che, spesso, non sembra in grado di offrire servizi adeguati ai cittadini.

Le stesse regolazioni amministrative possono talvolta avere effetti distorsivi. In alcuni casi, l'esercizio del potere amministrativo anziché essere finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico, finisce per divenire strumentale alla tutela di interessi corporativi, come nel caso degli ordini professionali. Talvolta la pianificazione commerciale, anziché assicurare un razionale equilibrio tra domanda e offerta di beni e servizi, si traduce in un'artificiale predeterminazione in via amministrativa del numero degli operatori sul mercato; i regimi concessori e autorizzatori, anziché garantire il migliore sfruttamento delle risorse collettive e di impedire che determinate attività

<sup>16</sup> Come è stato osservato in dottrina il successo del giudice amministrativo è stato anche causa delle sue difficoltà (S. CASSESE, *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 422 ss.; ID., *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 777 ss.).

<sup>17</sup> B. RAGANELLI, *Effettività della tutela ed efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2011, fasc.4, pp. 1155–1208. Siamo in attesa di recepire nel nostro Paese le recenti direttive 2014 di modifica e integrazione delle precedenti direttive 2004.

<sup>18</sup> La questione assume particolare interesse nell'analisi dei diversi modelli di assunzione dell'azione risarcitoria, quale azione autonoma, ovvero "subordinata" ad altra azione, specificatamente quella demolitoria, secondo il nesso di pregiudizialità da lungo tempo invocato dal giudice amministrativo. La valutazione degli effetti prodotti dai costi processuali in materia di responsabilità civile evidenzia due conseguenze contrapposte: da un lato, possono scoraggiare o ridurre la domanda di tutela da parte delle vittime, dall'altro, possono spingere i danneggiati ad adottare più cautele. Sul tema B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Giappichelli, 2012, pp. 73 ss.

<sup>19</sup> La questione ha alimentato un acceso dibattito di giurisprudenza, che ha visto contrapposti il giudice ordinario (a difesa dell'azione risarcitoria autonoma e contrario alla pregiudizialità amministrativa) da un lato e di quello amministrativo dall'altro (a difesa della pregiudizialità), che ha trovato sostenitori di entrambe le posizioni in dottrina, cui si rinvia. Il codice del processo amministrativo ha formalmente riconosciuto l'azione risarcitoria autonoma, ma con una formulazione che ha consentito alla giurisprudenza e alla dottrina di proseguire nel dibattito. Quest'ultimo si sovrappone al dibattito riguardante l'opportunità del passaggio alla giurisdizione unica che vede schieramenti contrapposti.

<sup>20</sup> In tal senso L. TORCHIA, ult. op. cit.

economiche contrastino con l'utilità sociale, finiscono per diventare pericolose barriere all'accesso al mercato. Si pensi anche alle regolazioni economiche e ambientali per le quali si chiede da più parti la necessità di accurate analisi costi-benefici delle specifiche misure adottate. Manca una puntuale disciplina sul piano istituzionale e procedurale, come avviene ad esempio negli Stati Uniti. L'allineamento tra diritto amministrativo e processo economico, che ha visto lo Stato liberale a lungo protagonista dello sviluppo economico e sociale della comunità, sarebbe venuto meno con la crisi del ruolo dello Stato nell'economia, allorché si è cominciato a dubitare del carattere virtuoso dell'operare degli apparati pubblici<sup>21</sup>. La continua crescita del debito pubblico ha evidenziato l'insostenibilità di un modello basato su un intervento pubblico troppo esteso e ne ha imposto una revisione, che non ha ancora trovato effettiva realizzazione<sup>22</sup>.

Le disfunzioni riscontrate impongono un ripensamento di istituti importanti. Ciò può determinare un impatto su alcune rendite di posizione, che hanno contribuito negli anni a ingessare il paese. Si tratta di una rivoluzione economica e culturale, che per molti paesi come il nostro rischia di coinvolgere anche la gestione pubblica di settori come la sanità e l'istruzione.

Nonostante la recente evoluzione del sistema di giustizia amministrativa sia stata ispirata dall'esigenza di ampliare la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione secondo il modello del giusto processo, sembra ci sia ancora da fare<sup>23</sup>. Il decreto legge n. 90/2014, convertito recentemente in legge, costituisce un tentativo di fornire una risposta al quadro sopra delineato, ma necessità di essere supportato da una più ampia riflessione. Si tratta di far luce sui limiti del sistema di tutela amministrativa che, nonostante le riforme intervenute, ancora ostacolano la realizzazione di una tutela piena del cittadino dinanzi alla pubblica amministrazione e di interrogarsi sulle cause degli stessi, al fine di individuare gli interventi correttivi possibili e auspicabili.

Il dibattito in letteratura è aperto.

## **2. I mutamenti della pubblica amministrazione e l'evoluzione delle forme di tutela**

Negli ultimi anni il settore della giustizia amministrativa è stato oggetto di un'evoluzione che ne ha segnato positivamente i caratteri distintivi<sup>24</sup>. In particolare, in Italia essa si è evoluta notevolmente

<sup>21</sup> In tal senso G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, cit.

<sup>22</sup> Per un'analisi dell'evoluzione in Italia si rinvia tra gli altri a S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3 ss.; L. MANNORI E B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma - Bari, Laterza, 2001, p. 225 ss. Per un'analisi dell'evoluzione del modello americano, tra gli altri, R.A. POSNER, *The Rise and Fall of Administrative Law*, in *Chicago-Kent Law Review*, 72, 1997, p. 953 ss.; J.L. MASHAW, *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, New Haven, Yale University Press, 2012.

<sup>23</sup> 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" A. POLICE, *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, *ult. op. cit.*, p. 137.

<sup>24</sup> 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. Il processo continuo di cambiamento e di trasformazione è divenuto oramai tratto costante del diritto amministrativo, al punto da far apparire lontana la famosa affermazione di O. Mayer, "il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta" (L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, *ivi*, p. 46). Vale la pena ricordare anche gli 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.

per effetto di ragioni diverse, in parte riconducibili a mutamenti che hanno interessato la stessa pubblica amministrazione italiana.

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 strumenti sempre più incisivi 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. 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<sup>25</sup> 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<sup>26</sup>.

Il sistema di tutela nei confronti della pubblica amministrazione è cambiato per effetto di un progressivo ampliamento dei poteri del giudice amministrativo e dell'evoluzione della disciplina in materia di giurisdizione e di processo<sup>27</sup>. In questa prospettiva ha svolto un ruolo molto importante la giurisprudenza, in funzione di interprete del diritto, intervenuta spesso a colmare importanti lacune normative, di direzione e di indirizzo dell'amministrazione<sup>28</sup>. L'elaborazione delle norme da

---

Tra gli altri, V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1996; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959.

<sup>25</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 230, evidenzia la dialettica libertà-autorità, cioè il conflitto tra il momento della libertà (titolarità dei diritti fondamentali) e momento dell'autorità (potestà pubbliche), nella quale "è sempre la prima che ha bisogno di tutela"; 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.

<sup>26</sup> C. FRANCHINI, *ult. op. cit.*, p. 168.

<sup>27</sup> La letteratura sul tema è sconfinata. Per un approfondimento dei più recenti passaggi evolutivi si rinvia tra gli altri a S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, fasc. 1, pp. 47 ss. e alla bibliografia richiamata nel testo. Sul tema anche G. GARDINI, F. MASTRAGOSTINO, L. VANDEL, *La giustizia amministrativa nella giurisprudenza*, Maggioli, 2014; G. PALLIGGIANO – U. G. ZINGALES, *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2012; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12, 2010, p. 1323; F. FRACCHIA, *Administrative Tort in Italian Law: Liability of Public Administrations and Diligence of Private Individuals* in W. H. van Boom, M. Lukas, C. Kissling, *Tort and regulatory Law*, Vienna, 2007, 357 e ss.; ID., *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in *Riv. italiana. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 1142 e ss.; R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti, R. Greco, Milano, 2007.

<sup>28</sup> Per una rilettura del ruolo della giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale, A.

applicare al caso concreto ha consentito la definizione di regole di portata generale e ha contribuito a delineare gli istituti del diritto amministrativo<sup>29</sup>.

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. Il giudice amministrativo diviene giudice del mercato, dei fallimenti del mercato e, dunque, della stessa regolamentazione economica, con una visione globale della particolare dialettica che caratterizza le relazioni giuridiche del nuovo diritto pubblico dell'economia<sup>30</sup>. Ciò 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, attribuendo 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 processo e introducendo misure per una più rapida definizione del giudizio<sup>31</sup>. 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 e di seguito integrato

---

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., il quale evidenzia l'importante ruolo della Corte nel farsi carico dell'esigenza di assicurare l'uguaglianza e l'effettività delle garanzie processuali rispetto alle situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo tutelate dal giudice amministrativo, "sia con riferimento ai profili dinamici attinenti al sistema delle azioni processuali esperibili", "sia con riferimento ai profili statici, attinenti alla struttura e alla organizzazione dell'ordine giurisdizionale amministrativo".

<sup>29</sup> C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 168; S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 413 ss.; ID., *La giustizia amministrativa in Italia*, p. 771 ss.; ID., *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione: da una riforma all'altra*, in S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997.

<sup>30</sup> M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm. Tar*, n. 10, 2003, p. 3149.

<sup>31</sup> C. FRANCHINI, *ult. op. cit.*, p. 169. Come ricordato con particolare riferimento ai sistemi di tutela delineati dalle leggi del 1865 e del 1889, ritenuti "ingiustificatamente differenziati" e "gravemente limitati", "è solo una decisa presa di coscienza dell'irrazionalità (e della profonda ingiustizia) di un sistema processuale caratterizzato dalla disomogeneità di tutela riservata alle diverse situazioni giuridiche soggettive che ci consente di intraprendere con qualche frutto il nostro percorso verso la giurisdizione piena" (A. POLICE, *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, in E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 132).

dal d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195<sup>32</sup>, 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" anche sulla base delle indicazioni contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Da ultimo, il d.l. n. 90/2014 e la legge n. 114/2014 di recepimento introducono misure urgenti per la semplificazione, la trasparenza amministrativa e l'efficienza degli uffici giudiziari. Essi contengono varie misure in materia di lavoro pubblico riguardanti l'organizzazione della pubblica amministrazione, alcuni interventi urgenti in materia di semplificazione, misure per l'incentivazione della trasparenza e correttezza delle procedure nei lavori pubblici, norme in materia di giustizia, nella direzione di uno snellimento del processo amministrativo e dell'attuazione del processo civile telematico. Il decreto detta anche numerose disposizioni finalizzate a semplificare e aumentare l'efficienza delle pubbliche amministrazioni, tra cui alcune misure tese a razionalizzare costi e funzioni delle autorità indipendenti. L'efficacia di tali interventi è in discussione, così come l'effettività della tutela garantita dal sistema in vigore.

### 3. Dall'effettività alla pienezza della tutela

La nozione di *effettività della tutela* è stata oggetto di particolare attenzione in dottrina sul piano dell'interpretazione costituzionale e della politica del diritto<sup>33</sup>. Le previsioni costituzionali che accomunano diritti soggettivi e interessi legittimi ai fini della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) implicano che la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi non può essere inferiore a quella dei diritti. Tuttavia la giurisdizione non si è rivelata sempre in grado di assicurare una tutela effettiva. In alcuni casi essa è stata affiancata da altre forme di tutela<sup>34</sup>.

Come noto, 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<sup>35</sup>. Non basta, tuttavia, che esista un rimedio giurisdizionale da esperire; è necessario che il rimedio sia effettivo per quanto riguarda tanto le condizioni di esercizio, quanto il risultato conseguibile in termini di riparazione della lesione subita. A livello internazionale, la

---

<sup>32</sup> Correttivi al Codice del processo sono il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 e d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160; d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

<sup>33</sup> Si è sostenuto che il principio sostanziale che attiene alle situazioni tutelate è connesso all'interesse della collettività alla composizione operativa degli interessi. La tutela degli interessi dei consumatori ai beni della vita per essere piena deve avere una consistenza reale, effettiva, nei confronti delle imprese erogatrici, a prescindere dalla configurazione degli interessi stessi in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo. 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.

<sup>34</sup> È il caso della previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione in tema di appalti pubblici, già previsto dalla direttiva 89/665, oppure a quello ora previsto dall'art. 7 del regolamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

<sup>35</sup> L'art. 19, co. 1 del Trattato sull'Unione Europea dispone che "gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) detta una serie di diritti e libertà in materia di giusto processo e si preoccupa di garantirne l'effettività attraverso regole poste a garanzia dell'attuazione degli interessi ritenuti meritevoli di tutela (*enforcement*). Il Codice del processo amministrativo italiano indica l'effettività tra i principi generali della giurisdizione amministrativa<sup>36</sup>. La progressiva affermazione del valore della *pienezza della tutela*<sup>37</sup> è uno degli 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. Eppure, come ricordato, se da un lato è dato riscontrare un'evoluzione del ruolo del giudice amministrativo secondo quanto ricordato nel paragrafo precedente, in molti casi la pienezza della tutela non sembra ancora raggiunta.

L'art. 6 CEDU impone alle autorità nazionali il rispetto del principio del giusto processo, inteso in senso estensivo, tale da ricomprendere, a certe condizioni, anche i procedimenti amministrativi. Eppure non è semplice stabilire quando una sequenza procedurale sia "giusta", né si possono stabilire meccanismi deduttivi validi in assoluto<sup>38</sup>. Innanzitutto perché è difficile trarre inferenze dal principio di giustizia o dall'aspirazione etica sottesa all'idea stessa di diritto, che non trovino riscontro concreto nella sostanza dei singoli eventi. I modelli subiscono la naturale erosione del tempo e dello spazio. Eppure la dimensione procedurale della giustizia varca sempre più spesso i

<sup>36</sup> In tal senso l'art. 1 del Codice dispone che "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo". Il Codice è stato da ultimo modificato per effetto del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114.

<sup>37</sup> 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. 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 e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963.

<sup>38</sup> Per un approfondimento si veda anche L. L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1968, p. 81. Sul principio del giusto processo esiste un'ampia letteratura. Tra gli altri, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, *Editoriale scientifica*, 2012; M. MENGOLZI, *Giusto processo e Processo amministrativo*, Giuffrè, 2009; A. CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Quest. giust.*, 2006, 3; M. CECCHETTI, voce *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V; E. PICOZZA, *Il giusto processo amministrativo*, in *Consiglio di Stato*, 2000, pp. 173 ss.; L. P. COMOGGIO, *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 702; ID., *Valori etici e ideologia del "giusto processo" (modelli a confronto)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 887; L. LANFRANCHI, voce *Giusto processo*, 1) processo civile, in *Enc. Giur. Treccani*; A. NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1; G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2096; F. VASSALLI, *Il giusto processo. La genesi e la storia*, in *Il giusto processo*, 2002, n. 1, p. 149; M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V agg., 2001; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998; ID., *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Digesto pubbl.*, XII, Torino, 1997; R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988; V. ANDRIOLI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto giusto*, in *Temi romana*, 1964, p. 442.

“confini statuali” alla ricerca di regole invariabili<sup>39</sup>.

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 europea sulle discipline nazionali in materia 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. Il diritto a un giudice indipendente e imparziale non viene in alcun modo posto in discussione.

I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR, *Alternative Dispute Resolutions*), unitamente alle forme di mediazione e conciliazione, costituiscono oggetto di particolare attenzione anche nel settore pubblico, 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 comportamento, in conformità al principio del *due process of law*. Tuttavia, se da un lato le ADR offrono importanti vantaggi in termini di maggiore celerità e snellezza di giudizio, dall'altro possono sollevare dubbi se intese come alternativa alla tutela giurisdizionale. La stessa mediazione, ove mal concepita, può determinare effetti distorsivi di allungamento dei tempi della giustizia. Per questi motivi, la disciplina sulle ADR è suscettibile di incidere sul principio di libertà nella scelta dei mezzi di tutela di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Rientrano tra le forme di giustizia alternative o diverse i c.d. ricorsi amministrativi, quali strumenti di giustizia all'interno dell'amministrazione e, quindi, a un livello inferiore rispetto a quello giurisdizionale, ma non per questo meno importanti. Se è vero, infatti, che i ricorsi amministrativi sono in crisi, anche in considerazione del disinteresse della pubblica amministrazione stessa, tuttavia essi mantengono un potenziale importante. Sono in grado, infatti, di consentire un giudizio rapido e, quindi, una risoluzione della controversia più veloce, contribuendo a deflazionare il contenzioso.

E' necessario prendere atto che oggi l'offerta di giustizia non è più contraddistinta dalla unicità degli organi e delle forme di tutela, prima erogata soltanto dai giudici statali ordinari o amministrativi. Ciò non priva di importanza la tutela giurisdizionale. Si pensi in particolare 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 rappresenta 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

---

<sup>39</sup> L'auspicio della ricerca di principi invariabili (*lois invariables* o *common core of legal principles*), che si affianchino alle numerose variabili che caratterizzano i diversi ordinamenti, recentemente riaffermato in dottrina (G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009), emerge già nel pensiero e negli scritti di grandi del passato (tra gli altri A. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Flammarion, [1948] 1979, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Torino, 1952; A. SMITH, *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, trad. it. *La ricchezza delle nazioni*, Torino, 2006; A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Parigi, [1935] 1986; R. B. SCHLESINGER, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, in *American Journal of International Law*, 61, 1957, p. 734 ss.). Un tentativo di darne un riconoscimento normativo è rinvenibile nell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

mercato. Più convenienti, perché più spedite e meno onerose in termini economici, oltre che gestite da appositi organi, dotati di competenze specifiche<sup>40</sup>.

Tale mutamento di prospettiva impone un ulteriore ripensamento del ruolo dei giudici nell'ordinamento, che non implica necessariamente una *deminutio*, anzi rende oltremodo importante il contributo della giurisprudenza al processo di evoluzione e rinnovamento del sistema.

#### 4. Efficacia della giustizia: distorsioni e limiti

Come suggeriscono gli studi di analisi economica del diritto, ogni riforma normativa dovrebbe essere valutata in base ai suoi effetti in termini di *efficacia*, intesa come capacità della disciplina di raggiungere gli obiettivi preposti e di *efficienza* in senso lato. È in base al parametro dell'efficacia che dovrebbe essere analizzata la produzione normativa, senza tuttavia tralasciare le ragioni dell'*efficienza economica*<sup>41</sup>.

Nell'ordinamento italiano, il principio di efficienza<sup>42</sup> risulta implicito in quello di economicità richiamato dall'art. 1 della legge n. 241/1990, sia pure esprima un concetto più vasto relativo a profili ulteriori di valutazione dei costi e dei benefici rispetto a quelli meramente contabilistici. È prescritto che l'attività amministrativa debba perseguire i fini determinati dalla legge e conformarsi a criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza<sup>43</sup>.

Nonostante le affermazioni di principio, nella realtà, molteplici interessi ostacolano la definizione di interventi efficaci. Interessi economici, personali e di categoria, fenomeni di corruzione diffusi, rendono il principio generale di *buona amministrazione* un valore, in alcuni casi lontano dalla realtà. Gli effetti più gravi sono forse quelli meno discussi e meno quantificabili e riguardano la disaffezione nei confronti dello Stato, il senso di impunità che pervade i rapporti sociali e il cinismo

<sup>40</sup> G. DELLA CANANEA, *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, Relazione al convegno "Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti", Siena, 1 giugno 2002, secondo cui "l'intervento dell'autorità di regolazione non cura uno specifico interesse pubblico, né presuppone un precedente provvedimento amministrativo (com'è tratto tipico dei provvedimenti di secondo grado), ciò che avvalorava l'ipotesi che si tratti di un processo non giurisdizionale".

<sup>41</sup> Per alcune riflessioni sul problema dell'"efficienza" nella giurisdizione, si veda M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 1 ss.

<sup>42</sup> Genericamente il termine allude all'abilità di raggiungere gli obiettivi preposti utilizzando la minima allocazione di risorse possibile. Sulla nozione di efficienza si rinvia alla letteratura economica, che distingue tre concetti fondamentali di efficienza: tecnica, economica e allocativa o paretiana. Il termine, tuttavia, ricorre negli scritti dei "giuseconomisti" quale frammento di vasti e diversi apparati concettuali (P. CHIASSONI, *Economic Analysis of Law. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, 1992). Sul tema, tra gli altri, anche A. M. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, in *Foro it.*, Roma, 1992. Un'applicazione del metodo e dei principi dell'analisi economica anche al diritto amministrativo è diffusa negli Stati Uniti (si vedano ad esempio gli scritti raccolti nel volume di S. R. ACKERMAN (a cura di), *Economics of Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007) e in generale in ambiente anglosassone (tra gli altri M. J. HORN, *The Political Economy of Public Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995). Vedi oltre infra nota 53.

<sup>43</sup> Legge n. 241/1990, art. 1, comma 1. Si ritengono impliciti i principi di semplificazione, partecipazione e responsabilità. In particolare, la bozza di codice della pubblica amministrazione, approvata dal Consiglio dei Ministri in data 11 novembre 2011, che non ha mai visto la luce, assorbiva la disciplina di diversi testi normativi tra i quali la legge n. 241/1990 e includeva tra i "principi fondamentali dell'attività amministrativa" di cui all'art. 2, comma 1, anche quelli di semplificazione, partecipazione e responsabilità: "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, semplificazione, partecipazione e responsabilità secondo le modalità previste dal presente codice e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti". Un riferimento esplicito a quella responsabilità pubblica più volte evocata in contesti diversi.

istillato nei giovani<sup>44</sup>. Il dibattito non riguarda solo il conflitto potenziale tra interessi pubblici e privati, ma anche tra obiettivi diversi, talvolta in potenziale conflitto (*trade-off*), cui dovrebbero essere preposte l'azione amministrativa da un lato e la giustizia dall'altro. Si pensi all'esigenza di assicurare maggiore partecipazione e democraticità al procedimento, 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 incidere sulla durata stessa dei procedimenti e del giudizio<sup>45</sup>.

Come è stato ricordato, per contenere il rischio che gli interessi particolari prevalgano su quelli generali e diffusi, sono necessarie, oggi più che mai, una precisa distinzione di ruoli, oltre a regole chiare sui soggetti e sui modi della rappresentanza, che assicurino accesso a tutti gli interessi rilevanti<sup>46</sup>. Ma è anche necessario garantire un'efficace azione di responsabilità, che consenta in tempi rapidi a chi ha subito il danno di ottenere giustizia, unitamente a un meccanismo di imputazione della responsabilità sui dirigenti e/o dipendenti giudicati colpevoli. Ciò dipende evidentemente da scelte politiche, oltre che di riforma del sistema. Si tratta di una sfida aperta, cui anche il legislatore è chiamato a far fronte, unitamente al contributo insostituibile della giurisprudenza<sup>47</sup>.

Il sistema attuale è il risultato di alcune scelte legislative talvolta *poco coraggiose* in alcuni passaggi importanti, talvolta *distorsive* rispetto agli obiettivi perseguiti; aggravate da alcune prese di posizione anelastiche della stessa giurisprudenza amministrativa. Si pensi, tra le altre cose, alla posizione del giudice amministrativo a difesa della c.d. pregiudiziale, riaffermata anche in seguito all'emanazione del Codice del processo amministrativo e all'espresso riconoscimento di un'azione

---

<sup>44</sup> R. PEROTTI, *Giustizia: riforma non fa rima con efficienza*, *Il Sole 24 Ore*, 12 marzo 2011, che denuncia una "visione astratta della giustizia", in forza della quale "qualsiasi proposta concreta che contribuisca ad aumentarne l'efficienza viene invariabilmente bollata come una deviazione dai principi giuridici dello Stato di diritto, una negazione strisciante delle garanzie costituzionali, o un cedimento a una visione barbara prevalente in altri ordinamenti".

<sup>45</sup> B. G. MATTARELLA, *Pubblica amministrazione e interessi*, in AA.VV., *op. cit.*, p. 132 ss., il quale, in base alle considerazioni esposte, ricorda che "la partecipazione è importante, ma è anche una moneta da spendere con parsimonia. Sul tema anche 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.

<sup>46</sup> Tra gli altri, S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, vol. XII, 1968, p. 93. Quanto alla ricerca di un equilibrio tra esigenza di imparzialità ed esigenza di democraticità in seno all'amministrazione, che spiega "perché la presenza del privato nell'amministrazione è talora auspicata (per ragioni di democrazia e di tutela), talaltra negata (perché fonte di corruzione e di parzialità)", ID., «Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza», in *Arch. giur.*, n. 12, p. 25. Sul tema dei conflitti di interessi tra gli altri B.G. MATTARELLA, *Le régime juridique du conflit d'intérêts. Éléments comparés*, in *Revue française d'administration publique*, n. 135, 2010, p. 643 ss.

<sup>47</sup> Sul ruolo svolto dai giudici in questo contesto e sul loro "legislative role", R. A. POSNER, *How judges think*, London, 2008, il quale evidenzia che, quali "occasional legislators, judges are motivated by political considerations in a broad and sometimes a narrow sense of that term": "legal pragmatists (...), forward-looking and policy-based". Per una riflessione sull'ampiezza e la problematicità della discrezionalità del giudice nella decisione dei casi concreti, A. BARAK, *Judicial discretion*, Yale University Press, 1989 (versione originaria, *Shikul daat shiprety*, tradotta in inglese da Y. Kaufmann, 1987; traduzione italiana dall'inglese, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995), il quale si interroga su "come deve essere interpretata una norma legislativa che, in termini di linguaggio, abbia più di un significato quando non sia possibile individuare lo scopo perseguito dal legislatore? Quando il giudice può deviare da una decisione precedente? Quando può riconoscere un nuovo diritto o un nuovo dovere? In che modo può colmare una lacuna dell'ordinamento?".

risarcitoria autonoma<sup>48</sup>. Ciò non agevola la posizione del cittadino che intenda chiedere tutela nei rapporti con la pubblica amministrazione<sup>49</sup>.

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. È necessario incidere sul modo di operare della pubblica amministrazione da un lato e del sistema giuridico dall'altro, per superare quella rigida impostazione che vede il sistema di pensiero italiano caratterizzato da un modello di giurisdizione intrinsecamente "a-economica", espressione di sovranità e garanzia dei diritti, funzione senza costo e senza tempo, in cui ogni singolo processo ha valore assoluto. In questa assolutezza di principio il solo bene in gioco finisce per essere l'affermazione del diritto controverso, che non è un "servizio" ai cittadini, ma un bene di valore infinito, da perseguire costi quel che costi, senza alcun limite, neppure di tempo<sup>50</sup>.

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. È importante tornare a riflettere sugli obiettivi perseguiti, sul rapporto tra gli stessi e sui modelli adottati.

Il nostro paese continua a essere caratterizzato da 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 e di ragionevole durata del giudizio. Il modello non convince<sup>51</sup>. Come suggeriscono gli studi di analisi economica del diritto, la responsabilità

<sup>48</sup> Per maggiori chiarimenti sull'opinione qui espressa sia consentito rinviare a B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Giappichelli, Torino, 2012, infra cap. 1.

<sup>49</sup> Con riferimento a casi diversi, si è parlato di "attacchi alla legalità amministrativa e perciò alla garanzia del cittadino", F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 177. Sul principio di legalità nell'ordinamento nazionale si veda anche G. CORSO, *Il principio di legalità nell'ordinamento italiano*, in *Studium iuris*, n. 10, 2010, p. 1009 ss.

<sup>50</sup> Tra gli altri C. MIRABELLI, *Dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti*, in *Economia della giustizia*, Roma, 2005, p. 3 ss., secondo cui si tratta di una concezione astratta e statica destinata a rivelarsi incompatibile con il funzionamento di un'economia moderna.

<sup>51</sup> Sul tema, tra gli altri, H. J. KRENT, *Preserving Discretion Without Sacrificing Deterrence: Federal Governmental Liability in Tort*, in *Ucla Law Review*, 38, 1990-1991, p. 871 ss. Sul tema della responsabilità della pubblica amministrazione nella letteratura in passato anche G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1940, p. 377 ss.; C. VITTA, *Nuovi cenni sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica per fatti illeciti*, Torino, 1929; ID., *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato*, in *Arch. giur.*, CXI, 1934; R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; L. MEUCCI, *Della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche*, in *Arch. giur.*, XXI, 1878, p. 341; A. BONASI, *La responsabilità dello Stato per gli atti dei suoi funzionari*, in *Riv. it. sc. giur.*, I, 1886, p. 3; M. VACCHETTI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1892; V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità*, in *Arch. dir. pubbl.*, III, 1893, p. 251; O. RANELLETTI, *Della responsabilità degli enti pubblici per atti illeciti*, in *Foro it.*, XXIII, 1898, p. 83. Nella letteratura più recente, tra gli altri, F. G. COCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 745 ss.; ID., *Principi dell'ordinamento e disciplina della responsabilità amministrativa*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2927 ss.; ID., *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in F. G. COCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, p. 14. Nella letteratura internazionale, sul tema dell'evoluzione del modo di intendere la responsabilità della pubblica amministrazione, tra gli altri, M. BRAUNSTEIN, *In Defence of a Traditional Immunity. Towards an Economic Rationale for not Estopping the Government*, in *Rutges Law Journal*, 14, 1982, p. 1 ss.; P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, Parigi, 1927; J. MASTEAU, *La responsabilité de l'Etat*, Parigi, 1927; W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlino, 1931, p. 319 ss.; H. KELSEN, *Über Staatsunrecht*, in *Grünhutsche Zeitschrift für*

dell'amministrazione dovrebbe fungere da corretto incentivo alla legittimità e all'efficienza dell'azione amministrativa nell'ottica di una riduzione del costo sociale degli incidenti pubblici, dato dalla somma dei costi preventivi, del danno e dei costi transattivi<sup>52</sup>. L'obiettivo perseguito non è soltanto quello di colpire il contegno illecito, ma di realizzare il trasferimento del danno sul soggetto responsabile e, prima ancora, di prevenire lo stesso. Se la funzione preventiva fallisce, l'ordinamento deve ripartire il danno e i relativi costi tra i cittadini. Al contrario, se la pubblica amministrazione fosse chiamata a rispondere pienamente della propria condotta per effetto di regole semplici, 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 migliorare l'efficienza dell'azione amministrativa e l'esercizio del relativo potere<sup>53</sup>.

Il modello di responsabilità della pubblica amministrazione che emerge dal sistema di azioni proposto dal Codice del processo amministrativo è il risultato di scelte di opportunità talvolta discutibili anche in considerazione del mancato o parziale riconoscimento di alcune specifiche azioni<sup>54</sup>, dell'adozione di soluzioni poco chiare con riferimento all'autonomia dell'azione

---

*das Privatund öffentliche Recht der Gegenwart*, 1913, p. 44, ed. it. *L'illecito dello Stato*, a cura di A. Abignente, Napoli, 1988.

<sup>52</sup> Per uno studio di questi temi tra gli altri G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis*, Milano, 1970, trad. it. Milano, 1975. Tra gli studi generali sull'analisi economica del diritto pubblico si vedano, tra gli altri, R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, V ed., New York, 1998; ID., *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations*, in *Ratio Juris*, 17, 2004, p. 66 ss.; e in AA.VV., *Symposium: Legal and Economics and Legal Scholarship*, in *Chicago-Kent Law Review*, 79, 2004, p. 345 ss.; R. D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton, 2000; R. R. D. COOTER, T. S. ULEN, *Law and Economics*, III ed., Reading (Mass.), 2000 (una versione italiana in R. D. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. S. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999); S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge-London, 2004; J. L. MASHAW, *The Economics of Politics and the Understanding of Public Law*, in *Chicago-Kent Law Review*, 65, 1989, p. 123 ss.; S. R. ACKERMAN (a cura di), *Economics of Administrative Law*, op. cit., 2007; T. S. ULEN, *Firmly Grounded: Economics in the Future of the Law*, in *Wisconsin Law Review*, 1997, p. 433 ss.; S. ROSE ACKERMAN (a cura di), *Economics of Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007; M. J. HORN, *The Political Economy of Public Administration*, op. cit., 1995.

Nel nostro paese, tra gli altri, P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it., Bologna, 2002, p. 141 ss.; A. ARCURI, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 7 ss.; F. DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2002; S. CASSESE, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 341 ss.; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 1996.

<sup>53</sup> Ciò impone l'individuazione di regole semplici (sul punto, tra gli altri, B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011). È stato dimostrato, infatti, che regole complesse riducono la responsabilità (accountability) dell'amministrazione (D. BOS, M. KOLMAR, *Self-correcting mechanism in public procurement: why award and contract should be separated?*, CESifo Working Paper n. 302, Munich, 2000).

<sup>54</sup> Sul tema della responsabilità della pubblica amministrazione tra gli altri in dottrina M. OCCHIENA, *La responsabilità e la pubblica amministrazione*, in *Manuale diritto pubblico*, Napoli, 2010; R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010; M. ANDREIS, *Responsabilità della pubblica amministrazione: quale giurisdizione?*, Milano, 2009; G. CORSO, G. FARES, *La responsabilità della pubblica amministrazione: casi di giurisprudenza*, Torino, 2009; A. LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, Padova, 2009; G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Diritto amministrativo*, n. 2, 2009, p. 203 ss.; F. G. SCOCA, *Per un'amministrazione più responsabile*, in *Giurispr. Costit.* 1999, n. 6, p. 4045 ss. ID., *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, I, Padova, 2007; L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, p. 1649 ss.; G. CORSO, G. FARES, op. cit.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993; R. CARANTA, *Public Law Illegality and Governmental Liability*, 2002, p. 271 ss.; P. LEYLAND, *Responsabilità "in tort" e Pubbliche Amministrazioni: ridefinizione dei limiti?*, in *Danno e resp.*, 2002, II, p. 370 ss.; ID., *La responsabilità in tort delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 501 ss.; D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi*, comparando, in

risarcitoria<sup>55</sup> e dell'analisi del ruolo dei costi processuali nelle diverse azioni di responsabilità<sup>56</sup>. 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 controverso di conflitto tra obiettivi auspicabili 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. Nelle more della definizione del giudizio, esso consente di evitare il verificarsi di possibili danni conseguenti all'immediata produzione di effetti del provvedimento o del comportamento dell'amministrazione. E' 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<sup>57</sup>. Si tratta pertanto di

---

AA.VV., *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, a cura di G. Falcon, Padova, 2005, p. 227 ss.; ID., *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, 1994; G. DELLA CANANEA, A. SANDULLI, *La responsabilità dell'amministrazione per omessa vigilanza sugli operatori finanziari: Italia e Regno Unito*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, p. 53 ss.; J. BELL, *La responsabilità del Governo, alcune riflessioni comparate*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, cit., p. 27 ss. A livello internazionale, AA.VV., *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, in D. FAIRGRIEVE, M. ANDRENAS, J. BELL (a cura di), *The British Institute of International and Comparative Law*, London, 2002. Per alcuni profili comparati sullo stato di diritto, A. POLICE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, in *Quaderno riv. trim. dir. proc. amm.*, Milano, 2002.

<sup>55</sup> In senso contrario, diversi esponenti della dottrina amministrativa prima dell'emanazione del Codice si erano espressi a favore tra gli altri, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.

<sup>56</sup> Nelle azioni di responsabilità nei confronti della pubblica amministrazione svolgono un ruolo importante i costi processuali, in quali rappresentano una modalità di esplicazione dei costi di transazione, che possono alterare in maniera sostanziale il modello ricostruttivo proposto dall'analisi economica del diritto. La questione assume particolare interesse nell'analisi dei diversi modelli di assunzione dell'azione risarcitoria, quale azione autonoma, ovvero "sub-ordinata" ad altra azione, specificatamente quella demolitoria, secondo il nesso di pregiudizialità da lungo tempo invocato dal giudice amministrativo. La valutazione degli effetti prodotti dai costi processuali in materia di responsabilità civile evidenzia due conseguenze contrapposte: da un lato, possono scoraggiare o ridurre la domanda di tutela da parte delle vittime, dall'altro, possono spingere i danneggiati ad adottare più cautele. L'assunto è che alti costi processuali *disincentivano* la proposizione di azioni risarcitorie da parte dei danneggiati. I fa solitamente risalire la nascita dell'economia dei costi di transazione a Coase (R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 4, 1937, p. 386 ss.), sia pure la grande diffusione sia avvenuta negli anni Ottanta con il lavoro di O. E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1987; ID., *L'economia dell'organizzazione: il modello dei costi di transazione*, in R. NACAMULLI, A. RUGIARDINI, *Organizzazione e Mercato*, Bologna, 1985, p. 161 ss. Sul tema vedi tra gli altri anche B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, op. cit., p. 78 ss. L. VIOLA, *Analisi economica del diritto e la responsabilità civile della pubblica amministrazione: la problematica della pregiudizialità tra annullamento dell'atto e risarcimento*, in *I tribunali amministrativi regionali*, 2004, 5-6, p. 541 ss. ID., *La responsabilità civile e il danno*, Bologna, 2007, p. 17 ss.

<sup>57</sup> Si osserva, inoltre, che l'eccessivo rilievo dato alla fase della tutela cautelare (specie se raffrontata agli sproporzionati tempi per la definizione del processo) finisce per concentrare nella Camera di consiglio l'essenza del giudizio amministrativo. Non dovrebbe essere così perché in quella sede il giudice non esamina *funditus* la questione di diritto,

uno strumento molto delicato posto nelle mani del giudice, che dovrebbe essere utilizzato con sapiente dosaggio.

Un altro esempio è rappresentato dal settore dei contratti pubblici e delle procedure di ricorso in materia, sopra richiamato. Il perseguimento di alcuni obiettivi può rallentare e talvolta ostacolare, il funzionamento del mercato, limitando il raggiungimento di una tutela piena degli operatori economici. 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. Tuttavia, sono stati previsti alcuni strumenti che, proprio in nome di una tutela più piena, finiscono per ostacolare la celere esecuzione dei contratti e aumentare potenzialmente il contenzioso.

Riformare il sistema non è semplice. Il dibattito che ha accompagnato l'emanazione della legge 11 agosto 2014, n. 114 non può ritenersi chiuso. Non basta produrre misure urgenti, c'è bisogno di ripensare il sistema nel suo complesso e di offrire al cittadino e al mercato un pacchetto di regole semplice e chiaro, ponendo fine a quell'inflazione normativa, che ha finora alimentato un incremento dei costi, dell'incertezza, della corruzione<sup>58</sup>. Semplificazione, trasparenza ed efficienza devono divenire sempre più concretamente criteri ispiratori della produzione legislativa da un alto e dell'azione amministrativa dall'altro, così finendo per costituire l'obiettivo stesso, lo scopo dell'azione amministrativa<sup>59</sup>.

## 5. Deflazione del contenzioso e ragionevole durata del giudizio

L'esigenza di deflazione del contenzioso dinanzi a una macchina processuale sempre più congestionata e, anche per questo motivo, lenta, inefficiente e inefficace rappresenta un profilo in grado di incidere fortemente sulla pienezza della tutela assicurata dall'ordinamento. Questa va ricercata non solo nei contenuti, ma anche nei tempi. Infatti, 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<sup>60</sup>.

---

limitandosi al mero *fumus*, sia perché nella decisione cautelare interviene un fattore di valutazione esogeno rispetto alla questione di diritto, il *periculum in mora*. Il danno grave e irreparabile è valutato dal giudice non solo guardando alla posizione del ricorrente, ma anche a quella dell'Amministrazione. Cosicché non di rado il giudice opera una comparazione tra i due interessi in conflitto: quello dell'Amministrazione resistente e quello del privato ricorrente. Tale comparazione di interessi esprime una valutazione sul merito amministrativo e non una valutazione di stretta legittimità, cui è affidata la sorte della lite. In tal senso F. VOLPE, *Sulle ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, sul sito AIPDA.

<sup>58</sup> 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 poco soddisfacenti a volte anche con particolare riferimento ad alcuni istituti oggetto di recente riforma. Si pensi alla disciplina sui contratti pubblici e al recepimento della direttiva ricorsi, alle ripetute modifiche apportate alla disciplina sulla finanza di progetto, ai limiti imposti dal legislatore a istituti utilizzati con successo in altri paesi come il dialogo competitivo.

<sup>59</sup> Come è stato ricordato, i principi di efficacia e di efficienza, da originari strumenti per il perseguimento dei fini determinati dalla legge, come disposto dall'art. 1 legge n. 241/90, sono divenuti obiettivo dell'azione amministrativa. L'obiettivo è rafforzato, o, meglio, rimodulato dal vincolo della sostenibilità del debito pubblico, sancito nel novellato art. 97 della Costituzione, primo comma, dopo le modifiche apportate con la legge costituzionale n.1/2012. Sul punto R. ROTA, *"Smart regulation" nel diritto amministrativo 2.0 ? (Spigolature sull'art.14 del decreto legge n.90/2014, convertito con modifiche dalla legge n.114/2014. Tra spending review e giustizia amministrativa)*, Comunicazione al Convegno di Varenna, Diritto amministrativo ed economia, 18-20 Settembre, Villa Monastero.

<sup>60</sup> Presidente Corte di Cassazione, Discorso tenuto in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2008, 22 gennaio 2008.

Come sopra ricordato, l'eccessiva durata dei processi è considerata un evidente sintomo dell'inefficienza della giustizia in senso lato, che può impattare negativamente sulla crescita economica del paese<sup>61</sup>. Si è ricordato come il legislatore italiano abbia cercato di adeguare il sistema di tutela alle nuove esigenze in una prospettiva di maggiore efficienza ma, come emerge dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo<sup>62</sup>, i risultati non risultano ancora soddisfacenti.

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, la facilitazione dell'accesso alla giustizia e mediante la piena attuazione del principio del mutuo riconoscimento, 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. Il confronto tra paesi europei evidenzia come l'Italia sia, insieme al Belgio e all'Austria, il paese in cui la domanda di giustizia è maggiore<sup>63</sup>, a fronte di un sistema giudiziario più lento e più costoso.

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 a una ragionevole durata del processo<sup>64</sup>.

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

<sup>61</sup> World Bank (WORLD BANK, *Doing Business*, 2011), ISTAT (*L'Italia in cifre*, 2011) e Banca d'Italia (*Relazione del Governatore*, 2011) sopra citati.

<sup>62</sup> La giurisprudenza Cedu sull'Italia ha riguardato per il 90% dei casi tale problematica. Vengono definiti parametri temporali e criteri di valutazione delle circostanze. Il tempo della causa si calcola tenendo conto di un *dies a quo* (che parte dalla notifica dell'atto di citazione, o dal deposito del ricorso, o dalla conoscenza diretta e ufficiale delle accuse per l'imputato) e di un *dies ad quem* indicato nella definitività della sentenza (dopo tre gradi di ricorso o scadenza dei termini per la possibilità di ricorso). La Cedu ha stabilito che il procedimento si considera di "durata irragionevole" in ogni caso quando si superano i tre anni per grado di giudizio. I criteri di valutazione delle circostanze includono la complessità della procedura; il comportamento delle parti; la condotta delle autorità nazionali.

<sup>63</sup> Il confronto sui dati di funzionamento tra sistemi di giustizia dei paesi europei è questione piuttosto complessa per una serie di ragioni. I sistemi dei diversi paesi differiscono infatti rispetto al riparto giurisdizionale inoltre ci sono enormi divergenze rispetto le definizioni statistiche. In Italia, ad esempio, la durata dei procedimenti viene calcolata sulla base di una formula matematica a cosiddetta formula di magazzino, mentre in altri paesi viene rilevata sulla base di indagini a campione e in altri ancora, come ad esempio in Gran Bretagna, non viene rilevata fatto. Infine in alcuni casi la durata include la fase delle indagini, in altre si considera inizi del procedimento e la data di presentazione della domanda al giudice.

<sup>64</sup> Da alcune pronunce più recenti della Corte europea emerge in alcuni casi la disponibilità 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 mancanza di pubblicità delle udienze può essere giustificata, in casi eccezionali, alla luce degli obiettivi di efficacia e di rapidità di cui al procedimento controverso e non costituisce violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu qualora siano rispettate le altre garanzie procedurali previste da quest'ultima disposizione".

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<sup>65</sup>. Solo in questo modo la giurisdizione, 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.

Tra gli elementi che incidono maggiormente sulla lentezza della giustizia italiana vi è una maggiore litigiosità, il numero di procedure richieste per ottenere l'adempimento di un contratto (*enforcing contracts*), la durata stessa delle procedure<sup>66</sup>. I dati raccolti dalla Banca Mondiale mostrano che 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). I 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. Solo la Slovenia e la Polonia presentano differenze meno accentuate<sup>67</sup>. In Francia, paese il cui ordinamento giuridico risulta più simile al nostro soprattutto per i profili di diritto amministrativo, la durata delle procedure, nel 2006 pari all'Italia, si è sostanzialmente dimezzata a partire dal 2009. L'effetto prodotto in termini di ritardo infrastrutturale è evidenziato dalla classifica mondiale dei paesi, che vede l'Italia in coda dopo la Germania, la Francia, il Regno Unito, La Spagna, la Grecia e l'Irlanda.

La durata dei processi dipende principalmente dalle determinanti della domanda e dell'offerta dei servizi giudiziari e, in particolare, dal numero dei procedimenti, definito dalle scelte di coloro che ricorrono alla giustizia, dall'ammontare delle risorse umane e materiali destinate ad assicurare lo svolgimento dell'attività giudiziaria, dal loro uso efficiente e dalle regole procedurali in vigore. Dal lato dell'offerta di giustizia si è fatto molto, ma forse non abbastanza. Secondo molti, un possibile spazio di azione ulteriore sarebbe rappresentato dal potenziamento delle sezioni specializzate, che potrebbero sfruttare le economie di scala connesse alla specializzazione e, tenendo conto anche della distribuzione territoriale dei procedimenti giudiziari, potrebbero essere localizzate nelle aree o nei distretti più esposti alla domanda. Si replica citando i risultati non positivi della privatizzazione del rapporto di lavoro. Forse aiuterebbe andare a studiare i casi di successo di Paesi vicini e lontani. Sul lato della domanda, studi recenti dimostrano l'opportunità di limitare il fenomeno dell'eccessivo ricorso alla magistratura come mezzo di risoluzione delle controversie. Ci si è interrogati sulle possibili azioni che possono essere adottate in tale prospettiva e quelle che possono incentivare comportamenti processuali delle parti utili alla rapida definizione dei procedimenti. Temi molto dibattuti nella letteratura teorica ed empirica, che pone l'attenzione sulle variabili da cui dipendono incentivi e disincentivi all'azione giudiziaria<sup>68</sup>. Tra queste, merita di ricordare, la durata

<sup>65</sup> Tra gli altri recentemente, A. M. SANDULLI, *Il tempo nel processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2014, che evidenzia il nesso tra durata dei processi, qualità e indipendenza del giudizio.

<sup>66</sup> In media in Italia il flusso di nuovi procedimenti in rapporto agli abitanti (cosiddetto tasso di sopravvenienza) risulta di molto superiore alla Francia, alla Germania e alla Spagna. In particolare, si evidenzia un'ampia sproporzione tra la domanda di servizi giudiziari, e l'offerta (ovvero il flusso dei procedimenti esauriti con o senza sentenza che misura il cosiddetto servizio prodotto dal sistema giudiziario).

<sup>67</sup> Si tratta di dati aggregati che si riferiscono a tutti i contratti, non esclusivamente quelli che coinvolgono le pubbliche amministrazioni. Essi misurano il tempo che decorre dal momento in cui viene presentata la causa al giudice alla pronuncia, includendo sia i tempi in cui le azioni si svolgono che i periodi di attesa. In particolare, viene registrata la durata media delle tre diverse fasi di risoluzione di una controversia: il tempo per adire il giudice e avviare la controversia, la durata del processo fino all'emissione della sentenza, il tempo per l'esecuzione della sentenza.

<sup>68</sup> Si veda al riguardo il progetto di ricerca condotto presso il CEIS-Tor Vergata sull'efficienza del sistema giudiziario civile in Italia, che si propone di cercare una verifica empirica dell'esistenza e rilevanza quantitativa di tali incentivi e

media dei procedimenti; il numero degli avvocati, che approssima il costo dell'assistenza legale; il tasso reale di interesse di mercato e il tasso reale di interesse legale, che assumono particolare rilevanza nelle cause risarcitorie; il ciclo economico; la probabilità di risolvere la controversia tramite conciliazione a un prezzo di riserva conveniente per l'attore (*proxy*).

Su queste variabili può incidere molto la regolamentazione. Ciò vale in particolare in Italia dove con una previsione contenuta nella carta Costituzionale (art. 111, comma 2)<sup>69</sup> si è scelto di affidare alla legge il compito di assicurare la ragionevole durata del processo. L'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<sup>70</sup>. Purtroppo, in alcuni casi la giurisprudenza ha cercato 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. Le modalità con le quali opera la Convenzione e il nesso creato dalla legge Pinto hanno finito in molti casi per indurre la giurisprudenza nazionale ad allinearsi alle indicazioni della Corte Europea<sup>71</sup>. I rimedi offerti dalla legge Pinto presentano profili di inadeguatezza anche con riguardo ai tempi eccessivamente lunghi di esecuzione delle relative sentenze, che ritardano di molto l'effettivo ottenimento dell'indennizzo da parte del danneggiato.

La Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia in più occasioni per eccessivo ritardo nell'esecuzione della sentenza sull'equo indennizzo, sia pure assolvendola in relazione all'art. 13 Cedu (diritto a un rimedio effettivo a livello nazionale). All'Italia non mancherebbero, pertanto, rimedi effettivi e

---

disincentivi, riflettendo sulle possibili determinanti di un eccessivo ricorso alla soluzione giudiziale e il ricorso ad un modello stilizzato. Tra gli altri E. FELLI, D. LONDONO BELOYA, G. NUNZIANTE, N. SOLFERINO, G. TRIA, *Dispute civili e sistema giudiziario. Un'analisi economica del caso italiano*, pubblicazioni Ceis-Tor vergata, 2004, che si ispira ai lavori di S. SHAVELL, *Suit, Settlement and Trial: a Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, in *Journal of Legal Studies*, 11, p. 55 ss.; ID., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, 2004; G. M. FOURNIER, T.W. ZHUELKE, *Litigation and Settlement: an Empirical Approach*, in *The Review of Economics and Statistics*, 1989, 2, p. 189 ss.; B. VAN VELTHOVEN, P. VAN VIJCK, *An Economic Analysis of the American and the Continental Rule for Allocating Legal Costs*, in *European Journal of Law and Economics*, 2000, 9, 2, p. 115 ss.

<sup>69</sup> Il comma è stato aggiunto dall'art. 1 della legge cost. 23 novembre 1999, n. 2. In precedenza la Corte Costituzionale aveva sostenuto tesi diverse. Nel 1985 aveva affermato che la problematica dei tempi processuali, recepita all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo quale aspetto del giusto processo, non trova eco nella Carta costituzionale (Corte cost., sent. 15 luglio 1985, n. 202, in *Giur. cost.*, 1985, p. 1554 ss.), negando espressamente che potesse essere utilmente invocato in proposito l'art. 24, comma 2 Cost. Successivamente però, ha progressivamente mutato orientamento, affermando che il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi di cui all'art. 24 implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione promossa a tutela dei diritti assicura l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia (Corte cost., sent. 22 ottobre 1999, n. 388, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2991 ss.).

<sup>70</sup> Come noto, il rimedio nazionale adottato è previsto dalla c.d. legge Pinto, 24 marzo 2001, n. 89, che detta una disciplina interna per il risarcimento dei danni da "irragionevole durata" del processo, prevedendo il diritto ad una "equa riparazione" dei danni subiti "per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione" (art. 2, comma 1) per la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo; uno strumento, cioè, che consentisse al singolo "un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale" per far valere la lesione (così come richiesto dall'art. 13 Cedu).

<sup>71</sup> Il fenomeno ha riguardato diversi ambiti processuali e numerosi casi possono essere citati come esempi. Tra tutti, resta particolarmente significativo l'importante gruppo di decisioni della Cass. civ., SS.UU., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340, 1341, assunte già prima delle sentenze n. 348 e 349/2007 della Corte Costituzionale, e giunte al termine di una vicenda lunga e complessa. In esse, si trova anche l'espressa affermazione che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'interpretazione dell'art. 6 Cedu "si impone" ai giudici nazionali, i quali sono tenuti ad applicare la legge italiana in materia, per quanto possibile, conformemente alla Convenzione stessa e agli orientamenti della relativa Corte (sentt. nn. 1339 e 1341).

“strutturalmente adeguati” per garantire il diritto a una ragionevole durata del processo<sup>72</sup>, ma le modalità di applicazione risultano in molti casi non adeguate.

## 6. Alcune riflessioni conclusive

Il dibattito in corso evidenzia una consapevolezza diffusa circa l'opportunità di proseguire nel percorso evolutivo ricordato, nella prospettiva di un'attenuazione delle distorsioni evidenziate, che tenga maggiormente conto delle diverse variabili coinvolte e dell'impatto sulle dinamiche di mercato. I legislatori da un lato e la giurisprudenza dall'altro possono ancora fare molto.

Si tratta di prendere atto che in un mondo globalizzato, in cui gli elementi esogeni che impattano sulla società sono sempre di più, i cultori e gli operatori del diritto non possono continuare a guardare soltanto entro i ristretti ambiti del proprio settore scientifico disciplinare, fingendo di ignorare le implicazioni sempre più evidenti che sussistono tra le regole dettate dal legislatore, le pronunce del giudice e gli effetti sull'economia e sulla società<sup>73</sup>.

Molte sono le situazioni che ancora rimangono sprovviste di sufficienti garanzie e su cui è necessario intervenire, affinché l'obiettivo di una tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione sia pienamente realizzato. Il riferimento è a una serie di fenomeni<sup>74</sup> come gli interessi e i diritti di nuova emersione, l'individuazione di un'adeguata protezione di interessi collettivi, diffusi, pretensivi e procedurali; gli atti di diritto privato adottati in sostituzione di quelli amministrativi, in cui si evidenzia ancora una forte inadeguatezza del sistema italiano, costruito sull'atto di esercizio del potere, ad adattarsi all'evoluzione delle forme di azione della pubblica amministrazione. Si pensi anche al dibattito circa la mancanza di effettive garanzie di partecipazione e contraddittorio nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti<sup>75</sup>. La questione coinvolge anche profili diversi, come la tendenza sempre più frequente del legislatore italiano ad approvare leggi che disciplinano fattispecie specifiche e concrete; il necessario ampliamento della tutela risarcitoria per danni causati colposamente nell'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, quale strumento ulteriore di tutela accanto a quello demolitorio o conformativo; il rapporto tra giurisdizioni, che necessita di un dialogo più sereno e disteso, perché venga reso effettivo il principio di unitarietà della funzione giurisdizionale, seppur articolata su giudici diversi; i costi della giustizia, da valutarsi in senso lato, tenendo conto dei costi del processo di produzione, di quelli sostenuti dalla pubblica amministrazione e dalla collettività di riferimento, anche in rapporto ai tempi di soddisfazione della pretesa.

Se l'evidenza empirica è in grado di mostrare come l'economia influenza in modo sempre più significativo le soluzioni offerte dalla giustizia e dal diritto, provocando continui e importanti mutamenti di questi<sup>76</sup>; è altrettanto vero che il diritto e la regolamentazione in generale, insieme alla

<sup>72</sup> Cedu, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*.

<sup>73</sup> Ricchi di spunti sono al riguardo gli studi di analisi economica del diritto applicati al diritto pubblico in generale e al diritto amministrativo in particolare diffusi soprattutto nei paesi anglosassoni e richiamati nelle note precedenti.

<sup>74</sup> Si è parlato di *maladministration*. S. CASSESE, “*Maladministration*” e rimedi, in *Foro it.*, 1992, V, c. 243 ss.; ID., *Le ingiustizie della giustizia amministrativa in Italia*, op. cit., 1984, p. 422 ss. Si tratta di una molteplicità di temi che meriterebbero un approfondimento non possibile in questa sede.

<sup>75</sup> Si rinvia al riguardo alla sentenza CEDU, Grande Stevens del 2014. Tra gli altri sia consentito rinviare a B. RAGANELLI, *Nota alle sentenze Tar Lazio, Sez. II, 27 novembre 2014, nn. 11886 e 11887*, in *Il foro it.*, n.1/2015.

<sup>76</sup> In tal senso tra gli altri anche A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, cit., par. 1.

giurisprudenza, sono in grado di impattare in modo significativo sulle dinamiche di mercato<sup>77</sup>. In tale prospettiva è possibile intervenire per limitare le distorsioni indotte da alcune regolazioni amministrative e garantire che l'esercizio del potere amministrativo sia sempre finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico e al perseguimento dell'utilità sociale, eliminando per quanto possibile le barriere all'accesso al mercato. Si pensi, ancora una volta, alle regolazioni economiche e ambientali. E' auspicabile un maggiore e migliore uso dell'analisi costi-benefici delle varie misure regolatorie adottate, come avviene ad esempio negli Stati Uniti, dove tali analisi sono puntualmente disciplinate sul piano istituzionale e su quello procedurale, ma la regolazione di interi settori è demandata a specifiche autorità di settore. Il modello regolatorio risulta decentralizzato e, nel contempo, più vicino alle esigenze del mercato e degli operatori/utenti di riferimento, cui è consentito "partecipare" al processo di *rulemaking* secondo certe forme e modalità<sup>78</sup>.

La consapevolezza che i funzionari pubblici, come i loro committenti politici, agiscono come attori razionali e possono sfruttare rendite di posizione o essere sottoposti a "cattura", finendo vittima della capacità di influenza degli interessi privati<sup>79</sup>, impone di rivedere il rapporto tra politica e amministrazione, di prevenire e sanzionare i conflitti di interesse e fenomeni di corruzione, di rendere più trasparente l'organizzazione e l'azione amministrativa. E' richiesto al diritto amministrativo la ricerca di un equilibrio nella dialettica tra diverse esigenze funzionali della comunità: da un lato, l'esigenza di dotare gli apparati pubblici dei poteri necessari a porre rimedio a carenze e "fallimenti" di mercato; dall'altro, quella di regolare e controllare i comportamenti potenzialmente opportunistici degli agenti e evitare distorsioni nella formulazione, nell'interpretazione e nell'applicazione delle regole.

Naturalmente non si tratta di aumentare il numero e il carico delle regole, contribuendo ad aggrovigliare l'amministrazione e le sue relazioni con i privati, ma di iniziare a usare gli strumenti di cui l'ordinamento dispone in una prospettiva nuova, che tenga conto del valore degli incentivi e delle sanzioni nella formulazione delle regole e dell'impatto sul funzionamento del sistema e sul perseguimento degli obiettivi<sup>80</sup>. Sembra averlo intuito il legislatore della legge n. 114/2014, che

<sup>77</sup> Si rinvia a titolo di esempio alla letteratura internazionale su *Law and Finance*, la quale sostiene che la struttura finanziaria di un Paese possa considerarsi fortemente influenzata dalle tradizioni giuridiche e regolamentari dello stesso, con particolare riferimento alla disciplina a tutela dell'investitore. I primi e fondamentali articoli sono i lavori di LA PORTA R. – LOPEZ DE SILANES F. – SHLEIFER A. – VISHNY R. W., *Law and Finance*, in *Journal of Political Economy*, 1998, 106, pp. 1113 ss.; il *working paper* è del 1996. ID., *Legal determinants of external finance*, *Journal of Finance*, 1997, 52, pp. 1131 ss.; ID., *Investor protection and corporate governance*, *Journal of Financial Economics*, 2000; ID., *What works in securities laws?*, NBER, Working Paper n. 9882 – 2004.

<sup>78</sup> Tra gli altri J. F. LUBBERS, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, Washington, 2014; C. M. KERWIN, S. R. FURLONG, *How Government Agencies Write Law and Make Policy*, Washington, 2010; C. W. COPELAND, *Cost-Benefit and Other Analysis Requirements in the Rulemaking Process*, 2011; P. STRAUSS, T. RAKOFF, C. FARINA, G. METZGER, *Administrative Law, Cases and Comments*, 11th, 2011.

<sup>79</sup> Recentemente sul tema Z. TEACHOUT, *Corruption in America*, Harvard University Press, 2014. Tra i classici della letteratura statunitense, W.A. NISKANEN, *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago: Aldine, Atherton, 1971; G.J. STIGLER, *La teoria della regolamentazione economica*, 1971. Sullo stesso tema si veda anche J.B. AUBY, *Conflict of interest and administrative law*, in A. Peters e L. Handschin, *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge, Cambridge University press, 2012, p. 145 ss. Nella letteratura italiana, tra gli altri, S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Diritto e società*, 1992, p. 223 ss.; G. CORSO, *Politici e burocrati: interessi professionali e interesse pubblico*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2006*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 5 ss.

<sup>80</sup> Come è stato ricordato recentemente, anche il diritto amministrativo è un sistema di "prezzi impliciti" per i destinatari pubblici e privati delle sue disposizioni. Esso non ha un'immediata capacità conformativa dei comportamenti collettivi e individuali; tutt'al più, se ben disegnato, può incentivare determinate condotte con premi chiaramente apprezzabili e disincentivarne altre mediante sanzioni credibili (G. NAPOLITANO, ult. op. cit, 2014)

introduce misure per l'ulteriore accelerazione dei giudizi in materia di appalti<sup>81</sup> e misure per il contrasto all'abuso del processo<sup>82</sup>, prevedendo espressamente che il giudice, anche d'ufficio, possa condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, in presenza di motivi manifestamente infondati, stabilendo una ulteriore maggiorazione proporzionata al valore del contratto per le controversie in materia di appalti.

La strada è lunga e piena di insidie. E' necessario uno sforzo in più del legislatore, che dopo aver preso consapevolezza della necessità di intervenire nel settore della giustizia, non riesce sempre a trovare la forza di farlo con efficacia, perenne vittima di ricatti politici e di interessi corporativi, che affliggono il nostro paese da anni. Se da un lato molto si può e si deve fare per semplificare, aumentare la trasparenza amministrativa e l'efficienza degli uffici giudiziari e, in generale, migliorare lo strumento regolatorio, inteso in senso lato; dall'altro, la stessa giurisprudenza può fornire il suo prezioso e illuminato contributo per limitare, se non eliminare completamente, quelle distorsioni di cui si è ricordato e che contribuiscono a ostacolare la possibilità per il cittadino di ottenere una tutela rapida ed effettiva nei confronti dell'amministrazione responsabile. Come noto, 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<sup>83</sup>.

Ancora molto si può fare anche per deflazionare il contenzioso, senza che il tentativo sia visto come un attentato al diritto alla tutela giurisdizionale. Come sopra ricordato, perché la domanda di giustizia sia soddisfatta pienamente da un'adeguata offerta di giustizia, è necessario che sia sempre assicurato l'accesso a diversi sistemi di tutela, che si sviluppano all'interno e all'esterno dell'amministrazione o alternativi. Sia pure nel rispetto delle necessarie cautele evidenziate, le forme di giustizia alternativa intese in senso ampio, incluse le forme di autotutela amministrativa, costituiscono uno dei volti della giustizia amministrativa<sup>84</sup> in grado di favorire una tutela 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"<sup>85</sup>. Solo il contributo consapevole della giurisprudenza, infatti, può consentire di riconoscere "pienezza" alla tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione in un quadro d'insieme più ampio, nel quale la giurisdizione amministrativa dialoga con le altre giurisdizioni e si coordina con forme alternative di tutela, in modo tale da rendere finalmente il cittadino protagonista principale dell'intero sistema di tutela.

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

---

<sup>81</sup> Viene stabilito che "Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente (...)" art. 40.

<sup>82</sup> Art. 41.

<sup>83</sup> L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12, 2010, p. 1327.

<sup>84</sup> B. RAGANELLI, *I volti della giustizia: brevi riflessioni sulle alternative alla tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, ISSN 2038-3711.

<sup>85</sup> C. FRANCHINI, *Il giudice amministrativo tra tradizione e innovazione*, Relazione al convegno "Potere, mercato e giudice amministrativo nella Costituzione", Roma, AGCM, 18 novembre 2011, disponibile su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), novembre 2011.

equilibrio nel mercato, bilanciando i diversi interessi pubblici e privati; mediando con gli altri plessi giurisdizionali nella prospettiva di una effettiva unitarietà; sostenendo un'interpretazione della legge che favorisca una tutela più incisiva dei diritti e degli interessi della collettività, cui corrisponda un'evoluzione del modello di responsabilità dell'amministrazione, così assumendo un ruolo propulsore del rinnovamento istituzionale, che favorisca un necessario recupero di fiducia e credibilità anche in un contesto internazionale.