

# **UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"**

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN

DIRITTO PUBBLICO

XXI CICLO

**Il Sistema Giustizia alla luce dei nuovi principi di Scienza  
dell'Amministrazione e di Analisi Economica del diritto**

Sabrina Pietra Sampognaro

A.A. 2008/2009

Docente Guida/Tutor:  
Prof. Eugenio Picozza  
D'Atena

Coordinatore:  
Prof. Antonio

## **Indice**

### **Parte Prima**

#### **LA GIURISDIZIONE E LA SUA ATTUAZIONE NEL GIUSTO PROCESSO**

##### **Cap. 1**

###### **La Funzione giurisdizionale**

|                                                                                                   |      |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------|----|
| 1. La Giurisdizione. Natura, finalità, garanzie                                                   | Pag. | 6  |
| 2. Diritto di Azione e Diritto di Difesa                                                          | “    | 12 |
| 3. La Giurisdizione e le altre funzioni dello Stato                                               | “    | 15 |
| 4. Giurisdizione e Amministrazione                                                                | “    | 17 |
| 5. Giurisdizione e Legislazione                                                                   | “    | 19 |
| 6. L’Organizzazione della Giustizia entro il principio di divisione dei poteri: i diversi modelli | “    | 21 |
| 7. Il ruolo del Giudice nella creazione del diritto                                               | “    | 26 |

##### **Cap. 2**

###### **La Magistratura**

|                                                                                                  |      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|------|----|
| 1. Le garanzie di indipendenza e autonomia dei giudici. L’inalienabilità e la precostituzione    | Pag. | 29 |
| 2. Il Pubblico Ministero                                                                         | “    | 32 |
| 3. L’Organizzazione, il Reclutamento, la Carriera. Profili critici                               | “    | 35 |
| 4. Le principali modifiche all’Ordinamento giudiziario tra la legge 150/2005 e la legge 111/2007 | “    | 40 |
| 5. Funzioni amministrative e strumentali alla giurisdizione e incarichi extragiudiziari          | “    | 43 |
| 6. Il Consiglio Superiore della Magistratura                                                     | “    | 48 |

##### **Cap. 3**

###### **La Giurisdizione amministrativa**

|                                                          |      |    |
|----------------------------------------------------------|------|----|
| 1. Unità e pluralità di giurisdizioni nella Costituzione | Pag. | 55 |
| 2. La Giustizia Amministrativa                           | “    | 58 |

|                                                                                                                                                        |   |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|----|
| 3. Problematiche del Sistema di Giustizia Amministrativa                                                                                               | “ | 61 |
| 4. L'Evoluzione del Sistema di Giustizia Amministrativa. Il riparto di giurisdizione                                                                   | “ | 66 |
| 5. Diritti Soggettivi e Interessi Legittimi. L'Effettività della tutela attraverso il giudizio amministrativo, anche alla luce del diritto comunitario | “ | 75 |
| 6. La Riforma del Processo Amministrativo                                                                                                              | “ | 81 |
| 7. La risarcibilità degli interessi legittimi                                                                                                          | “ | 86 |

## **Cap. 4**

### **Il Giusto Processo**

|                                                                                                                                                                                       |      |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|-----|
| 1. La Novella dell'articolo 111 Costituzione e la garanzia del Giusto Processo nelle norme di diritto internazionale, in particolare la CEDU e la Giurisprudenza delle Corti Europee. | Pag. | 93  |
| 2. Gli elementi del Giusto Processo, in particolare la ragionevole durata                                                                                                             | “    | 106 |
| 2.1 La Legalità                                                                                                                                                                       | “    | 106 |
| 2.2 Il Contraddittorio e la parità delle parti                                                                                                                                        | “    | 107 |
| 2.3 L'imparzialità del giudice                                                                                                                                                        | “    | 108 |
| 2.4 La ragionevole durata del processo                                                                                                                                                | “    | 109 |
| 3. Considerazioni economiche influenti sulla domanda di giustizia                                                                                                                     | “    | 118 |
| 4. Il Giusto Processo Amministrativo                                                                                                                                                  | “    | 122 |
| 5. Considerazioni su garanzie giurisdizionali e giusto processo                                                                                                                       | “    | 126 |

## **Parte Seconda**

### **L'AMMINISTRAZIONE**

## **Cap. 1**

### **La Riforma della Pubblica Amministrazione**

|                                                                                          |      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------|------|-----|
| 1. Premessa.                                                                             | Pag. | 130 |
| 2. La riforma dell'Amministrazione Pubblica alla luce dei principi di New Public Economy | “    | 131 |
| 3. Le leggi di riforma                                                                   | “    | 134 |

|                                                                 |   |     |
|-----------------------------------------------------------------|---|-----|
| 4. L'Organizzazione amministrativa italiana prima delle riforme | “ | 138 |
| 5. Il nuovo principio di legalità                               | “ | 140 |
| 6. L'imparzialità.                                              | “ | 145 |
| 7. Efficienza, Efficacia, Economicità dell'azione pubblica.     | “ | 147 |
| 8. Cause ostative all'efficienza                                | “ | 152 |
| 9. La pubblica amministrazione come organizzazione              | “ | 153 |

## **Cap. 2**

### **La Separazione tra Politica e Amministrazione**

|                                                                                                    |      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|------|-----|
| 1. Il Principio di Separazione                                                                     | Pag. | 157 |
| 2. La teoria del Nigro sull'Organizzazione                                                         | “    | 160 |
| 3. La Separazione nelle leggi di riforma. Il ruolo dei Dirigenti, gli Incarichi, lo Spoil – System | “    | 162 |
| 4. Osservazioni sulla reale operatività del principio di separazione                               | “    | 169 |
| 5. Il punto di equilibrio tra principio di separazione e soggezione all'indirizzo governativo.     | “    | 172 |

## **Cap. 3**

### **La Cultura del Risultato**

|                                                                                |      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|------|-----|
| 1. Dall'Amministrazione per procedure all'Amministrazione di risultato         | Pag. | 174 |
| 2. L'ampliamento dei compiti pubblici e l'intervento dello Stato nell'economia | “    | 177 |
| 3. Le Organizzazioni professionali nella pubblica amministrazione              | “    | 179 |
| 4. L'Azienda “Pubblica Amministrazione”.                                       | “    | 181 |
| 5. I controlli                                                                 | “    | 186 |
| 6. Il nuovo Bilancio Statale                                                   | “    | 188 |
| 7. Considerazioni conclusive                                                   | “    | 195 |

**Parte Terza**  
**L'EFFICIENZA DEL SISTEMA GIUSTIZIA**

|                                                               |      |     |
|---------------------------------------------------------------|------|-----|
| 1. La finalità del Giusto Processo                            | Pag. | 197 |
| 2. L'Organizzazione giudiziaria alla luce del giusto processo | “    | 198 |
| 3. Le proposte di riforma.                                    | “    | 200 |
| 4. L'incremento dell'efficienza. Il Processo Telematico       | “    | 201 |
| 5. La privatizzazione dei servizi                             | “    | 205 |
| 6. La specializzazione dei giudici                            | “    | 211 |
| 7. La direzione degli uffici                                  | “    | 211 |

**Considerazioni Conclusive**

**I LIMITI DELL'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI ECONOMICI ALLE ATTIVITA'  
PUBBLICHE**

|                                                                                                                                                          |      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|-----|
| 1. Le principali trasformazioni dell'Attività amministrativa                                                                                             | Pag. | 218 |
| 2. Il Principio di Legalità nel Diritto Amministrativo in trasformazione.<br>Amministrazione di risultato e limiti all'applicazione di regole economiche | “    | 222 |

## **Parte prima**

\*\*\*\*

# **LA GIURISDIZIONE E LA SUA ATTUAZIONE NEL GIUSTO PROCESSO**

## **Cap. 1. LA FUNZIONE GIURISDIZIONALE**

### **1. La giurisdizione. Natura, finalità, garanzie.**

Il riconoscimento di un diritto da parte dell'Ordinamento, sarebbe privo di significato senza la previsione di rimedi per il caso in cui venga leso. Il titolare di ogni situazione giuridica protetta dal diritto, infatti, ha la facoltà di agire in giudizio per ottenerne l'attuazione, la tutela e il ripristino, per mezzo di un'autorità imparziale innanzi alla quale esporre le proprie ragioni adducendo le prove che le sostengono. Da tale basilare esigenza scaturisce la garanzia del giusto processo.<sup>1</sup>

La Giustizia, prima che un potere, è un diritto dei cittadini. Essa rappresenta lo strumento di tutela dei diritti della persona, che si attua attraverso l'esercizio della giurisdizione e nella forma del processo, mediante il quale lo Stato – apparato garantisce i diritti dello Stato – comunità.<sup>2</sup>

La giurisdizione è assunta quale fondamentale funzione dello Stato in conseguenza dell'elementare divieto di farsi giustizia da se. Essa si svolge essenzialmente mediante l'attività di due soggetti, l'iniziativa della persona che chiede giustizia, e l'opera di colui che è tenuto a renderla, il quale, di solito, è inserito professionalmente nell'organizzazione statale.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> M. Mazziotti Di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano Giuffrè 1993, 319.

<sup>2</sup> G. Giacobbe, *I nodi irrisolti della Giustizia Civile*, Iustitia, 2006, 171.

<sup>3</sup> A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova Cedam 1985, 75.

La funzione giurisdizionale è posta in essere mediante l'accertamento della volontà normativa da applicarsi ad un caso concreto sul quale è insorta una controversia. Essa tende, pertanto, a riaffermare la certezza del diritto, reintegrando l'ordine giuridico violato.

L'attività di determinazione del diritto vigente ad opera di un soggetto pubblico, terzo ed imparziale rispetto agli interessi concreti coinvolti nel processo, si compie con effetti che vincolano le parti in causa alla stregua di norme giuridiche. La giurisdizione, infatti, consiste nella risoluzione autoritativa dei conflitti di interesse, e nella restaurazione dell'ordine giuridico violato, che si opera rendendo effettivo il diritto oggettivo mediante l'interpretazione e l'applicazione delle norme giuridiche.<sup>4</sup>

Essa costituisce esecuzione della norma, o meglio della parte sanzionatoria di questa, per garantire, mediante l'attuazione del diritto oggettivo, la certezza del diritto nei rapporti intersoggettivi.

Si pone in essere su istanza di parte o di un soggetto pubblico preposto alla tutela degli interessi generali, ed ha carattere alternativo rispetto alla eventualità di "farsi giustizia da soli", possibilità vietata nei moderni ordinamenti.<sup>5</sup>

La giurisdizione rappresenta una condizione indefettibile all'esistenza dell'ordinamento giuridico della società organizzata, che non può fare a meno di idonei sistemi di ripristino coattivo dell'osservanza delle sue norme, attivabili nel caso di mancato adeguamento spontaneo.<sup>6</sup>

La finalità della giurisdizione, pertanto, si individua tradizionalmente nell'attuazione del diritto oggettivo attraverso il processo. Questo costituisce un'attività di natura pubblicistica che si compone di una serie concatenata di atti formali, ed ha come presupposto una controversia intersoggettiva originatasi dalla violazione o dalla mancata applicazione di una norma o da una condotta trasgressiva, lesiva di beni giuridicamente rilevanti.<sup>7</sup>

Vi sono ordinamenti nei quali i giudici non risolvono le controversie mediante l'applicazione delle norme vigenti, ma creano la norma da applicare al caso concreto, c.d. diritto libero.

In tal caso il giudice non è solo interprete, ma partecipa attivamente al processo di creazione del diritto.

Si osserva che, individuando nell'attuazione del diritto l'unica finalità della funzione giurisdizionale, il suo esercizio dovrebbe riservarsi esclusivamente agli organi pubblici. In alcuni casi, invece, l'ordinamento consente il ricorso a forme alternative di risoluzione delle

---

<sup>4</sup> A. Meloncelli, *Diritto pubblico*, Maggioli editore 1992, 673.

<sup>5</sup> G. Vignocchi, *Corso di Diritto Pubblico*, Milano Giuffrè 1994, 311.

<sup>6</sup> L. Battista, *Tutela giurisdizionale dei diritti, forme sostitutive del processo per le controversie individuali di lavoro, libertà ed eguaglianza*, Iustitia, 2002, p. 619.

<sup>7</sup> G. Vignocchi, *Corso di Diritto Pubblico*, cit. 311.

controversie, come l'arbitrato. Inoltre, non potrebbe ammettersi la coesistenza di interpretazioni giurisprudenziali differenti, in quanto contrastanti con l'univocità del diritto oggettivo.

E' più corretto ritenere, pertanto, che l'attuazione del diritto non costituisce lo scopo ultimo, bensì il mezzo attraverso cui si svolge la funzione giurisdizionale, che ha quale finalità la composizione o la risoluzione autoritaria dei conflitti tra i soggetti sociali.

La giurisdizione presuppone il riconoscimento della rilevanza sociale di determinati interessi privati cui è apprestata tutela mediante l'attuazione di quelle norme che hanno ad oggetto la garanzia dei medesimi, e ne concreta la loro funzione sociale. Il conflitto intersoggettivo al quale consegue l'attivazione della funzione giurisdizionale è risolto autoritariamente dal giudice pronunciando una decisione, di regola in forma di sentenza, destinata ad acquisire, attraverso il passaggio in giudicato, la stessa efficacia imperativa di una norma di legge, ma soltanto nei confronti delle parti in causa.<sup>8</sup>

L'attività giurisdizionale si caratterizza per il fatto di essere svolta da soggetti terzi ed imparziali, i quali appartengono ad un complesso di organi indipendente ed autonomo, sia nei rapporti con gli altri poteri dello Stato, che nei rapporti interni ad esso.

L'indipendenza della magistratura da ogni altro potere è formalizzata nell'articolo 104 comma I Costituzione; essa consegue al principio di divisione dei poteri e costituisce un fondamentale valore di garanzia delle libertà, impedendo che tutti i poteri sovrani possano concentrarsi in capo ad un medesimo ordine di organi.

Si ricollega a questo principio anche la previsione di giurisdizioni differenziate, vale a dire l'attribuzione di specifici tipi di controversie a corpi di giudici speciali. La funzione giudiziaria, infatti, non si concentra in capo ad un unico apparato, sebbene l'articolo 111 comma 7 Costituzione riconosca il principio di unità della giurisdizione devolvendo alla Corte di

---

<sup>8</sup> F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, Padova Cedam 1972, vol. I 109.

*Contra*: Santi Romano, *Il diritto pubblico italiano*, Giuffrè editore Milano 1988, 364, 365. Per tale autore, la giurisdizione è posta a presidio dell'interesse pubblico al rispetto della legge, allo scopo di tutelare l'ordinamento giuridico oggettivo. Tale scopo può coincidere con la tutela di interessi soggettivi potenzialmente confliggenti con interessi pubblici di altra natura.

Si tratta in tal caso di una finalità solo secondaria della giurisdizione; deputata quest'ultima, al pari della legislazione, alla esclusiva tutela del diritto oggettivo. A differenza della legislazione, che non si interessa affatto dei rapporti concreti, la giurisdizione li esamina nella misura in cui essi siano coinvolti dall'interesse della legge, ma non in quanto la loro cura ne costituisca la sua finalità. Il potere giurisdizionale è vincolato nel suo contenuto, non avendo fini autonomi distinti da quelli legislativi. La norma giuridica non costituisce un limite all'attività giurisdizionale (come avviene per l'esercizio della funzione amministrativa), ma il suo costante canone di riferimento, posto che l'oggetto della giurisdizione è costituito proprio dalla attuazione della legge.

Cassazione il potere di risolvere i conflitti di giurisdizione insorti tra giudici appartenenti a distinti ordini.<sup>9</sup>

La previsione nel nostro ordinamento di differenti ordini giurisdizionali risponde anche ad un principio di specializzazione del lavoro.<sup>10</sup>

I principi di indipendenza ed imparzialità dell'organo giudiziario garantiscono al cittadino di poter ricevere tutela nei confronti di ogni soggetto, pubblico o privato. Ciascun soggetto, infatti, ancorché titolare di funzioni di governo della comunità, è tenuto a sottostare al potere giudiziario.

La proclamazione del carattere indipendente ed autonomo della magistratura ad opera dell'articolo 104 Costituzione, non implica che ai giudici sia riconosciuta la qualità di organi costituzionali; essi, infatti, non partecipano all'esercizio di potestà di governo. L'articolo 98 ultimo comma della Costituzione anzi rende nota la volontà dell'ordinamento di garantire l'apoliticità dei giudici, consentendo al Legislatore ordinario di stabilire divieti di iscrizione ai partiti politici nei confronti dei magistrati.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> E. Spagna Musso, *Diritto Costituzionale*, Padova Cedam 1992, 593 e ss.

<sup>10</sup> Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, nona edizione, tomo II, Padova, Cedam, 1976, 1251. Cfr. Mazziotti Di Celso, Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*. Cedam 2002., 422.

<sup>11</sup> E. Spagna Musso, *Diritto Costituzionale*, cit. 593 e ss.

*Contra*: F. Pergolesi, *op. cit.* 139-141, per il quale la magistratura, definita dalla Costituzione quale "ordine", deve riconoscersi come potere dello Stato ( in tal senso la relazione dell'On. Ruini in seno alla Costituente). Rientra nella definizione di potere dello Stato, infatti, un settore della potestà sovrana individuato attraverso l'esercizio di una funzione attribuita ad appositi organi a ciò preposti. Il potere giudiziario è esattamente individuato nell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte della magistratura, "ordine" separato, indipendente ed autonomo rispetto a complessi di organi preposti ad altre funzioni. Ciascun organo ad essa appartenente esercita con indipendenza funzioni afferenti ad uno dei tre poteri dello Stato, e pertanto "merita" l'attribuzione della qualità di organo costituzionale.

Nello stesso senso C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, decima edizione Tomo I a cura di Modugno, Baldassarre, Mezzanotte, Padova Cedam 1991, 303, 378-384., che attribuisce alla funzione giurisdizionale la natura di potere dello Stato, sia da un punto di vista oggettivo in virtù dell'autonomia dagli altri poteri, che soggettivo, poiché essa è esercitata da un complesso di organi costituente un ordine indipendente da ogni altro potere.

Cfr. S. Bartole, *Giudici e attuazione di valori costituzionali*, Relazione al Convegno "Giurisdizione e giudici nella Costituzione, Corte di Cassazione, giugno 2008, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Sul tema ha inciso la giurisprudenza costituzionale, ad es. con le ordinanze 228 e 229 del 1975, in cui, tratteggiando la figura del conflitto da menomazione - cagionato dalla interferenza nella sfera di competenza di un altro potere dello Stato ovvero dall'impedimento all'esercizio di attribuzioni costituzionalmente previste - si afferma che qualunque organo giurisdizionale può essere parte di tale conflitto, posto che è peculiarità dell'ordine giudiziario l'assenza di un rapporto di gerarchia intercorrente tra gli organi che ne fanno parte, i quali sono soggetti solo alla legge. Ciascuno di tali organi, pertanto, è abilitato a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene, sebbene non ne rappresenti il vertice. La legittimazione dei giudici ad essere parte dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, pertanto, consegue alla loro posizione di indipendenza ed al

La garanzia giurisdizionale è attuata dal giudice attraverso la sua esclusiva soggezione alla legge, in base al principio posto dall'art. 101 comma I Costituzione. La funzione giurisdizionale, costituita dall'interpretazione neutrale e dall'applicazione integrale del diritto alla luce dei principi e dei valori costituzionali, in quanto soggetta alla legge, è espressione della sovranità popolare.

La soggezione alla legge costituisce la legittimazione del potere del giudice, il quale, seppur privo di una investitura rappresentativa, esercita una frazione di sovranità popolare.

Tale sottoposizione, inoltre, garantisce l'imparzialità; il giudice è guidato dalla norma di legge, ma è indipendente, sia dall'autorità dalla quale la norma astratta promana, che dai soggetti titolari degli interessi concretamente coinvolti nella controversia oggetto del giudizio. Il titolare delle funzioni giudiziarie deve rendere giustizia a tutta la comunità nazionale applicando la legge, ma rimanendo terzo rispetto alle scelte di natura politica in base alle quali essa è emanata.<sup>12</sup>

Il processo giurisdizionale è esente da influssi sociali che non si siano canalizzati nel diritto positivo traducendosi in norme di legge, il giudice, infatti, non può trarre la regola di giudizio direttamente dall'ordine sociale, così come l'eventuale sindacato avverso la decisione giudiziaria non può basarsi su elementi esterni al processo.<sup>13</sup>

La terzietà che contraddistingue la funzione giudiziaria impone la previsione di adeguate garanzie di indipendenza a favore dei titolari della funzione medesima, indispensabili all'imparzialità della decisione e, dunque, al corretto esercizio della giurisdizione. L'esercizio di una porzione di sovranità, infatti, non può svolgersi se non in posizione di indipendenza. Il principio di divisione dei poteri importa il frazionamento dell'assetto politico dell'organizzazione statale al fine di tutelare la libertà dei cittadini contro degenerazioni autoritarie del potere. L'indipendenza dei giudici è tutelata sotto un duplice profilo, a favore dell'organizzazione giudiziaria nel suo complesso, ed in relazione ai rapporti tra i singoli organi che vi fanno parte.<sup>14</sup>

L'indipendenza esterna ed interna dei giudici è garantita attraverso due fondamentali modalità organizzative, vale a dire riservando il governo dei giudici unicamente al Consiglio Superiore della Magistratura, e mediante l'articolo 107 Costituzione, a norma del quale "i magistrati si distinguono tra loro solo per diversità di funzioni". Tale norma sottrae i giudici ad ogni forma di dipendenza gerarchica nei confronti dei capi degli uffici e dei magistrati di grado superiore.<sup>15</sup>

---

*fatto che le loro attribuzioni derivano direttamente dalla Costituzione. Tali affermazioni hanno determinato il riconoscimento del potere giudiziario come diffuso.*

<sup>12</sup> A. Gustapane *Giudice e Pubblico Ministero nel Giusto Processo, Diritto e Società*, anno 2001, 7.

<sup>13</sup> N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè 1995, 56, 57.

<sup>14</sup> E. Spagna Musso, *Diritto Costituzionale*, cit. 593 e ss.

<sup>15</sup> A. Proto Pisani, *Conati di riforma dell'ordinamento giudiziario, Democrazia e Diritto*, anno 2003, 175.

L'indipendenza esterna, garantita nei confronti degli altri poteri dello Stato, si assicura, rispetto all'Esecutivo, sottraendo ad esso ogni potere relativo alla carriera giudiziaria; non è, invece, altrettanto garantita nei confronti del Legislativo, il quale, attraverso le norme sullo stato giuridico ed economico dei magistrati, può indirettamente influire sul giudiziario.<sup>16</sup>

La soggezione soltanto alla legge garantisce la c.d. autonomia funzionale dei giudici,<sup>17</sup> escludendo che l'esercizio della funzione giurisdizionale possa essere condizionato alle influenze di altri poteri, pubblici o privati, o sottostare ad un qualunque interesse divergente dall'attuazione dei principi costituzionali.<sup>18</sup> A tale principio si lega quello posto dall'articolo 104, che garantisce l'autonomia organizzativa, definendo la magistratura quale "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere".

La scelta del termine "ordine" anziché "potere" si riannoda alle teorie di Rousseau e Montesquieu, in cui la funzione esecutiva e la funzione giurisdizionale non erano separate; la giurisdizione era parte dell'amministrazione, in quanto ambedue le attività erano dirette all'applicazione della legge.<sup>19</sup>

Il termine potere fu altresì ritenuto da parte del Costituente inappropriato all'esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto esso è più opportunamente riferibile ad un'attività a carattere volitivo, mentre alla giurisdizione si riconosce natura dichiarativa della volontà legislativa.<sup>20</sup>

Per ordine si intende un complesso di uffici tra loro collegati e retti da un unitario criterio organizzativo.<sup>21</sup>

Il termine giurisdizione viene anche usato per individuare la frazione di funzione giurisdizionale spettante ai magistrati di un determinato ordine.<sup>22</sup>

L'attività giurisdizionale è esercitata attraverso un procedimento, vale a dire una serie concatenata di atti che prende il nome di processo. In esso agiscono due o più parti aventi contrapposti interessi ed il giudice in posizione di imparzialità. Ciascuna delle parti ha la pretesa di ottenere dal giudice una pronuncia strumentale al soddisfacimento del proprio interesse sostanziale. Il giudice ha il dovere di rendere la pronuncia;<sup>23</sup> l'esercizio della funzione giurisdizionale è obbligatorio da parte sua, non potendo rifiutare di decidere intorno ad una controversia

---

<sup>16</sup> P. Virga, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè 1979, 475 e ss.

<sup>17</sup> Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit. 1248.

<sup>18</sup> Mazziotti, Di Celso, Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, cit. 417.

<sup>19</sup> Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 304.

<sup>20</sup> Mortati, *op. cit.*, 378.

<sup>21</sup> Mazziotti, Di Celso, Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, cit. 419.

<sup>22</sup> G. Falcon, *Lineamenti di diritto pubblico*, Cedam 1991, 400.

<sup>23</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1248.

ritualmente devoluta al suo giudizio (c.d. divieto di non liquet, principio sull'effettività del quale incidono pesantemente i ritardi nella definizione dei procedimenti.)<sup>24</sup>

Le parti ed il giudice costituiscono i soggetti del rapporto giuridico processuale, che è un rapporto di diritto pubblico autonomo rispetto al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, il quale, invece, è intercorrente soltanto tra le parti.<sup>25</sup>

A norma dell'articolo 101 comma I Costituzione "la giustizia è amministrata in nome del popolo". Questo disposto, lungi dall'assoggettare la funzione giudiziaria ad una investitura democratica e a conseguenti forme di responsabilità di tipo politico, opera il rafforzamento dei principi che, al contrario, esentano i magistrati da ogni influenza o condizionamento. La disposizione in commento si lega, infatti, al secondo comma dello stesso articolo, a norma del quale "I giudici sono soggetti soltanto alla legge". Il giudice non esercita la giurisdizione come rappresentante del popolo ma "in nome del popolo" attraverso la soggezione alla legge, che costituisce la più diretta espressione della sovranità popolare. L'articolo 101, pertanto, contribuisce ad individuare nella funzione preposta a garantire l'effettività dell'ordinamento, un riflesso della sovranità.

Il richiamato primo comma dell'articolo 101 non può invece riduttivamente intendersi come previsione della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia, ipotesi del tutto marginale rispetto al normale esercizio da parte di magistrati di carriera.<sup>26</sup> L'articolo in esame può, invece, essere interpretato anche nel senso secondo il quale il Costituente avrebbe accolto l'idea di una giustizia popolare, una giustizia per tutti e non di classe.<sup>27</sup>

## **2. Diritto di azione e diritto di difesa**

La tutela giudiziaria è garantita dall'articolo 24 comma 1 Costituzione, a norma del quale "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi". Il diritto di azione, il cui esercizio attiva il potere – dovere del giudice di rendere una pronuncia, rientra tra i diritti inviolabili e costituisce uno dei principi supremi del nostro ordinamento.<sup>28</sup>

Esso si connette al principio democratico e si sostanzia nell'assicurare a tutti, sempre e per qualsiasi controversia, un giudizio reso da un giudice.

---

<sup>24</sup> G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli Bologna, 1996-97, 526.

<sup>25</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit. 1248.

<sup>26</sup> *Commentario della Costituzione, articoli 101-103*, R. Guastini, A. Pizzorusso, Tomo I, *La Magistratura*, Zanichelli edit. Bologna, *Il Foro italiano* Roma. V. anche G. Guzzetta, F. S. Marini, *Diritto pubblico italiano e comparato*, Giappichelli Torino 2006, 417.

<sup>27</sup> Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam 1995, 420.

<sup>28</sup> Corte Costituzionale, sentenza 2 febbraio 1982 n. 18 in *Giur. Cost.* I 1982, 175 e ss.

L'articolo 24 si collega anche all'articolo 3 Costituzione, imponendo l'eliminazione dei limiti indiretti al suo esercizio costituiti, ad esempio, dal sottrarre alcune categorie di soggetti al potere giurisdizionale; le garanzie previste si trasferiscono dal piano formale a quello sostanziale, essendo escluso che possano subire limitazioni in ragione di ostacoli di ordine economico.<sup>29</sup>

Il diritto di agire in giudizio per chiedere ad un giudice terzo ed imparziale l'attuazione e la protezione delle proprie situazioni giuridiche soggettive costituisce il fondamento della garanzia del giusto processo, proclamata dagli ordinamenti moderni. Si tratta di un principio generale riconosciuto da molte costituzioni nazionali e da convenzioni internazionali, esso opera anche nel diritto sostanziale, in particolare nell'ambito del procedimento amministrativo così come regolato dalla legge 241/90.

La legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 ha novellato l'art. 111 Costituzione introducendo la previsione espressa del giusto processo, concetto che era già rinvenibile in varie disposizioni costituzionali; esso, infatti, si legava e si lega al fondamentale ed inviolabile diritto civico di azione, che permette di rivolgersi ad un giudice al fine di conseguire un'efficace tutela della propria posizione giuridica soggettiva. Tale garanzia non può né essere esclusa né limitata, l'esercizio del diritto di azione, infatti, non può essere subordinato a condizioni o oneri tali da renderlo impossibile o gravoso, per tutti o per particolari categorie di soggetti (in applicazione dell'art. 3 Cost.).<sup>30</sup>

L'articolo 24 Costituzione garantisce altresì il diritto di difesa, qualificato inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, ed assicura ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. I due aspetti, diritto di azione e diritto di difesa sono strettamente legati; entrambi garantiscono il diritto di accedere alla tutela giurisdizionale, sia assumendo l'iniziativa di instaurare un processo per affermare le proprie pretese sostanziali che resistendo a pretese altrui avanzate in giudizio. L'affermato carattere di inviolabilità di tale diritto implica forme di tutela differenziata per i non abbienti. Queste misure non si limitano alla previsione di istituti come il patrocinio a spese dello Stato - mediante il quale si assicura ai non abbienti la difesa tecnica nel processo - ma ricomprendono ogni strumento garantistico riconducibile al concetto di assistenza giudiziaria. L'espressione diritto di difesa, infatti, sintetizza tutta la gamma di facoltà concesse alle parti in giudizio. Il diritto di difendersi attraverso lo strumento giudiziario contro pretese o lesioni provenienti da soggetti pubblici o privati nei confronti della propria sfera giuridica è fondamento dello Stato di diritto e non può subire limitazioni.

---

<sup>29</sup> Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit. 1266, 1267.

<sup>30</sup> M. Mazziotti Di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit. 1993, 319.

Il diritto all'assistenza giudiziaria per i non abbienti ha ad oggetto la salvaguardia del principio di parità delle parti nel giudizio, rendendo effettivo il diritto alla tutela giurisdizionale.<sup>31</sup>

Il diritto di difesa assicura il contraddittorio e garantisce a ciascuna parte la possibilità di far valere le proprie ragioni. Esso implica (in base a quanto affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza 18 marzo 1957 n. 46) la difesa tecnica, ma non si esaurisce in essa. La difesa tecnica, infatti, non costituisce che una delle modalità in cui può estrinsecarsi il diritto di difesa, il cui esercizio si può diversificare, nel rispetto della parità tra le parti, in relazione ai vari interessi coinvolti nel processo. Si è sostenuto che sarebbe opportuno il venir meno della obbligatorietà della difesa tecnica nel processo civile, che ha ad oggetto situazioni nella libera disponibilità delle parti.<sup>32</sup>

Nel giudizio penale, invece, la difesa tecnica, pur essendo libero l'imputato di rinunziarvi, è sempre indispensabile, poichè la presenza del difensore è diretta, oltre che a garantire all'imputato la possibilità concreta di avvalersene, anche a tutelare la regolarità del procedimento. (così Corte Cost. sent. 125/1979 e n. 188/1980). Nel caso di rinuncia da parte dell'imputato, pertanto, l'obbligatoria presenza del difensore d'ufficio non contrasta con il diritto di difesa (il cui rispetto coincide anche con la libertà di non ricorrere ad alcun mezzo di difesa), se l'avvocato si limita a svolgere il ruolo di mero garante della regolarità processuale senza sostenere argomentazioni difensive di merito.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> *Prima dell'emanazione della legge 30 luglio 1990 n. 217 non esisteva nel nostro Paese un sistema adeguato di difesa giudiziaria dei non abbienti. Il R.D. 3282/1923 prevedeva il patrocinio gratuito, trasferendone i costi a carico delle classe forense, salvo rivalsa nei confronti della controparte soccombente. L'attuale normativa sul patrocinio a spese dello Stato (non più gratuito), invece, addossa il relativo sacrificio economico sulla collettività. Questo istituto, ponendosi in linea con l'attuazione della garanzia costituzionale ex articolo 24, rende effettiva la parità delle parti nel processo, anche mediante l'attribuzione a favore del soggetto ammesso al beneficio, della facoltà di scelta del difensore, facoltà un tempo prevista solo limitatamente al rito del lavoro (legge 533/1973).*

<sup>32</sup> Rodio R.G., *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, Cedam Padova 1990, 46 e ss.

<sup>33</sup> A. Pizzorusso, *L'Organizzazione della giustizia in Italia*, Piccola biblioteca Einaudi, 1990, 182.

### 3. La giurisdizione e le altre funzioni dello Stato

Concettualmente la funzione giurisdizionale è parte della funzione esecutiva,<sup>34</sup> entrambe le attività, infatti, sono dirette all'attuazione del diritto, compito che dal punto di vista dell'amministrare rappresenta un mezzo per realizzare modificazioni della realtà oggettiva mentre per la giurisdizione costituisce un fine. La giurisdizione, infatti, può fermarsi alla pura e semplice dichiarazione del diritto, o può indurre modificazioni della realtà oggettiva che si sostanziano nel ripristino di una precedente situazione o nel suo equivalente accettato dalla coscienza sociale (ad es. in termini di risarcimento del danno, punizione del reo, ecc.). Essa non ha lo scopo di modificare la realtà, ma di conservarla nella forma originaria o per equivalente. Il giudice, infatti, prende in considerazione sempre fatti già accaduti, dei quali statuisce incontrovertibilmente la conformità o difformità al diritto. La giurisdizione, pertanto, può essere definita come funzione di controllo dei comportamenti sociali, finalizzata alla conservazione e restaurazione dell'ordine prescritto dal diritto.

L'attività del giudice, infatti, ha natura sostitutiva, in quanto prende il posto del comportamento previsto, e può anche avere una funzione di controllo nei confronti dell'operato di altri organi pubblici. L'applicazione di alcuni tipi di norme, come ad esempio quelle penali, non può essere spontaneamente attuata dalle parti ma è sempre riservata all'organo giurisdizionale, e si svolge su domanda di un'organo pubblico, (pubblico ministero).<sup>35</sup>

Vi sono altre forme di controllo sociale esercitate con strumenti giuridici che non integrano esercizio di funzione giurisdizionale, come ad es. il controllo di legittimità degli atti amministrativi da parte della Corte dei Conti. Carattere distintivo dell'attività giurisdizionale è costituito dall'avere ad oggetto la tutela di situazioni giuridiche soggettive, di diritto soggettivo o interesse legittimo, e dall'essere posta in essere da parte di autorità che hanno il potere di decidere definitivamente su di esse. La giurisdizione, pertanto, costituisce una forma di controllo giuridico finalizzato alla tutela, mediante pronunce definitive, di situazioni giuridiche soggettive.

<sup>36</sup>

Essa è esercitata da un'autorità che non è parte dei rapporti e delle situazioni giuridiche sui quali è chiamata ad operare, a differenza dell'organo amministrativo il quale agisce allo scopo di realizzare interessi suoi propri, ancorchè di natura pubblica, il perseguimento dei quali incontra un limite nella legge.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> U. Italia, C.E. Traverso, *Elementi di diritto pubblico*, Giuffrè editore 1992, 182.

<sup>35</sup> A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., 3, 4.

<sup>36</sup> G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, cit. da p. 514.

<sup>37</sup> Santi Romano, *Il diritto pubblico italiano*, cit. 364.

Il carattere di terzietà del giudice è individuato, pertanto, come primo elemento di distinzione tra la giurisdizione ed altre funzioni dello Stato. Altra particolarità consiste nel fatto che tale funzione è sempre subordinata all'esercizio del potere di azione, vale a dire che si pone in essere solo ad impulso di parte e mai ex officio; la giurisdizione partecipa all'esercizio della sovranità popolare attraverso l'emanazione di una "norma" - in forma di sentenza - che scaturisce da un giudice terzo su istanza di parte.<sup>38</sup>

Il potere giurisdizionale "entra in azione" soltanto in forza di un impulso esterno, in quanto è chiamato a garantire l'interpretazione e l'applicazione della legge senza essere titolare o rappresentante di interessi ed esigenze autonome;<sup>39</sup> se il giudice potesse giudicare spontaneamente, verrebbe meno la sua imparzialità poiché l'iniziativa costituisce atto di scelta.<sup>40</sup>

Il potere giurisdizionale, invece, è privo di discrezionalità, dovendo, a differenza del potere esecutivo, sottostare a scelte volitive predeterminate. I suoi organi sono privi anche di potestà normative.

Sia l'esecutivo che il giudiziario operano in applicazione di norme di legge, il primo è chiamato a soddisfare gli interessi affidati alla sua cura dando attuazione alle scelte politico-amministrative, mentre il secondo è autonomo da tali scelte.<sup>41</sup>

La giurisdizione si differenzia dalla funzione di indirizzo politico spettante agli organi costituzionali rappresentativi, in quanto questa è libera nei fini mentre la discrezionalità giudiziaria opera nell'ambito di fini predeterminati ed è esercitata da organi indipendenti non costituzionali, i quali emettono atti di giudizio e non di volontà. La funzione giurisdizionale è diretta alla applicazione e non alla creazione del diritto, essa, infatti, presuppone la sussistenza di una norma giuridica generale ed astratta mediante la quale regolare la fattispecie concreta. Il giudice può integrare e adeguare la norma generale ed astratta applicabile al caso di specie, ma la sua attività interpretativa non può spingersi alla creazione di una nuova norma giuridica, ed i suoi atti non posseggono l'efficacia generale tipica delle norme giuridiche.

Gli atti giurisdizionali non sono mai di formazione spontanea, come alcuni atti normativi, ad esempio le consuetudini, ma hanno sempre natura autoritativa, sono imputabili a soggetti determinati e rivestono necessariamente la forma scritta.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit 418.

<sup>39</sup> U. Italia, C.E. Traverso, *Elementi di diritto pubblico*, cit. 182.

<sup>40</sup> G. Ferrari, *Corso istituzionale di diritto pubblico*, Giuffrè Milano 1987, 183.

<sup>41</sup> Mortati, *op. cit.* 378.

<sup>42</sup> A. Meloncelli, *Diritto pubblico*, cit. da p. 673.

#### 4. Giurisdizione e amministrazione

La giurisdizione si differenzia dall'amministrazione in quanto la prima applica la legge al fine di risolvere una controversia tra soggetti e ristabilire l'ordine giuridico violato, la seconda allo scopo di realizzare determinati interessi concreti conformi ai fini predeterminati dagli organi di governo. Entrambe le attività ed i poteri ad esse connessi trovano fondamento in una norma giuridica, con la differenza che la legge concede all'amministrazione un maggior margine di autonomia nel perseguimento delle finalità assegnatele. L'attività giurisdizionale, invece, nonostante debba svolgersi mediante strumenti tipizzati, non è vincolata ad obiettivi operativi predeterminati né all'osservanza dell'indirizzo politico, ma soggiace soltanto al generale interesse consistente nel rispetto della legge.<sup>43</sup>

La discrezionalità giudiziaria si esercita nei limiti delle norme mentre la discrezionalità amministrativa deve sottostare anche ai fini politico - amministrativi, motivo per il quale gli organi amministrativi, a differenza di quelli giudiziari, sono inseriti in una struttura gerarchica e sottoposti a poteri di indirizzo, coordinamento e controllo da parte dei titolari di funzioni politiche. La norma giuridica rappresenta per il giudice la fonte da cui trarre la regola di giudizio e per l'organo amministrativo il limite allo svolgimento della sua attività di attuazione dell'indirizzo politico.<sup>44</sup>

Il giudice è terzo imparziale rispetto alle parti della controversia oggetto del rapporto processuale, laddove la pubblica amministrazione è "parte imparziale" del rapporto amministrativo;<sup>45</sup> il primo agisce solo su domanda, la seconda anche d'ufficio. Differente efficacia presentano gli atti tipici espressione dell'una e dell'altra funzione, vale a dire l'atto amministrativo e la sentenza; ambedue acquistano valore di cosa giudicata in senso formale allorché non soggetti a mezzi di impugnazione (a seguito di acquiescenza, decorso dei termini, esperimento dei gravami), ma il primo non acquisisce mai l'efficacia di cosa giudicata in senso sostanziale propria della sentenza, effetto che determina, oltre alla incontrovertibilità, l'immodificabilità del rapporto sostanziale di merito dedotto in giudizio. Il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino oggetto dell'atto divenuto inoppugnabile, invece, può sempre essere modificato dalla pubblica amministrazione per ragioni di interesse pubblico, attraverso un atto di ritiro.<sup>46</sup>

Gli atti amministrativi, infatti, sono soggetti ad un regime formale che li rende sempre revocabili e annullabili nell'esercizio dei poteri di autotutela dell'autorità amministrativa, essi sono altresì

---

<sup>43</sup> A. Meloncelli, *Diritto pubblico, cit. da p. 673*

<sup>44</sup> A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia, cit., 20.*

<sup>45</sup> Così U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa, Cedam Padova 1965, 29*

<sup>46</sup> A. Meloncelli, *Diritto pubblico, cit. da p. 673*

suscettibili di annullamento da parte del giudice amministrativo, mentre il giudice ordinario può solo disapplicarli. Il valore formale della sentenza, invece, implica che la statuizione in essa contenuta, conforme o meno al diritto, non è mai revocabile o modificabile, se non, nei limiti in cui ne è ammessa l'impugnativa, per mezzo di un'altra pronuncia giurisdizionale.

Altra distinzione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale attiene alle garanzie dei rispettivi procedimenti, con particolare riferimento al diritto di difesa. La Corte Costituzionale ha affermato che la garanzia ex articolo 24 Costituzione è limitata al procedimento giurisdizionale mentre non può essere invocata nei procedimenti amministrativi, come quelli disciplinari, che si concludono con un provvedimento di natura non giurisdizionale. Essa tuttavia, pur ritenendo che l'articolo 24 dispieghi la sua pienezza garantistica in relazione al procedimento giurisdizionale, chiarisce che quel principio non è estraneo al procedimento amministrativo; gli obblighi di trasparenza e imparzialità che informano l'azione amministrativa impongono infatti l'osservanza di adeguate garanzie procedurali, che operano in particolar modo in quei procedimenti, come quelli disciplinari, idonei a sfociare in provvedimenti profondamente afflittivi nei confronti della sfera personale-lavorativa degli interessati.<sup>47</sup>

Le decisioni dell'autorità amministrativa, anche quelle assunte a conclusione di procedimenti in contenzioso, costituiscono sempre atti amministrativi, come tali impugnabili in sede giurisdizionale.

Nei procedimenti giurisdizionali, l'imparzialità e l'indipendenza del giudice rappresentano requisiti indefettibili del legittimo svolgimento della funzione ma non sono sufficienti a qualificare con certezza il carattere dell'attività svolta come giurisdizionale.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> *Devono essere garantiti all'interessato alcuni strumenti essenziali di difesa, come la conoscenza degli atti e la partecipazione alla loro formazione, la facoltà di contestazione e di difesa dagli addebiti.*

*Il principio di difesa deve ritenersi operante anche nel procedimento amministrativo in quanto si riconosce facente parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati europei desumibili, ex art. 6 CEDU, ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, ex legge 241/90, dagli obblighi internazionali, dall'ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale.*

*Anche la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha stabilito (sentenza 24 ottobre 1996, C32/95 P) che i destinatari di decisioni sensibilmente pregiudizievoli ai loro interessi devono essere posti nelle condizioni di manifestare il proprio punto di vista.*

<sup>48</sup> A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit. 77-80.

## 5. Giurisdizione e legislazione

La distinzione tra giurisdizione e legislazione viene basata sulla diversità tra le due classi di atti tipici dell'una e dell'altra funzione, leggi e sentenze. Sotto l'aspetto materiale, la legge ha contenuto generale e astratto, è frutto di attività libera nei fini, costituisce atto di volontà non soggetto a motivazione, mentre la sentenza ha contenuto individuale e concreto, è atto di conoscenza e accertamento ed è soggetta ad obbligo di motivazione. La legislazione costituisce un'attività originaria e indipendente di creazione di nuove norme, la giurisdizione è diretta ad applicare la legge e, pertanto, vi è subordinata. In alcuni atti normativi le caratteristiche appena delineate sono derogate; vi sono norme che si pongono in funzione attuativa di altre norme, o che non posseggono carattere di generalità ma presentano contenuto concreto (ad es. leggi provvedimento, definite leggi in senso solo formale).<sup>49</sup> La distinzione proposta, pertanto, ha valore solo generale e indicativo. In base al regime formale, gli atti legislativi si caratterizzano per il fatto di essere inabrogabili ad opera di fonti di rango inferiore e sindacabili ex articolo 134 Costituzione. Le sentenze, invece, sono modificabili solo a seguito di impugnativa, proposta entro determinati termini, sempre innanzi all'autorità giurisdizionale.<sup>50</sup>

Dal principio di separazione delle funzioni statali discende la distinzione delle sfere di competenza degli organi appartenenti ai diversi ordini. Nel nostro ordinamento sussiste una riserva di legislazione in capo agli organi del potere legislativo, una riserva di amministrazione a favore degli organi del potere esecutivo, e la riserva di giurisdizione, in base agli articoli 101, 104, 108 della Costituzione.

Il rispetto delle attribuzioni riservate agli organi legislativi importa l'impossibilità per il giudice di pronunciare sentenze arbitrarie, vale a dire non fondate su preesistenti norme di legge, o sentenze vincolanti erga omnes,<sup>51</sup> così come la riserva di giurisdizione<sup>52</sup> comporta che gli organi degli altri poteri non possono sottrarre al giudice la decisione su controversie involgenti l'interpretazione di norme giuridiche, o interferire in un giudizio, o porre nel nulla una decisione giurisdizionale, in quest'ultimo caso anche omettendo di darvi esecuzione.<sup>53</sup>

La Corte Costituzionale è intervenuta in relazione ai rapporti tra legge e giurisdizione, affermando che, nonostante l'intervento legislativo retroattivo (sia come interpretazione autentica che come innovazione della norma), non debba ritenersi interferente con l'ambito riservato alla giurisdizione

<sup>49</sup> Guastini, Pizzorusso, *Commentario alla Costituzione, La magistratura, cit.*

<sup>50</sup> A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, cit.* 77-80.

<sup>51</sup> Guastini, Pizzorusso, *Commentario alla Costituzione, La magistratura, cit.*

<sup>52</sup> *Sulle problematiche inerenti l'esistenza nell'ordinamento di una vera e propria riserva di giurisdizione si veda V. Angiolini, Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali, Cedam 1992.*

<sup>53</sup> *Istituzioni di diritto pubblico, Mortati, op. cit., 383.*

(sent. n. 432 del 1997 e 229 del 1999), quando la modifica retroattiva della regola iuris incide esclusivamente sul passato, disciplinando situazioni particolari già esauritesi, lede le attribuzioni giurisdizionali sostituendosi al giudizio. Il giudice, infatti, è subordinato alla legge e non alle leggi, soggezione che non consegue alle differenti posizioni tra i soggetti dell'ordinamento ma al carattere generale ed astratto delle norme che egli è chiamato a tradurre nel caso concreto. Il legislatore si occupa della fattispecie astratta ed il giudice del fatto concreto e, poichè l'uno non può sostituirsi all'altro, al primo è precluso di dettare disposizioni innovative per regolare vicende concrete allo scopo di obbligare il giudice a decidere in un modo piuttosto che in un altro

Il giudice deve decidere sulla domanda in base alla situazione di diritto esistente al momento in cui essa è posta, e non secondo norme di legge entrate in vigore successivamente, in quanto la situazione oggetto del giudizio si è formata indipendentemente dalle norme sopravvenute; non è pensabile che la formulazione della fattispecie generale sia successiva al fatto concreto, a meno di non stravolgere il principio di soggezione alla legge. La legge che pretenda di imporre al giudice una regola iuris diversa da quella sotto il cui vigore si verificarono i fatti di causa è suscettibile di disapplicazione, ove non sia da considerarsi una non legge, un atto inesistente e inidoneo a vincolare la funzione giurisdizionale.<sup>54</sup>

La qualificazione della giurisdizione come funzione di applicazione del diritto implica che l'interpretazione delle norme rappresenti attività di mera conoscenza ed accertamento.

La norma giuridica è data dal significato delle sue disposizioni letterali, l'interpretazione ne costituisce pertanto elemento essenziale. Non v'è norma senza interpretazione. Le disposizioni normative però non hanno un solo univoco significato suscettibile di semplice conoscenza e accertamento, di modo che l'interpretazione possa limitarsi all'aspetto meramente conoscitivo anzichè consistere in un'attività di valutazione e di scelta tra i possibili significati da attribuire ad esse.

Se consideriamo l'ordinamento giuridico come un insieme di disposizioni in attesa di interpretazione ci accorgiamo che le lacune non preesistono a questa, ma ne sono esito allorquando l'interprete decide che non v'è norma applicabile alla fattispecie concreta. L'interpretazione, pertanto, può ovviare alle lacune normative ma può anche crearle, in quanto nessun ordinamento giuridico può dirsi completo.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> M. Esposito, *Brevi considerazioni sui rapporti tra legge e giurisdizione*, Riv. trim. di dir. e proc. civ. 2004, I.

<sup>55</sup> *Commentario alla Costituzione*, Guastini, Pizzorusso, op.cit.

## **6. L'organizzazione della giustizia entro il principio di divisione dei poteri. I diversi modelli.**

L'organizzazione e il funzionamento dell'apparato giurisdizionale costituiscono elementi di primaria rilevanza nell'ambito dello Stato democratico.

I diversi modelli di organizzazione giudiziaria dei paesi dell'Unione europea investono le regole processuali e le modalità di reclutamento e di socializzazione dei giudici (cioè apprendimento delle proprie prescrizioni di ruolo), e si legano a specifiche esperienze costituzionali, è possibile tuttavia rinvenire in essi dei fondamenti comuni riconducibili al valore giustizia ed alla qualificazione della magistratura.

Le costituzioni contemporanee attribuiscono alla giustizia un valore più ampio di quello accolto nello stato liberale, le cui garanzie si esaurivano con il semplice riconoscimento dei diritti.

L'enunciazione dei diritti è oggi accompagnata da specifiche garanzie di effettività, rese operative mediante lo strumento della tutela giurisdizionale, azionabile innanzi a giudici autonomi, indipendenti, e soggetti solo alla legge. La giustizia costituisce lo strumento di effettività dei diritti proclamati dalle norme.

Nello stato assoluto dell'*ancien regime* tutte le funzioni appartenevano al sovrano, e la giustizia veniva amministrata in nome del re da funzionari delegati ad hoc

A partire dal XV secolo gli organi giudiziari che erano serviti al re per sottrarre al potere feudale le funzioni giurisdizionali riconducendole al controllo accentrato della corona, acquistano maggiore importanza e autonomia fino a porsi quali corpi intermedi garanti delle libertà nei confronti dell'assolutismo regio. Si tratta dei *Parlements*, Corti giudiziarie che, attraverso l'esercizio di determinate competenze (registrazione degli atti regi e controllo della conformità di questi alle leggi fondamentali della monarchia, nonché poteri regolamentari), avevano acquisito il potere di emanare norme generali e astratte (*arrets de reglements*, atti normativi connessi, anche se solo indirettamente, alla funzione giurisdizionale). Mediante tali funzioni di tipo legislativo questi organi si affermarono come corpo separato, indipendente dagli altri poteri e titolare di privilegi propri, come la trasmissibilità anche ereditaria degli uffici, che si acquistavano pertanto anche in assenza di nomina regia. L'autorità di tali corporazioni consolidatasi sul piano sociale, infatti, non necessitava di ulteriori riconoscimenti di tipo politico-costituzionale. In tale contesto storico venne elaborata la teoria della separazione dei poteri e della indipendenza del giudiziario.

Il sistema giudiziario scaturente dalla rivoluzione francese fu ispirato dall'idea della separazione dei poteri e del primato della legge. Ogni potere doveva essere assoggettato alla supremazia del legislatore popolare. Furono soppressi i conservatori e privilegiati organi giudiziari dell'*ancien*

*regime*, avversati a suo tempo sia dal sovrano nel tentativo di riprendere il controllo delle funzioni giudiziarie, che dai liberali, in quanto le corporazioni giudiziarie erano state schierate con l'aristocrazia negli stati generali. La scomparsa di queste corti fu accompagnata da un sentimento di sfiducia verso le istituzioni giudiziarie in genere.

Le leggi post rivoluzionarie ispirandosi alle teorie di Montesquieu affidarono la giurisdizione a giudici elettivi con mandato a termine, e a giudici popolari in materia penale. Agli organi giudiziari oltre ad essere vietato l'esercizio di funzioni normative fu impedito anche di porre in essere attività interpretative, a tale scopo, fu istituito il *Tribunal de Cassation*, con il compito di garantire la non ingerenza del giudiziario nelle competenze legislative. Tale organo non faceva capo al potere giudiziario ma a quello legislativo, ad esso venne affidato il controllo di legalità costituzionale, sottratto ai giudici. Costoro furono privati della spettanza di ogni potere di tipo politico, poiché dovevano costituire soltanto "la bocca della legge", senza avere la possibilità di darne una interpretazione trascendente il suo senso letterale.

I giudici al contempo dovevano essere posti in posizione indipendente e neutrale rispetto al potere politico. Il *Tribunal de Cassation* creato dalla Costituzione del 1791 fu deputato al controllo della fedele applicazione della legge proprio al fine di garantire l'imparzialità del giudice dalle scelte politiche legislative. Fu previsto altresì il *refère legislatif*, un ricorso diretto alle assemblee legislative mediante il quale ottenere, nei casi di dubbi interpretativi, una sorta di interpretazione autentica; tale istituto garantiva la separazione dei poteri e il rispetto del principio di legalità. Si riconduceva alla separazione dei poteri anche la devoluzione delle controversie di natura amministrativa a giudici speciali, la giurisdizione ordinaria, infatti, era competente solo a dirimere le controversie tra privati. Successivamente, nella codificazione napoleonica il *Tribunal de Cassation* si trasforma in supremo organo giudiziario sulla legalità delle decisioni giurisdizionali con la funzione di garantire l'uniformità giurisprudenziale e l'unità del diritto oggettivo.

La Costituzione del 1799 mutò la carriera giudiziaria da elettiva e temporanea a professionale e burocratica. Il processo di codificazione accrebbe la certezza del diritto, eliminando la necessità del *refère legislatif*. Il *Tribunal de Cassation* assunse la qualità di organo del potere giudiziario con funzioni di nomofilachia.

Questo excursus costituzionale brevemente accennato influenzò l'evoluzione dei sistemi giurisdizionali della maggior parte dei paesi europei continentali, tutti unificati dalla soggezione alla legge. Con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico la sovranità si trasferisce dalla nazione al popolo e il principio di legalità è sostituito da quello di "costituzionalità".

Il giudice è ora richiesto non solo di applicare la legge, ma di applicarla ed interpretarla in ossequio alla Costituzione. Gli si riconosce un più ampio margine di autonomia interpretativa,

che si spinge fino al potere di disapplicare norme di legge non ritenute conformi alla Costituzione, sebbene esse emanino da organi dotati di legittimazione rappresentativa e soggetti a responsabilità politica.

I giudici, invece, sono soggetti a forme limitate di responsabilità, in quanto i loro atti non scaturiscono da scelte ad essi imputabili ma attuano scelte effettuate da altri organi in nome della sovranità popolare. Esiste una problematica relativa alla compatibilità della legittimazione dei giudici con il principio democratico; le diverse forme di legittimazione sono alla base delle differenze tra i sistemi giudiziari di common law e di civil law.

Gli ordinamenti di common law riconoscono ai giudici un ruolo politico, attribuendo loro le relative responsabilità, ma anche minore indipendenza rispetto al potere politico. Vigge il principio dello *stare decisis*, del precedente vincolante, in base al quale le controversie sono risolte applicando la ratio decidendi già adottata in casi analoghi, sicchè il diritto è di formazione giurisprudenziale.

Il giudice britannico è eletto democraticamente o cooptato dal potere esecutivo. Accanto ai pochi giudici professionali scelti in ragione delle loro competenze, vi sono numerosi giudici onorari nominati tra normali cittadini dal *Lord Chancellor*,<sup>56</sup> figura di raccordo tra potere giurisdizionale, esecutivo e legislativo (presiede la suprema corte giurisdizionale, è membro della Camera dei Lords nonchè responsabile governativo per l'amministrazione della giustizia). Le nomine dei giudici superiori sono invece riservate al Primo Ministro. Si tratta di un sistema che presenta una notevole influenza del potere politico sulla nomina dei giudici. L'indipendenza della funzione giudiziaria è garantita dalla mancanza di una carriera e dall'inaffidabilità; il giudice, infatti, dopo la nomina, non è soggetto ad influssi da parte dell'autorità politica che lo ha scelto.

Negli Stati Uniti il sistema giudiziario si articola in un livello statale e in un livello federale. I giudici statali sono elettivi. Tale forma di reclutamento presenta un certo grado di politicizzazione che incide sull'imparzialità, sebbene siano previsti dei correttivi per contemperare il gradimento politico con la competenza professionale dei candidati. I giudici federali sono designati dal Presidente degli Stati Uniti, soggetti ad una valutazione da parte della Commissione Giustizia del Senato, ed eletti da quest'ultimo. La fedeltà politica dei giudici nei confronti della componente politica che li ha nominati è attenuata nel corso del mandato per effetto della nomina a tempo indeterminato e di un complesso sistema di responsabilità disciplinare. Anche la carica di Pubblico Ministero è elettiva, il candidato è eletto sulla base del suo programma per

---

<sup>56</sup> AA.VV., *La Magistratura nello Stato Costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Giuffrè, 2004, 273 e ss.

l'amministrazione della giustizia, della cui attuazione, successivamente, è politicamente responsabile. Non vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale.<sup>57</sup>

Le varie forme di organizzazione giudiziaria sono fortemente influenzate, come già accennato, dall'evoluzione storico-costituzionale dei diversi ordinamenti. Nella tradizione americana, ad esempio, si nega il carattere di onnipotenza delle assemblee legislative in conseguenza dello storico rifiuto della legislazione imposta dal parlamento inglese sulle colonie. A tali eventi storici si lega la preferenza per una costituzione consuetudinaria che, anziché scaturire da una assemblea legislativa che rappresenta il popolo, promana direttamente dal popolo, dalla spontanea scelta dei consociati di sottomettersi a determinate regole ritenute idonee a disciplinare la convivenza sociale.

In tali ordinamenti, pertanto, sono rafforzati i poteri che “frenano” il legislativo, sia l'esecutivo come il giudiziario, capace quest'ultimo di difendere i diritti e le libertà anche nei confronti delle maggioranze politiche. Il giudice americano, infatti, è anche giudice delle leggi.

I sistemi giudiziari dell'Europa continentale sono ispirati al modello napoleonico; l'apparato giudiziario appartiene all'organizzazione amministrativa ed è subordinato ai poteri politico-rappresentativi. E' assegnata assoluta prevalenza alla legge, dal cui processo di creazione il giudice è escluso, dovendosi limitare strettamente all'interpretazione del testo normativo.

I principi della codificazione napoleonica avevano rango di normativa costituzionale, e, oltre a vincolare i giudici (ad es. mediante il divieto di non liquet e di comportarsi come il legislatore, articoli 4 e 5 *Code Napoleon*) limitavano anche il legislatore in ordine alla regolamentazione del mercato, che era interamente lasciata all'autonomia dei privati, essendo vigente un assetto costituzionale di chiara matrice economico-liberista.

Nello Stato continentale ottocentesco assistiamo ad un certo punto all'indebolimento del principio di separazione dei poteri, non più inteso come organizzazione di funzioni distinte affidate ad organi separati, ma come criterio di classificazione degli atti delle autorità pubbliche. Si afferma al contempo la preminenza del potere esecutivo, legata alla teoria dello “stato persona”, in base alla quale la sovranità statale unica e indivisibile è rappresentata dal potere esecutivo, unico legittimato all'esercizio di potestà d'imperio. La funzione giudiziaria, invece, deve limitarsi ad individuare la norma da applicare al caso concreto, attraverso un'attività interpretativa soggetta al controllo della Cassazione. Il giudice non può emanare regole generali nè giudicare la conformità costituzionale delle leggi.

---

<sup>57</sup> S. Gambino, G. Morchella, *L'ordinamento giudiziario tra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU, Politica del diritto*, 4/2005.

Alla diversità dei sistemi giudiziari si lega la differenziazione delle modalità di reclutamento dei giudici. Si è già accennato alla nomina dei giudici dei paesi di common law, negli stati continentali, invece essi sono reclutati mediante procedura concorsuale, ed inquadrati in corpo burocratico; questa modalità di selezione garantisce l'indipendenza dal potere esecutivo ma può determinare l'insorgere di fenomeni tipici degli apparati amministrativi, come la tendenza alla autoreferenzialità piuttosto che alla efficienza del servizio reso. La "burocratizzazione" della magistratura può essere favorita dagli automatismi di carriera a ruolo aperto e dalla mancanza di seri sistemi di verifica della professionalità dopo l'ingresso in funzioni. I sistemi concorsuali prevedono in genere correttivi tesi a limitare la chiusura corporativa dei giudici, come l'immissione di soggetti estranei per colmare i vuoti di organico.

Eventuali inefficienze nell'amministrazione della giustizia producono sfiducia verso gli apparati giudiziari, che i giudici imputeranno, all'azione (o inazione) degli altri poteri dello Stato, lamentando la delegittimazione del loro ruolo per rivendicare una più incisiva partecipazione al processo di governo.

Negli ordinamenti di common law l'indipendenza dei giudici dal potere esecutivo è garantita dal fatto che essi già al momento della nomina sono in possesso di elevata qualificazione professionale (ad es. in Gran Bretagna sono scelti tra i Barrister, avvocati di provata esperienza), pertanto, non vengono socializzati all'interno dell'organizzazione. La carriera giudiziaria non è suscettibile di sviluppi verticali, di tal che i titolari dell'esercizio della giurisdizione, non costituendo corpo burocratico, sono esposti a condizionamenti e pressioni in misura molto limitata. Si è già detto che in tali sistemi non si riconosce supremazia al potere legislativo e che l'attività giurisdizionale partecipa al processo politico.

Il potere giudiziario gode di maggiore indipendenza esterna quando è formato da un corpo di pubblici funzionari reclutati per concorso, in tal caso però può diminuire l'indipendenza interna. L'assenza di una condivisione corporativa, invece, può determinare l'adesione ai valori del sistema politico con conseguente compromissione dell'imparzialità.<sup>58</sup>

L'organizzazione giudiziaria italiana discende da quella del regno di Sardegna, a sua volta influenzata dal modello francese post napoleonico. L'articolo 68 Statuto Albertino stabiliva che "La giustizia emana dal Re ed è amministrata a suo nome da giudici che egli istituisce". L'articolo 69 garantiva l'inaffidabilità, riferita solo al grado e non anche alla sede. L'articolo 73 assoggettava il giudice alla legge. Gli articoli 71, 72, 73 stabilivano, rispettivamente, la riserva di legge in materia di organizzazione giudiziaria, il principio del giudice naturale, il principio di pubblicità delle udienze. L'organizzazione giudiziaria dello Stato Sabaudo era organicamente

---

<sup>58</sup> G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria, Giappichelli multiversum 1993.*, 82 e ss.

disciplinata con il R.D. 6 dicembre 1865 n. 2626. Le funzioni giudiziarie erano assegnate ad un corpo di magistrati di carriera assunti per concorso e nominati dall'esecutivo, il Governo poteva anche immettere in funzioni avvocati e professori universitari. L'indipendenza era garantita formalmente solo ai magistrati giudicanti, mentre i magistrati del pubblico ministero erano posti alle dipendenze del Ministro della Giustizia.

La professionalità e l'indipendenza dei giudici fu maggiormente garantita nel Regno d'Italia. Nel 1907 con la riforma Orlando fu istituito il Consiglio Superiore della Magistratura, nel quale erano rappresentati soltanto i magistrati dei gradi superiori, esso aveva funzioni solo consultive e non poteva in alcun modo influire sulla politica giudiziaria. Nel 1923, l'Ordinamento giudiziario Oviglio, in linea con il regime autoritario, eliminò l'elettività del CSM ed accentuò la gerarchia dell'organizzazione giudiziaria.

L'avvento della repubblica, pur introducendo numerose garanzie di indipendenza dei giudici, mantenne sostanzialmente inalterato il precedente assetto organizzativo. Il risultato fu un sistema di commistione di norme e principi reputati anche contraddittori: viene affermato, infatti, che “la giustizia è amministrata in nome del popolo” (come espressione della sovranità popolare) ma si prevede che i giudici siano nominati per concorso (esonelandoli da ogni responsabilità di tipo politico), gli esponenti del potere giudiziario sono soggetti solo alla legge (devono sottostare alla volontà politica del Parlamento) ma la magistratura è qualificata come “ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere”, “i giudici si distinguono tra loro solo per diversità di funzioni” ma è previsto un sistema di promozioni affidato al Consiglio Superiore della Magistratura.<sup>59</sup>

## **7. Il ruolo del giudice nella creazione del diritto**

Negli ordinamenti moderni, caratterizzati da un sistema giuridico di particolare complessità, alla supremazia della legge si è sostituita la supremazia della Costituzione e delle norme sopranazionali. Il ruolo del giudice non può più essere quello di “meccanico esecutore della legge”, ma si estende al processo di creazione ed applicazione del diritto, attraverso la fissazione di precedenti giurisprudenziali. L'efficacia del giudicato, che vincola le parti, i loro eredi e aventi causa, ha ad oggetto la statuizione contenuta nella sentenza intorno alla spettanza di un diritto o alla responsabilità in ordine ad un determinato evento lesivo. L'efficacia del precedente, invece, riguarda, la ratio decidendi, cioè il percorso logico-giuridico che ha condotto ad una determinata pronuncia.

---

<sup>59</sup> *L'organizzazione della giustizia in Italia*, di A. Pizzorusso, *op. cit.*, 37-40.

Il precedente giurisprudenziale è fonte di diritto negli ordinamenti anglosassoni, nei quali l'insieme dei precedenti costituisce la c.d. common law, complesso di regole dell'ordinamento positivo contrapposto alla Statute law, complesso di regole di fonte legislativa.

Nel nostro ordinamento, invece, i precedenti non sono fonti del diritto ma rappresentano un importante strumento d'interpretazione, contribuendo alla creazione del diritto vigente e all'effettività dell'ordinamento giuridico grazie alla loro capacità di influire sui comportamenti futuri.

Poiché la funzione giurisprudenziale non fa capo ad un centro di potere dotato di legittimazione rappresentativa i suoi titolari sono posti in posizione di necessaria subordinazione rispetto ai poteri rappresentativi che si esprimono attraverso la legge, al contempo essi sono assistiti da garanzie di indipendenza e di libertà interpretativa. Gli organi giudiziari non sono legittimati a partecipare al processo di creazione ed applicazione del diritto in forza di investitura popolare, ma contribuiscono alla determinazione del diritto vivente in quanto ritenuti depositari degli strumenti giuridico-culturali e delle capacità tecniche necessarie all'opera di adeguamento del complesso normativo alla costituzione materiale vigente. Il potere giudiziario ha altresì funzione di garanzia nei confronti del pericolo che i poteri rappresentativi si affermino anche in contrasto con i principi fondamentali e con le garanzie di libertà dei singoli.

Si osserva che la previsione di un potere non democratico (cioè non dotato di diretta investitura popolare), di una "voce fuori dal coro", rappresenta un "correttivo razionalizzatore" del principio democratico, rilevandosi altresì che l'organo costituzionale rappresentativo del potere giudiziario presenta un adeguato tasso di democraticità interna.<sup>60</sup>

Il ruolo del giudice quale esecutore della legge entra in crisi allorché la normazione codicistica acquisisce valore residuale e si assiste alla proliferazione in tutti i settori della legislazione speciale, che risulta assai spesso frutto di negoziazione tra il legislatore e i vari gruppi sociali.

La normazione contrattata si limita all'enunciazione di principi e programmi, delegando i compiti di concreta composizione e mediazione degli interessi a coloro i quali sono incaricati dell'applicazione del diritto, così chiamati a partecipare alla funzione normativa.

Tra i compiti dello Stato contemporaneo, oltre a quello di fornire garanzie e sicurezza ai cittadini, vi è la riformulazione degli equilibri sociali attraverso l'erogazione e la redistribuzione di risorse, obiettivo la realizzazione del quale non può essere semplicemente ossequiosa a regole rigide, formali e precostituite ma richiede che il giudice sia invitato a reinterpretare le norme, legittimandolo come creatore di vere e proprie "politiche giurisprudenziali". L'evoluzione del ruolo del giudice da garante di situazioni già individuate dal legislatore come meritevoli di tutela

---

<sup>60</sup> *L'organizzazione della giustizia in Italia*, di A. Pizzorusso, *op. cit.*, 64, 65.

ad attivo selezionatore e redistributore di garanzie lo parifica ad un “organo amministrativo dello stato, incaricato dell’attuazione di programmi di giustizia sociale”, con evidente compromissione della sua indipendenza dal sistema politico. Si tratta di un fenomeno definito “attivismo giudiziario”, che si determina anche mediante l’applicazione diretta delle norme costituzionali (l’articolo 101 Costituzione con il termine legge includerebbe anche queste), e lo strumento del controllo diffuso di costituzionalità. L’assunzione da parte del giudice del compito di concedere tutela anche a situazioni non (ancora) sufficientemente garantite dal legislatore è favorita dalla vaghezza dei testi legislativi, spesso formulati attraverso il richiamo alle c.d. clausole generali, dalla sostituzione delle tradizionali categorie dogmatiche (che limitavano il potere interpretativo del giudice) con concetti di tipo economico-sociale (vedasi la nozione di proprietà), dalla possibile partecipazione al processo giurisdizionale di soggetti individuati quali rappresentanti di interessi superindividuali (c.d. enti esponenziali) cui sono riconosciuti tutela e garanzie, tutti elementi che contribuiscono ad incrementare la discrezionalità giudiziaria. In un sistema in cui il giudice non ha più solo la funzione di tutelare le situazioni soggettive riconosciute meritevoli dal diritto, ma altresì di dare corpo ad istanze ritenute conformi ad obiettivi di giusta partecipazione al processo di distribuzione delle risorse, si determina una forte crescita della domanda di giustizia, capace di sovraccaricare le capacità dell’apparato giudiziario di farvi fronte, e causare considerevoli cali dell’efficienza del sistema giustizia.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> *La funzione giudiziaria*, G. Rebuffa, *op. cit.*, 123.

## Cap. 2. LA MAGISTRATURA

### 1. Le garanzie di indipendenza e autonomia dei giudici. L'inaMOVibilità e la precostituzione.

L'indipendenza dei giudici è strettamente legata alla necessità di garantirne l'imparzialità, al fine di conseguire la bontà della singola decisione nonché di assicurare legittimazione e consenso sociale alla funzione giudiziaria, preposta al mantenimento della legalità dell'intero sistema giuridico.

L'indipendenza esterna opera sia nei confronti delle parti in causa che degli altri poteri costituzionali, delle varie forze politiche e dei diversi gruppi di interesse. Nel primo caso investe solo il singolo giudice ed è garantita mediante il sistema delle incompatibilità e dei rimedi processuali (come l'astensione e ricusazione), nel secondo tutela altresì l'intero corpo giudiziario attraverso l'autonomia, la soggezione soltanto alla legge, l'autogoverno.

L'indipendenza interna si sostanzia nel sottrarre agli organi di vertice della funzione giudiziaria il potere di controllo e di decisione sulla carriera dei giudici; il giudice è stabilmente incardinato nell'apparato amministrativo pubblico ed è soggetto a puntuali regole processuali ed organizzative che escludono ogni forma di subordinazione gerarchica. La sua soggezione soltanto alla legge e l'appartenenza ad un separato apparato costituiscono garanzie di imparzialità nei confronti del potere politico. La distinzione tra la titolarità delle decisioni politiche ed il compito di darvi applicazione assicura la certezza del diritto e la tutela dei cittadini nei confronti del potere.

L'indipendenza esterna ed interna è rafforzata dal sistema automatico di progressione in carriera legato alla sola anzianità.<sup>62</sup>

L'organizzazione non gerarchica della magistratura è imposta dall'articolo 107 Costituzione, a norma del quale "i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni". Il sistema delle impugnazioni non ha nulla a che vedere con il principio gerarchico; la decisione di un giudice, infatti, può essere riformata o annullata da un giudice di grado diverso, ma questi non può mai vincolare mediante direttive la attività futura del giudice che pronunciò la decisione impugnata, o quella di altri giudici. Il precedente giurisdizionale può fungere da guida ma non costituisce vincolo giuridico.<sup>63</sup>

Tra i paesi democratici di civil law, l'Italia è quello in cui l'indipendenza della magistratura, estesa anche ai magistrati del pubblico ministero, è maggiormente garantita. L'articolo 105 della

---

<sup>62</sup> G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, cit., 82 e ss.

<sup>63</sup> A. Pizzorusso, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, 2° ediz. Jovene edit. 1992, 313,314.

Costituzione stabilisce, infatti, che tutte le decisioni relative allo status dei magistrati (assunzioni, assegnazioni e trasferimenti, promozioni, provvedimenti disciplinari) sono di competenza del Consiglio Superiore della Magistratura, organo avente piena autonomia nel dare attuazione alle sue deliberazioni.<sup>64</sup>

L'indipendenza dei magistrati è garantita anche attraverso il riconoscimento di una retribuzione maggiormente elevata rispetto agli altri pubblici dipendenti, e soggetta ad un sistema di aumenti automatici sottratto alle influenze dell'Esecutivo e del Legislativo.

A norma dell'articolo 107 comma 1 Costituzione "I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio Superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso"

L'inamovibilità è un'altra garanzia strumentale all'imparzialità, essa è finalizzata ad evitare che i provvedimenti di trasferimento e di assegnazione di sedi giudiziarie siano adottati allo scopo di influenzare, anche indirettamente, gli esiti giudiziari.<sup>65</sup> Ha duplice carattere, territoriale e funzionale, investendo sia la sede che le funzioni cui il magistrato è stato permanentemente assegnato.<sup>66</sup> L'inamovibilità opera dall'ingresso in funzioni fino al pensionamento; in conseguenza del sistema di progressione in carriera a ruolo aperto, infatti, il magistrato non è trasferibile, se non su sua domanda, nemmeno a seguito di promozione a funzioni superiori.<sup>67</sup>

Non investe, invece, la ripartizione dei compiti tra i magistrati appartenenti allo stesso ufficio; tale garanzia, infatti, non si considera violata a seguito da provvedimenti che assegnino temporaneamente un magistrato a sedi o funzioni diverse in ragione di esigenze di servizio (Corte Cost. sent. 13 dic. 1963 n.156).<sup>68</sup>

L'inflessibile applicazione del principio di inamovibilità, infatti, impedirebbe all'organizzazione giudiziaria di impiegare in maniera efficiente magistrati che, essendo potenzialmente idonei a svolgere tutte le funzioni, debbono poter essere chiamati a ricoprire ogni posto vacante.<sup>69</sup>

A differenza delle garanzie di autonomia ed indipendenza, che sono assolute e inderogabili, il principio di inamovibilità, pertanto, ha minore intensità in quanto deve armonizzarsi con altre

---

<sup>64</sup> G. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, Riv. trim. di diritto e procedura civile, 2002, 99

<sup>65</sup> G. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

<sup>66</sup> A. Gustapane, *Giudice e pubblico ministero nel giusto processo*, cit.

<sup>67</sup> G. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

<sup>68</sup> A. Gustapane, *Giudice e pubblico ministero nel giusto processo*, cit.

<sup>69</sup> G. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

garanzie poste a tutela di valori altrettanto fondamentali, come quello di buon andamento dell'amministrazione (della giustizia). Le leggi di ordinamento giudiziario, infatti, in ossequio alla riserva ex articoli 107 e 108 Costituzione, possono individuare i motivi che giustifichino uno spostamento del giudice dalla sua sede e/o funzioni senza il suo consenso. Allo scopo di tutelare la funzionalità degli uffici giudiziari, sono state, pertanto, introdotte delle deroghe alla inamovibilità mediante la previsione degli istituti dell'applicazione e della supplenza e l'istituzione della magistratura distrettuale.<sup>70</sup> Si tratta di misure che consentono di adeguare la mobilità dei magistrati alle esigenze organizzative, allo scopo di sopperire alla insufficienza degli organici ed assicurare efficiente e continuativa risposta al crescente aumento della domanda di giustizia.<sup>71</sup> L'inamovibilità, pertanto, importa il divieto di spostamento del magistrato senza il suo consenso, se non in applicazione delle norme di legge in materia di ordinamento giudiziario e secondo i criteri predeterminati da esse previste.

L'articolo 25 comma I Costituzione prevede che "nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge". Questa garanzia impone che l'organo giudiziario investito del potere - dovere di decidere una controversia sia individuato preliminarmente all'insorgere di essa, in base a regole astratte di competenza. Essa rafforza ulteriormente l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato, ma è diretta principalmente alla tutela del diritto di difesa. Nell'ambito delle garanzie relative alla magistratura - tutte finalizzate alla tutela dei cittadini destinatari della funzione giurisdizionale - è possibile, infatti, distinguere un gruppo di garanzie direttamente riguardanti lo status dei titolari della funzione, e un altro gruppo inerente coloro ai quali è diretta, garanzie queste ultime che si sostanziano in un rafforzamento indiretto delle prime. Il principio in esame appare inequivocabilmente attinente alla tutela dei soggetti destinatari dell'attività giurisdizionale, ed infatti, non a caso, è formalizzato nel titolo della Costituzione relativo ai rapporti civili e non in quello relativo alla magistratura. A tale principio si lega il divieto di istituzione di giudici speciali e straordinari di cui all'articolo 102 comma 2 Costituzione.<sup>72</sup> La precostituzione del giudice garantisce con certezza al cittadino la preventiva conoscenza del giudice competente, che non può essere creato ad hoc. Sono illegittime le norme che derogano le

---

<sup>70</sup> *Istituito con legge 13 febbraio 2001 n. 48, il magistrato distrettuale è destinato alla sostituzione in ambito distrettuale di colleghi assenti dal servizio per cause determinate, di non breve durata, o, in mancanza, ad essere applicato ad altri uffici del distretto, o utilizzato nei Consigli giudiziari per attività di natura preparatoria e attuativa. In merito a tale figura si è opinato che un magistrato non istituzionalmente preposto ad un ufficio determinato perderebbe il suo carattere inamovibile. Questo istituto, inoltre, deprimerebbe il prestigio personale del magistrato permanentemente assegnato a funzioni sostitutive.*

<sup>71</sup> D. Cavallini, *Inamovibilità dei magistrati e funzionalità degli uffici giudiziari. Tendenze in atto*, Riv. trim di dir. e proc. civ. 2003, 1043

<sup>72</sup> E. Spagna Musso, *Diritto e Costituzione*, cit., 597, 598.

regole generali di competenza, se non legate all'accertamento obiettivo di circostanze predeterminate.<sup>73</sup> L'art. 25 Costituzione impone la previa determinazione normativa delle regole di competenza giudiziaria, e vieta la sottrazione al giudice competente degli affari ad esso spettanti.

Giudice naturale è quello istituzionalmente competente in forza di una legge anteriore all'esercizio dell'azione giurisdizionale o, nel processo penale, del fatto per cui si ha causa.<sup>74</sup> Da tale regola scaturisce il divieto di retroattività delle norme sulla competenza e la riserva di legge in materia.<sup>75</sup>

Il principio di precostituzione del giudice opera anche nei confronti dei giudici speciali, cioè quei giudici diversi da quelli istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario ex articolo 102 comma 2 Costituzione.

Da tale regola differisce il divieto di istituzione di giudici straordinari e speciali, posto dall'articolo 102 comma 2 Costituzione; mentre questo si lega al principio di unicità della giurisdizione, la precostituzione fissa i criteri di designazione del giudice in rapporto a ciascuna controversia da decidere.<sup>76</sup>

## **2. Il Pubblico Ministero**

Nel sistema precedente alla Costituzione repubblicana il pubblico ministero era posto alle dipendenze dell'Esecutivo e rappresentava una sorta di controllore (governativo) sull'amministrazione della giustizia.<sup>77</sup>

L'articolo 107 comma 4 dispone che "il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario". I magistrati del pubblico ministero fanno parte dell'ordine giudiziario e si applicano loro le medesime garanzie di autonomia e indipendenza.

In conseguenza della diversità delle funzioni svolte, la loro posizione però si differenzia da quella dei giudici; la loro soggezione (solo) alla legge, infatti, si esprime attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale. Il pubblico ministero, a differenza del giudice che non può mai agire di propria iniziativa, è l'organo che dà impulso e promuove l'esercizio della funzione giurisdizionale.

---

<sup>73</sup> Amato Barbera, *Manuale di diritto pubblico, Il Mulino, 1994, 631.*

<sup>74</sup> A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, cit. 76, 77, 84, 85.*

<sup>75</sup> Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico, cit., 421.*

<sup>76</sup> A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, cit. 76, 77, 84, 85.*

<sup>77</sup> G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria, cit., 51.*

E' un organo privo di poteri decisorii ma appartenente alla giurisdizione, la quale non comprende soltanto l'attività decisoria ma altresì l'esercizio dell'azione penale, funzioni entrambe dirette all'attuazione della giustizia (C. Cost. sent. N. 88/1991, 136/1971, 190/70). Il pubblico ministero, in qualità di organo facente capo al potere giurisdizionale, può esser parte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato (sent. 462/1993).<sup>78</sup>

L'ufficio del pubblico ministero è unico e indivisibile e le sue prerogative sono riconosciute soltanto al suo titolare e non anche ai singoli magistrati ivi addetti (ai sostituti è riconosciuta soltanto autonomia in udienza – articolo 70 Ordinamento giudiziario). Nelle procure, a differenza degli uffici giudicanti, vi è un'organizzazione di tipo gerarchico.

La problematica sulla natura e sul ruolo del pubblico ministero, com'è noto, costituisce, nell'ambito del più generale dibattito sulla riforma della giustizia, uno degli argomenti di più aspro confronto tra le due grandi coalizioni politiche che oggi si fronteggiano nel nostro Paese. L'ordinamento giudiziario è stato interessato da una riforma adottata dal Ministro della Giustizia Castelli con la legge 150/2005, dalla quale sono scaturiti diversi d.lgs, tra i quali il d.lgs 106/2006 sulla riorganizzazione degli uffici del pubblico ministero. Successivamente, la legge Mastella del 2007 è intervenuta nuovamente su tale complessa e delicata materia, modificando in molti punti la riforma Castelli. Le norme del d.lgs 106, tuttavia, sono state sostanzialmente mantenute in vita.

La normativa vigente, pur ribadendo i principi di competenza, imparzialità ed indipendenza esterna del pubblico ministero, assegna al Procuratore della Repubblica una posizione “di primazia” all'interno dell'ufficio, e nei confronti dei sostituti ad esso addetti, egli infatti è “titolare esclusivo dell'azione penale”; risulta, pertanto, attenuata nell'ambito degli uffici di procura l'indipendenza interna dei magistrati che vi fanno parte.

A tale proposito sono svolte alcune considerazioni: l'indipendenza interna, così come le altre garanzie della magistratura, non costituisce un “privilegio” a favore del magistrato che ne gode, ma è finalizzata a garantire il corretto esercizio della funzione. Essa, pertanto, può essere sacrificata nei casi in cui l'adozione di un differente criterio organizzativo sia ritenuta maggiormente idonea a consentire all'ufficio giudiziario di attendere con ulteriore efficacia ai suoi compiti ed esercitare le proprie funzioni in modo maggiormente conforme ai principi costituzionali. La giurisprudenza costituzionale è chiara sul punto quando afferma (sentenza 52 del 1976) che, con riguardo ai magistrati del pubblico ministero, le garanzie costituzionali di indipendenza della magistratura “si riferiscono all'ufficio unitariamente inteso, e non ai suoi singoli componenti”. Il legislatore, pertanto, ha il potere di disciplinare l'organo mediante criteri gerarchici, specie in relazione ad alcuni “momenti processuali” nei quali “è più pronunciato il

---

<sup>78</sup> A. Gustapane, *Giudice e P.M. nel giusto processo.cit.*

carattere impersonale della funzione”. Quanto detto non implica che ogni compito assegnato ai sostituti possa essere avvocato dal titolare dell’ufficio di procura; la sentenza 88 del 1991 rigetta, infatti, la prospettazione di un “puro” modello gerarchico nell’organizzazione dell’ufficio del pubblico ministero, ribadendo la sottoposizione di ciascun magistrato unicamente alla legge.

Le sentenze 462 e 463 del 2003 riconoscono all’ufficio del pubblico ministero, e non al sostituto titolare delle indagini preliminari, la legittimazione a sollevare conflitto tra poteri dello Stato a tutela dell’attribuzione ex articolo 112 Costituzione.

Nell’evoluzione storica assistiamo alla trasformazione della figura della pubblica accusa da organo amministrativo a organo giurisdizionale, anche se nel senso lato del termine (così precisa la Corte CEDU nella sentenza Lesnik / Slovacchia del 2003), o ad organo con funzioni eterogenee connesse latamente alla giurisdizione.

Lo sviluppo dello Stato di diritto e l’emersione di specifiche garanzie a favore della persona sottoposta ad indagini hanno ridotto la sfera di discrezionalità del soggetto pubblico titolare della funzione di accusa, tenuto alla stretta osservanza delle norme a tutela della libertà, il rispetto delle quali si pone quale condizione indefettibile del corretto esercizio della giurisdizione. Il pubblico ministero assume un fondamentale ruolo di interprete del complesso normativo in cui si sostanzia la sintesi autorità-libertà.<sup>79</sup>

La Corte Costituzionale, infatti, come già accennato, ricomprende nel concetto di giurisdizione ex articolo 102 Costituzione, non soltanto l’attività decisoria del giudice ma anche l’esercizio dell’azione penale, in quanto entrambe sono coordinate in vista della realizzazione di un fine unitario, quello di rendere giustizia (sentenza 96 del 1975). Il pubblico ministero, a differenza del giudice, non si limita ad interpretare ad applicare la legge, ma deve svolgere un’attività ulteriore, strumentale all’esercizio dell’azione penale; ci si riferisce alle attività di investigazione, di acquisizione di elementi da utilizzare come prove, di direzione della polizia giudiziaria, di organizzazione, ecc. nelle quali il pubblico ministero non è assistito da indipendenza interna. Tale garanzia, infatti, opera soltanto quando il magistrato è chiamato ad applicare le norme penali al fine di promuovere, nel rispetto delle garanzie previste, l’accertamento della responsabilità del soggetto. Soltanto l’attività volta ad interpretare e applicare norme di legge costituisce funzione giurisdizionale, nell’esercizio della quale il magistrato è soggetto esclusivamente alla legge. In base al principio democratico, il potere deve frammentarsi tra più organi e non essere accentrato in capo ad un unico soggetto; nelle procure, pertanto, esso spetta a tutti i magistrati che compongono l’ufficio, e non esclusivamente al Procuratore Capo. Alla luce di tali considerazioni, deve ritenersi

---

<sup>79</sup> *Nel 2000 una Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, nel distinguere il giudice dal pubblico ministero, riconosceva soltanto al primo il compito di interpretare la legge.*

che l'ufficio del pubblico ministero possa essere organizzato secondo modalità "verticali" soltanto entro certi limiti.

Si sono avanzati, pertanto, dubbi di costituzionalità in relazione all'articolo 2 comma 2 d.lgs 106/2006, quando dispone che "con l'atto di assegnazione per la trattazione di un procedimento, il Procuratore della Repubblica può stabilire i criteri ai quali il magistrato deve attenersi nell'esercizio della relativa attività."<sup>80</sup>

Ulteriori profili critici sono ravvisati in relazione all'articolo 3 dello stesso testo normativo, che prevede l'assenso del Procuratore sulla richiesta di una misura cautelare e del fermo di persona indiziata di delitto. Si tratta, infatti, di richieste che possono essere avanzate soltanto in presenza di determinate condizioni e di requisiti previsti dalla legge, la cui ricorrenza nel caso concreto rappresenta frutto di una valutazione costituente tipica espressione di quell'attività di interpretazione normativa nell'esercizio della quale ciascun magistrato gode della garanzia prevista dall'articolo 101 comma 2 della Costituzione.<sup>81</sup> Sotto altro profilo, viene osservato che l'estensione al titolare dell'azione penale dello status e della indipendenza dei giudici ha come risultato il rafforzamento della tendenza al corporativismo della magistratura. La piena integrazione del pubblico ministero nel corpo giudiziario e la conseguente interscambiabilità tra i ruoli e le funzioni giudicanti e requirenti possono mettere in pericolo l'imparzialità della struttura processuale ed accrescere il peso istituzionale della magistratura, la quale, attraverso l'iniziativa esclusiva dell'azione penale, tende ad assumere un ruolo politico attivo nella repressione dei reati.

82

### **3. L'organizzazione, il reclutamento, la carriera. Profili critici.**

L'organizzazione dell'ordine giudiziario è garantita dalla riserva di legge in base agli articoli 102 e 106 della Costituzione. L'articolo 106 dispone che le nomine dei magistrati avvengano per concorso, l'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina anche elettiva di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli, possono, inoltre, essere nominati quali magistrati di Cassazione, su designazione del CSM per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche o avvocati con almeno 15 anni di esercizio ed iscritti negli albi delle giurisdizioni superiori (lo stesso stabilisce l'articolo 19 l. 186 del 1982 per la nomina a Consiglieri

---

<sup>80</sup> *La delibera del Consiglio Superiore della Magistratura 10 aprile 1996 escludeva la legittimità di direttive riguardanti la conduzione del singolo procedimento, consentendo al procuratore soltanto l'adozione di atti di indirizzo a carattere generale.*

<sup>81</sup> M. Bignami, *L'indipendenza interna del pubblico ministero nel d.lgs 106/2006, Relazione svolta al Convegno sull'ordinamento giudiziario, 22 novembre 2007, ANM di Milano* [www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it](http://www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it).

<sup>82</sup> G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria, cit.*, 82 e ss.

di Stato). La regola del pubblico concorso per la selezione dei magistrati, posta a presidio dell'indipendenza della magistratura, è perciò parzialmente temperata da tali deroghe.<sup>83</sup> Il sistema di reclutamento dei magistrati italiani si basa, pertanto, sulla selezione concorsuale; i magistrati sviluppano le loro capacità professionali e sono culturalmente socializzati all'interno dell'organizzazione giudiziaria.

I neo reclutati sono idonei in astratto a svolgere ogni funzione giurisdizionale, a ricoprire tutti gli incarichi, di tipo inquirente o requirente, senza che sia prevista la necessità di opportune e differenti specializzazioni professionali.<sup>84</sup>

La scelta dei giudici e dei sistemi di organizzazione giudiziaria deve tendere a soddisfare due esigenze antitetiche, quella di garantire la capacità e la padronanza dei metodi ermeneutica, attraverso criteri di reclutamento obiettivi tali da sottrarre i giudici alle influenze politico - sociali, e quella di mantenere il giudice a contatto con la società all'interno della quale contribuisce in maniera determinante alla creazione del diritto vivente.<sup>85</sup>

La decisione giurisdizionale in senso stretto non è creativa né attuativa dei fini politici, ma da essa dipendono i loro effetti, in quanto l'attuazione dei fini politici è legata all'applicazione delle norme e alla loro preliminare interpretazione, attività mediante la quale il giudice, ancorché non sia soggetto attivo del processo politico, diviene operatore politico, poiché le sue determinazioni sono destinate inevitabilmente ad incidere sulla realtà sociale. A differenza degli altri attori politici, che agiscono sempre come parti, egli non è portatore di un interesse particolare, ma valuta interessi altrui assegnando tutela a quelli che ritiene maggiormente conformi alla Costituzione e al diritto obiettivo.

La soggezione del giudice soltanto alla legge non garantisce la sua neutralità politica, giacché nel momento interpretativo egli esprime un giudizio di valore necessariamente condizionato dalle sue personali convinzioni. Riconoscere nel giudice un soggetto partecipe della società in cui vive e dell'attuazione dell'indirizzo politico non implica che la funzione giurisdizionale sia snaturata mediante esercizio effettivo di potestà legislativa, (diritto libero).<sup>86</sup>

Il principio di indipendenza interna è posto dall'articolo 107 comma 3 Costituzione, a norma del quale "i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni", disposto in base al quale la magistratura non può essere organizzata secondo regole gerarchico-burocratiche; uno

---

<sup>83</sup> T. Martines, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè 1994, 488 e ss

<sup>84</sup> G. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

<sup>85</sup> Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1275 e ss.

<sup>86</sup> T. Martines, *Diritto Costituzionale*, cit. 488 e ss.

degli elementi che caratterizzano<sup>87</sup> l'organizzazione giudiziaria italiana, infatti, è lo sganciamento della carriera dei magistrati da ogni forma di verifica da parte dei magistrati dei supremi gradi.<sup>88</sup>

Soltanto i più recenti interventi normativi di riforma dell'ordinamento giudiziario (v. par. 4) hanno introdotto un sistema di valutazione professionale dei magistrati, mentre prima le promozioni avevano luogo, su domanda, in conseguenza del raggiungimento della prevista anzianità, a condizione che il magistrato avesse esercitato effettive funzioni giudiziarie per un determinato periodo (1 anno per magistrati di tribunale, 5 anni per magistrati d'appello, 10 anni per magistrati di cassazione) e fosse ritenuto idoneo dal CSM su parere del consiglio giudiziario. Il magistrato che riportava giudizio negativo era rivalutato dopo due anni (tre per la nomina a magistrato di Cassazione).

Il sistema di automatica progressione in carriera determina di fatto che il magistrato, come nel modello anglosassone, è nominato a vita, con la conseguente possibilità che l'assenza di verifiche di professionalità successive all'ingresso in carriera scoraggi il perfezionamento della preparazione.<sup>89</sup>

L'instaurazione dell'automatismo delle promozioni è legata alla modifica del sistema di elezione della componente togata del Consiglio Superiore della Magistratura.

I membri togati dell'organo di autogoverno (pari ai due terzi dei componenti) infatti, non sono più eletti solo dai magistrati alto grado ma l'elettorato attivo spetta oggi a tutti i magistrati ordinari; circostanza che è apparsa idonea a ritenere che il Consiglio possa essere condizionato dalle istanze di coloro che costituiscono la sua "base elettorale" ed indotto ad assecondarne le aspettative di carriera.

La valutazione dei magistrati che non sia basata su esami e sull'analisi dei lavori giudiziari ma su un complessivo giudizio dell'attività svolta, comporta promozioni generalizzate dalle quali vengono esclusi soltanto coloro che abbiano riportato gravi sanzioni disciplinari e/o penali. Le

---

<sup>87</sup> A. Pizzorusso, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, ed. Jovene, 1992, 313,314.

<sup>88</sup> Cfr. Carretti, De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli Torino 2006., 419 e ss.

Cfr. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit. Secondo l'ordinamento giudiziario del 1941, invece, la carriera dei magistrati progrediva a seguito di concorsi per esami o per titoli per la promozione a aggiunto giudiziario, e a seguito di scrutini per merito distinto e per merito per la promozione a magistrato d'Appello e di Cassazione. Leggi adottate tra il 1966 e il 1979 hanno modificato la progressione in carriera introducendo il principio della sola selezione negativa e sopprimendo la qualifica di aggiunto giudiziario.

*Questo sistema di progressione in carriera era ritenuto pregiudizievole all'indipendenza della magistratura, in quanto idoneo a ingenerare conformismo verso la giurisprudenza conservatrice delle magistrature superiori, i cui componenti giocavano un ruolo decisivo nelle valutazioni dei meriti dei colleghi di grado inferiore (nel CSM un tempo erano rappresentate solo le magistrature superiori).*

<sup>89</sup> Carretti, De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 319 e ss.

promozioni alle qualifiche superiori, inoltre, hanno luogo in numero eccedente rispetto ai posti vacanti nelle corrispondenti qualifiche, di tal che molti promossi acquisiscono i vantaggi della qualifica superiore pur continuando a svolgere le funzioni “inferiori”;<sup>90</sup> l’automatismo della progressione in carriera a ruolo aperto, infatti, determina il conferimento della idoneità alle funzioni di superiori ma non la effettiva preposizione ad esse,<sup>91</sup> mentre la concreta attribuzione dei pochi uffici direttivi vacanti è effettuata dal Consiglio mediante scelta discrezionale tra i tanti magistrati idonei a quelle funzioni.<sup>92</sup>

Gli incisivi poteri del Consiglio sulla carriera dei giudici possono determinare l’insorgere di tensioni tra la sua componente laica e quella togata, aventi ad oggetto l’ampiezza delle rispettive sfere di influenza sulla magistratura. Il Consiglio finisce così con l’assumere un ruolo di mediazione delle varie tendenze di controllo sul giudiziario, anziché limitarsi alla funzione di garante dell’indipendenza esterna della magistratura.<sup>93</sup> In considerazione di quanto sopra, il Consiglio Superiore della Magistratura si trasforma da organo di amministrazione della giurisdizione a strumento mediante il quale il potere giudiziario partecipa alle funzioni di indirizzo politico. Attraverso la componente togata (nella quale sono rappresentate le varie correnti ideologiche della magistratura, che costituiscono proiezioni dei partiti politici) le rivendicazioni corporative o interne alla corporazione stessa (ad es. tra magistrati di grado superiore e base giudiziaria) possono tradursi in richieste di partecipazione al processo di governo.<sup>94</sup> L’assenza, all’interno dell’organizzazione giudiziaria, di serie forme di valutazione sostanziale della professionalità dei giudici è talora individuata come una delle possibili cause della frequente violazione del principio della ragionevole durata del processo, che costa al nostro Paese continue sanzioni da parte degli organismi dell’Unione Europea.<sup>95</sup>

Oggi, pertanto, si avverte che l’attuazione del principio del giusto processo sia inscindibilmente connessa all’esigenza di sviluppare una adeguata valutazione professionale dei magistrati, sia al momento di attribuire le promozioni che quando si renda necessario adottare provvedimenti in

---

<sup>90</sup> G. Di Federico, *L’indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

<sup>91</sup> La Corte Costituzionale (sentenza 19 del 1989) ha affermato che contrasta con il buon andamento dell’amministrazione della giustizia un sistema di progressione automatica alla qualifica di magistrato di Cassazione in cui l’anzianità dà titolo, oltre che al riconoscimento del corrispondente trattamento economico, all’attribuzione delle relative funzioni.

<sup>92</sup> G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, cit., 82 e ss.

<sup>93</sup> L’attribuzione delle selezioni per le progressioni in carriera al vertice giudiziario, cioè alla Corte di Cassazione, piuttosto che al Consiglio, garantirebbe invece maggiormente l’indipendenza esterna, ma pregiudicherebbe l’indipendenza interna.

<sup>94</sup> G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, cit. 166 e ss.

<sup>95</sup> G. Di Federico, *L’indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

relazione a specifiche situazioni professionali “patologiche” (magistrati scarsamente produttivi, inefficienti, culturalmente e professionalmente inadeguati, inidonei alle funzioni per sopravvenute situazioni di salute, ecc). La valutazione dei magistrati, anteriormente alla circolare del Consiglio del 1985 innovata con le delibere del 23.07.2003 e 26.01.2005, non poteva avere ad oggetto l’esame dei lavori giudiziari da parte dei capi degli uffici e dei consigli giudiziari, che emettono il parere sulla promozione dei magistrati da essi dipendenti; oggi è consentito che i provvedimenti siano giudicati limitatamente alla loro qualità tecnica (e non ovviamente in relazione al merito del loro contenuto decisorio) e mediante criteri oggettivi, automatici e predeterminati.

Si sono suggeriti nuovi strumenti da affiancare all’azione disciplinare nei casi di situazioni professionali patologiche, come l’attribuzione a soggetti qualificati (ad es. un terzo del Consiglio giudiziario o alla maggioranza del Consiglio dell’Ordine forense, ecc.) del potere-dovere di segnalare situazioni di tal genere, l’accertamento delle quali potrebbe demandarsi ad appositi organi capaci di suggerire al CSM la misura correttiva maggiormente idonea nel caso concreto; nelle più gravi ipotesi potrebbe disporsi il “blocco” della progressione economica, l’assegnazione a funzioni amministrative, la dispensa dal servizio.

Il coinvolgimento di altri soggetti nei metodi di valutazione contribuirebbe ad aumentarne la loro validità ed efficienza, favorendo sinergie nell’impegno al buon andamento del sistema giustizia.

Il Consiglio risulterebbe maggiormente responsabilizzato a seguito dell’adozione di sistemi partecipativi e di procedure e criteri univoci e trasparenti in cui non abbia spazio la difesa di interessi corporativi.<sup>96</sup>

Giova rilevare che l’introduzione di elementi di maggiore selettività tecnico-professionale nella progressione in carriera dei magistrati è osteggiata da argomentazioni che vi ravvisano tentativi di riportare la funzione giudiziaria a mera attuazione delle norme. Secondo tale opinione, la riconduzione della giurisdizione all’originaria funzione di mera preservazione dell’ordinamento giuridico vigente sminuirebbe le garanzie di indipendenza, facendo sorgere la sola necessità che le decisioni siano il più possibile conformi alla legge. Gli istituti di verifica, pertanto, sono giudicati contrastanti con l’attuale ruolo giudiziario, caratterizzato, da una limitata partecipazione alla produzione del diritto, specie in un sistema normativo che presenta disposizioni ambigue, carenti e contraddittorie.<sup>97</sup>

La previsione da parte del nuovo articolo 11 del d.lgs 160/2005 così come modificato dalla legge Mastella (v. par. 4) dovrebbe in teoria porre fine alla polemica sulla automatica progressione in

---

<sup>96</sup> N. Rossi, *Il nucleo professionale di un nuovo ordinamento giudiziario: valutazione e selezione dei magistrati, direzione degli uffici. Democrazia e diritto* 2/2005.

<sup>97</sup> Amato, Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, cit. 631.

carriera dei magistrati, poichè introduce un sistema di valutazione della professionalità con periodicità quinquennale, di tal che le capacità dei magistrati sono esaminate durante l'intero arco della loro vita professionale. Le verifiche investono vari aspetti: capacità professionale, laboriosità, diligenza, impegno, attitudine alla dirigenza. I criteri di valutazione sono notevolmente analitici, e ritenuti dalla magistratura eccessivamente rigidi e vincolanti nei confronti del giudizio discrezionale che il CSM<sup>98</sup> ha il potere di emettere.

#### **4. Le principali modifiche all'ordinamento giudiziario tra la legge 150/2005 e la legge 111/2007**

Il d.d.l. 30.07.2007 n. 111 (Mastella) di riforma dell'Ordinamento giudiziario ha l'obiettivo di attuare una prima vera organica riforma destinata a sostituire definitivamente l'Ordinamento Grandi di cui al regio decreto n. 12 del 30 gennaio 1941. La VII disposizione transitoria della Costituzione riconosceva all'ordinamento Grandi vigenza temporanea, onde evitare un vuoto legislativo in attesa dell'emanazione di una nuova legge di ordinamento giudiziario maggiormente conforme i principi costituzionali. In realtà, invece, furono singoli interventi normativi settoriali, unitamente alle pronunce della Corte Costituzionale nonché agli interventi interpretativi del Consiglio Superiore della Magistratura, e non un'organica legge di riforma, ad adeguare una disciplina emanata nel contesto di un regime autoritario ai mutati valori dell'ordinamento accolti nella Carta Costituzionale.<sup>99</sup>

L'obiettivo di radicale riforma, prima della legge Mastella, era stato perseguito con la legge 25 luglio 2005 n. 150 (guardasigilli Castelli), dalla quale scaturirono i d.lgs 106, 160, 109/2006.<sup>100</sup>

La normativa testé citata ha modificato la disciplina dell'accesso in magistratura, sebbene l'operatività delle disposizioni sul punto sia rimasta sospesa sino al 31 luglio 2007 in attesa dell'istituzione della Scuola di magistratura. Il concorso di accesso è stato strutturato in "concorso di secondo grado", l'ammissione al quale non è più subordinata al solo possesso del solo requisito culturale della Laurea in giurisprudenza, ma richiede ulteriori titoli professionali o di specializzazione (il Diploma rilasciato dalla Scuola di specializzazione in professioni legali, ovvero il Dottorato di ricerca in materie giuridiche, l'abilitazione all'esercizio della professione forense, l'esercizio di funzioni di magistrato onorario per almeno quattro anni, lo svolgimento di

---

<sup>98</sup> ANM - Osservazioni su DDL riforma dell'ordinamento giudiziario, [www.unicost.it](http://www.unicost.it).

<sup>99</sup> Per un'analisi delle varie tendenze di riforma a partire dalle differenti posizioni ideologiche sulla giurisdizione e la magistratura in seno alla Costituente si veda F. Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam Padova 1982, cap. I, II, III.

<sup>100</sup> Astrid, *Per un nuovo Ordinamento giudiziario*, Passigli editore, 2006, Introduzione di A. Pizzorusso, pp. 11-15.

funzioni direttive nella pubblica amministrazione per almeno tre anni). Particolare interesse è stato dedicato dalla legge Castelli alla disciplina della separazione delle carriere, prevedendo che i candidati dichiarino già al momento della presentazione della domanda di partecipazione al concorso a quali funzioni, giudicanti o requirenti, intendano essere assegnati. Il passaggio tra funzioni successivamente all'ingresso in carriera è consentito soltanto entro tre anni e previo superamento di concorso per titoli e di un corso di formazione presso la Scuola di magistratura. Questa, istituita ad opera del d.lgs 26/2006, costituisce una struttura didattica autonoma preposta all'organizzazione del tirocinio e della formazione degli uditori giudiziari, nonché dei corsi di aggiornamento professionale e di formazione che coinvolgono i magistrati già in servizio.

La legge Mastella interviene modificando alcune di tali disposizioni; la disciplina di accesso, modellata sul concorso di secondo grado, è sostanzialmente confermata, anche se la partecipazione è estesa ad altre categorie prima non contemplate: procuratori dello Stato, magistrati amministrativi e contabili, personale universitario di ruolo docente in materie giuridiche. Alcuni requisiti di partecipazione vengono aggravati (esercizio di funzioni direttive nella pubblica amministrazione per cinque anni anziché tre, della magistratura onoraria per sei anni).

Le prove d'esame restano immutate, non trova infatti accoglimento la proposta di introdurre una quarta prova scritta consistente nella redazione di un provvedimento giurisdizionale in materia - civile o penale, elemento che avrebbe certamente accresciuto qualitativamente l'aspetto della selezione collegato alla idoneità professionale dei candidati.<sup>101</sup> E' stata espunto, opportunamente, il previsto un colloquio di idoneità psico-attitudinale, i cui criteri valutativi avrebbero dovuto essere stabiliti da un apposito decreto ministeriale, disposto che suscitava dubbi di costituzionalità in relazione alla riserva di legge ex articolo 108 primo comma Costituzione; la società nazionale di psicologia, aveva anche espresso parere negativo per l'assenza di criteri scientifici da porre a presidio di tale verifica di idoneità.<sup>102</sup>

La disciplina successiva, inoltre, ridimensiona il potere attribuito alla Scuola di magistratura in relazione al giudizio di ammissione in funzione degli uditori. La Scuola, infatti, emette solo un parere diretto al CSM, il quale, in conformità con l'articolo 105 Costituzione, è l'unico organo competente ad assumere ogni decisione sulla carriera dei magistrati. La legge Mastella, infatti, a differenza della legge Castelli che configurava la Scuola come ente autoreferenziale staccato dal "circuito dell'autogoverno", in maniera maggiormente conforme all'articolo 105 della

---

<sup>101</sup> S. Sobrino, *La riforma dell'accesso alla magistratura ordinaria tra legge 150/2005 e legge Mastella – un'altra occasione mancata?* [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>102</sup> Astrid - *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, Passigli editore, 2006, di autori vari, pp. 28-29.

Costituzione riconosce l'organismo preposto alla formazione ed aggiornamento dei magistrati come istituzione autonoma ma operante entro il sistema di autogoverno della magistratura.

La legge Mastella ha modificato la disciplina del passaggio di funzioni riaffermando il principio di unicità della magistratura e della distinzione interna solo in base alle funzioni. E' eliminato l'obbligo di dichiarare preventivamente le funzioni di destinazione, previsione irragionevole, in quanto non può richiedersi di effettuare una scelta di tal genere ad un soggetto non ancora in possesso di un sufficiente bagaglio di conoscenze ed esperienze. Si trattava di una regola funzionale soltanto all'esasperata divisione funzionale, con una "strizzatina d'occhio" alla definitiva separazione delle carriere.<sup>103</sup>

Il passaggio dall'una all'altra funzione è consentito nel corso della carriera fino ad un massimo di quattro volte, ma vi è un obbligo di permanenza quinquennale nelle funzioni. Il passaggio deve essere preceduto da un corso di riqualificazione organizzato dal CSM ed è subordinata ad un giudizio di idoneità espresso dal CSM su parere del Consiglio giudiziario (il quale acquisisce a sua volta il parere del Presidente della Corte d'Appello o del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello. Costoro, oltre al capo dell'ufficio, possono sentire anche le valutazioni del Presidente del Collegio dell'ordine forense). In caso di passaggio di funzioni è prevista un'incompatibilità territoriale in base alla quale il magistrato interessato è obbligato a trasferirsi in altra corte d'appello o in altra regione qualora la regione di provenienza sia sede di più corti d'Appello, il che viene considerato eccessivamente gravoso da parte della magistratura.<sup>104</sup> Ulteriori aggravamenti della disciplina del passaggio tra funzioni condurrebbero ad una separazione di fatto, che la magistratura ha sempre considerato in contrasto con la Costituzione e con il corretto funzionamento della giurisdizione.<sup>105</sup>

Deve riconoscersi alla riforma Castelli il merito di avere affrontato per la prima volta seriamente la problematica di un assetto della magistratura che tenga conto anche del merito dei magistrati, limitando la discrezionalità puramente "politica" del CSM.

Quella parte della riforma è stata ripresa solo parzialmente dalla legge Mastella, comunque impegnata nella introduzione di forme di controllo della professionalità dei magistrati.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Astrid - *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., 37-39, 92

<sup>104</sup> S. Sobrino, *La riforma dell'accesso alla magistratura ordinaria tra legge 150/2005 e legge Mastella – un'altra occasione mancata?* cit.

<sup>105</sup> ANM - *Osservazioni su DDL riforma dell'ordinamento giudiziario*. cit.

<sup>106</sup> Cfr. L. Dittrich, *La controriforma dell'ordinamento giudiziario: primo commento alla legge 111 del 30 luglio 2007*, Riv. di dir. process. 6/2007. Si osserva che sull'efficacia degli istituti approntati a tal fine non è il caso di farsi illusioni, tuttavia si è verificato un cambio di prospettiva che può aprire la strada ad ulteriori riforme, possibilmente accompagnate da meno clamore. La riforma Mastella non ha determinato il superamento della politicità con cui il CSM decide il conferimento degli incarichi direttivi, che continua ad essere frutto del

## 5. Funzioni amministrative strumentali alla giurisdizione e incarichi extragiudiziari

Gli organi giudiziari possono distinguersi a seconda che esercitino solo funzioni giurisdizionali, o anche funzioni di amministrazione della giurisdizione, cioè attività amministrative strumentali alla giurisdizione. La separazione tra le due sfere di attività assume rilievo nell'ambito delle regole di formazione degli organi giudiziari; mentre l'esercizio delle funzioni giurisdizionali è soggetto alle regole costituzionali, l'esercizio di funzioni amministrative ricade sotto i comuni principi dell'organizzazione amministrativa, tra cui quello gerarchico.<sup>107</sup> Questa distinzione non opera nell'ambito dell'ufficio del pubblico ministero, nei quali, l'organizzazione gerarchica non investe solo l'esercizio delle funzioni amministrative, ma, entro certi limiti, anche di quelle requirenti vere e proprie.

A differenza che nell'organizzazione amministrativa, formata da un complesso di uffici cui fanno capo altrettante funzioni spettanti ai loro titolari in quanto organi a competenza esterna, gli uffici giudiziari, nei quali i magistrati sono inquadrati da un punto di vista amministrativo, si distinguono dagli organi giudiziari, titolari dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali; non vi è in tal caso corrispondenza tra ufficio e organo.

Le attività dirette a costituire gli organi giudiziari e a metterli in condizioni di funzionare costituiscono funzioni amministrative strumentali all'esercizio della giurisdizione spettanti al Consiglio superiore della magistratura e agli organi di amministrazione della giurisdizione da esso dipendenti, compresi i capi degli uffici giudiziari.<sup>108</sup> Il principio di separazione dei poteri dovrebbe impedire l'attribuzione di compiti amministrativi ad organi del potere giurisdizionale, mentre i capi degli uffici risultano titolari di un complesso di funzioni amministrative attinenti all'organizzazione e alla distribuzione del lavoro. Al riguardo deve osservarsi che l'articolo 110 Costituzione assegna al Ministro della giustizia (solo) il compito di assicurare i servizi relativi alla giustizia; si tratta dell'unico esempio di norma costituzionale che attribuisce direttamente specifiche e limitate competenze al capo di uno dei rami dell'amministrazione statale (agli altri ministri fa capo, invece, tutto il complesso di attribuzioni afferenti agli affari affidati alla cura dei rispettivi dicasteri).

---

*compromesso tra le varie correnti; sono state espunte, infatti, le previsioni della legge Castelli volte a condizionare l'attribuzione degli incarichi ad un giudizio a contenuto tecnico-professionale, nella formulazione del quale la Scuola di magistratura assumeva un rilievo non indifferente.*

<sup>107</sup> A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., 95.

<sup>108</sup> A. Pizzorusso, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, cit. 313,314.

Dal disposto di tale articolo e dalle altre norme costituzionali sulla giurisdizione si evince che tutti gli altri compiti inerenti l'amministrazione della giustizia non appartengono all'Esecutivo ma all'ordine giudiziario, in particolare al Consiglio Superiore della Magistratura, che li esercita attraverso i magistrati capi degli uffici giudiziari.<sup>109</sup>

L'autonomia della magistratura, infatti, non si esplica attraverso l'esercizio di poteri di normazione, come per altri soggetti, ad esempio gli enti autonomi territoriali, ma attraverso la sottrazione agli altri poteri, in particolar modo all'Esecutivo, del "governo" della magistratura, ragione per la quale le limitate attribuzioni del Ministro della Giustizia nei confronti della magistratura hanno natura residuale.<sup>110</sup>

Il concreto riparto tra Ministro e Consiglio Superiore della Magistratura delle competenze relative all'amministrazione della giustizia in base ai principi posti dall'articolo 110, può far sorgere un conflitto tra poteri dello Stato per la salvaguardia delle rispettive attribuzioni.<sup>111</sup>

Costituiva oggetto di critica il tradizionale sistema di promozione ad incarichi direttivi degli uffici giudiziari, conferiti a tempo indeterminato ed in base a criteri prevalentemente "gerontocratici".<sup>112</sup>

Veniva lamentato altresì che il Consiglio non responsabilizzava adeguatamente i capi degli uffici in ordine ai loro doveri di coordinamento e sorveglianza del lavoro giudiziario; come già detto, infatti, il sistema elettivo del Consiglio Superiore della Magistratura, caratterizzato dal determinante apporto delle preferenze espresse dalla base della magistratura, era in grado di influenzare anche il conferimento dei posti direttivi, con l'ulteriore effetto di "dissuadere" i capi degli uffici dall'esercizio di più incisivi poteri di sorveglianza e controllo sui magistrati dipendenti.<sup>113</sup>

Da tempo veniva auspicato, pertanto, che l'anzianità di servizio divenisse da principale criterio di conferimento degli incarichi direttivi a "prerequisito" della vera e propria valutazione dei magistrati, giudizio da effettuarsi unicamente in base alle attitudini e ad un progetto di direzione di ufficio. Si suggeriva la temporaneità degli incarichi direttivi e semidirettivi, e la previsione di una procedura finalizzata a verificare la reale capacità del magistrato di dirigere l'ufficio assegnatogli, con la possibilità di revocarlo dall'incarico (come avviene per i dirigenti pubblici).

---

<sup>109</sup> G. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

<sup>110</sup> L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Cedam 1998, 497.

<sup>111</sup> L. Arcidiacono A. Carullo G. Rizza, *Istituzioni di diritto pubblico*, Monduzzi editore 1993, 427.

<sup>112</sup> V. sul punto anche L. Berlinguer, *I tempi della giustizia, una priorità assoluta*, *Democrazia e diritto* 2/2005.

<sup>113</sup> G. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

Si tratta di considerazioni in base alle quali la garanzia di inamovibilità opererebbe soltanto in relazione alle attività giurisdizionali pure, senza estendersi alle funzioni direttive (come si dirà in seguito a proposito dell'indipendenza).<sup>114</sup>

La riforma Mastella ha introdotto il principio di temporaneità delle funzioni, sia di quelle rivestite in seno alle tabelle o ai gruppi di lavoro che di quelle direttive e semidirettive, nel primo caso la durata dovrà essere in concreto determinata dal Consiglio Superiore della Magistratura entro i limiti di otto e quindici anni; per quanto riguarda gli incarichi direttivi e semidirettivi, l'articolo 45 d.lgs 5 aprile 2006 n. 160 come sostituito dall'articolo 2 comma IX legge 30 luglio 2007 n. 111 dispone che siano conferiti per quattro anni al termine dei quali il magistrato può essere confermato per un altro quadriennio a seguito di positiva valutazione dell'attività svolta. Il Consiglio di Stato con sentenza 1762/2009 ha respinto le prospettazioni aventi ad oggetto l'incostituzionalità della predetta disciplina,<sup>115</sup> affermando che, in base al principio posto dall'articolo 107 Costituzione a tenor del quale i magistrati si distinguono fra loro solo per diversità di funzioni, il conferimento dell'incarico direttivo non costituisce l'apice di un cursus honorum; il sopra richiamato principio, infatti, esclude dalle norme sull'assetto della magistratura la previsione di una vera e propria carriera e di una gerarchia giudiziaria. La normativa contestata, pertanto, troverebbe, legittimazione in tale principio costituzionale. La temporaneità degli incarichi direttivi manifesta, infatti, la volontà del legislatore di considerare l'incarico non come un privilegio connesso ad una particolare posizione del magistrato, ma come *munus*, ancorché attribuito a seguito di una positiva valutazione della carriera. Sono stati respinti altresì i rilievi di incostituzionalità della disciplina in esame in relazione al principio di inamovibilità ex articolo 7 Costituzione, il quale, essendo posto a presidio dell'autonomia ed indipendenza del singolo magistrato, non è contraddetto da una normativa generale che dispone lo spostamento dei magistrati in presenza di presupposti predeterminati; la cessazione degli incarichi direttivi per scadenza del termine ed il conseguente spostamento ad altro incarico, infatti, scaturiscono da circostanze indiscriminate e indifferenziate, alle quali sono ovviamente del tutto estranee le situazioni soggettive dei singoli magistrati interessati da tali provvedimenti.

La disciplina in esame è stata anzi ritenuta conforme al perseguimento di valori costituzionali di altrettanto o di superiore rilievo, tra cui specialmente il principio di buon andamento della

---

<sup>114</sup> N. Rossi, *Il nucleo professionale di un nuovo ordinamento giudiziario: valutazione e selezione dei magistrati, direzione degli uffici*, cit.

<sup>115</sup> su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

pubblica amministrazione ex articolo 97,<sup>116</sup> ma soprattutto risulta idonea a realizzare più compiutamente i valori di indipendenza e autonomia dei magistrati ex articolo 104. Il profilo della indipendenza interna, in particolare, risulta maggiormente garantito da una disciplina che impedisce il consolidamento all'interno degli uffici giudiziari di situazioni personalistiche di preminenza che vanno a detrimento del principio di pari ordinazione dei magistrati.

Gli incarichi direttivi possono avere durata quadriennale rinnovabile a seguito di ulteriore procedura concorsuale, essi vengono conferiti a seguito della valutazione delle capacità specifiche, desunte in base a pregresse esperienze di direzione, organizzazione e collaborazione e con riguardo ai risultati conseguiti, corsi di formazione in materia organizzativa e gestionale, ecc. E' previsto che ogni due anni il Consiglio Superiore della Magistratura debba svolgere il controllo di gestione sull'attività dei magistrati titolari di incarichi direttivi, al fine di valutare l'efficacia e l'efficienza organizzativa.<sup>117</sup>

Problemi maggiori, sotto il profilo del rispetto del principio di indipendenza, presenta il fenomeno dell'attribuzione ai magistrati di funzioni amministrative non collegate direttamente all'esercizio della giurisdizione, come quelle svolte in seno agli uffici ministeriali, all'interno dei quali tale personale è incardinato burocraticamente in posizione di dipendenza dagli organi del vertice politico-amministrativo.<sup>118</sup> A parere di chi scrive, preoccupazioni di tal genere sono frutto di una visione autoreferenziale dell'indipendenza, che, invece, essendo diretta a garantire il cittadino destinatario della funzione, deve ritenersi operante solo nelle attività strettamente legate all'esercizio di questa, e non estendersi ad altre attività che i magistrati siano chiamati a svolgere, funzioni di altra natura per le quali essi sono opportunamente collocati fuori ruolo. A tutto ciò si aggiunga che la denunciata inefficienza della giustizia non dovrebbe consentire la sottrazione di risorse costituite da personale di magistratura e il loro impiego in altre funzioni di competenza di professionalità amministrative.

I magistrati che svolgono incarichi extragiudiziari, sia presso il Ministero della Giustizia che presso altre strutture facenti capo al potere esecutivo o al potere legislativo, rimangono soggetti, dal punto di vista disciplinare e della progressione in carriera, esclusivamente all'autorità del Consiglio Superiore della Magistratura,<sup>119</sup> che continua a garantire loro le promozioni "per meriti giudiziari", riammettendoli automaticamente nelle funzioni al termine dell'incarico. I magistrati,

---

<sup>116</sup> *L'attuazione del buon andamento di un ufficio giudiziario non deve ovviamente dipendere dal singolo magistrato dirigente, per quanto capace e meritevole, anzi la rotazione degli incarichi direttivi permette una maggiore diffusione delle competenze.*

<sup>117</sup> ANM - Osservazioni su DDL riforma dell'ordinamento giudiziario, cit.

<sup>118</sup> Guastini, Pizzorusso, *Commentario alla Costituzione*, cit.

<sup>119</sup> G. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

pertanto, sono molto invogliati a ricoprire uffici di tal genere, che, oltre ad essere generalmente molto remunerativi, non compromettono la carriera giudiziaria. Si osserva, come già detto, che tale fenomeno presenta dubbia compatibilità sia con il principio di indipendenza che con quello di divisione dei poteri.

Tra gli incarichi a tempo pieno, per i quali si ha collocamento “fuori ruolo”, si distinguono quelli che vedono il magistrato direttamente impegnato in attività politiche, ad esempio nelle vesti di parlamentare, di membro del Governo, di Sindaco, di Presidente di Regione, ecc. e quelli che lo pongono alle dirette dipendenze dell'Esecutivo, come capo di gabinetto o di dipartimento, direttore di uffici ministeriali, consulente, ecc.

Vi sono anche incarichi a tempo parziale, come quelli di consulenza, insegnamento, studio, ecc., attività potenzialmente idonee a determinare commistione tra magistratura e politica.

Prima dell'entrata in vigore del D. lgs 30 luglio 1999 n. 300 e dei decreti ministeriali n. 55 del 2001 e n. 230 del 2001 tutte le posizioni direttive del Ministero della Giustizia dovevano essere assegnate a magistrati di carriera, oggi tali incarichi possono attribuirsi anche a personale esterno alla magistratura, tuttavia molti di essi continuano ad essere assegnati ai magistrati anche in quei casi in cui dovrebbero essere richieste competenze tecnico-specialistiche (ad esempio nei settori dell'edilizia giudiziaria e penitenziaria, delle innovazioni tecnologiche, dell'informatica ecc). Il Ministro della giustizia, pertanto, esercita le sue funzioni attraverso i magistrati addetti agli uffici dirigenziali del ministero da lui diretto, anche per quanto riguarda l'accertamento delle condizioni di funzionalità degli uffici giudiziari al fine di valutare l'opportunità di iniziative disciplinari. La gran parte delle decisioni gestionali relative al sistema giustizia si concentra così nelle mani dell'ordine giudiziario, malgrado esso in genere sia privo di formazione e cultura manageriale. Tali attribuzioni vengono strenuamente difese dalla magistratura in nome del principio di indipendenza, che determina sfavore verso ogni ipotesi di modernizzazione dell'apparato giudiziario che includa tra le misure dirette ad aumentarne l'efficienza, il trasferimento anche solo parziale di tali competenze a personale non giudiziario in possesso di adeguata professionalità gestionale.

La Costituzione italiana, come sappiamo, assegna al Ministro della Giustizia i compiti relativi all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia ed il potere di iniziare l'azione disciplinare nei confronti dei magistrati. Il Ministro, pertanto, è competente al bilancio del sistema giustizia e al reclutamento di tutto il personale non togato, il quale una volta assunto è posto alle dipendenze gerarchiche del capo dell'ufficio giudiziario.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> G. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

La distinzione tra la gestione dei magistrati e quella dei servizi relativi alla giustizia, affidata l'una al Consiglio e l'altra al Ministro può far sì che l'esercizio della giurisdizione debba sottostare alle scelte organizzative operate dall'autorità amministrativa (parimenti a quanto avviene in alcune strutture sanitarie con riflessi negativi sulla qualità delle relative prestazioni), competente all'assegnazione della disponibilità di risorse personali e strumentali serventi all'esercizio di attività giurisdizionale.

Tali considerazioni hanno determinato lo sfavore verso la riforma del Ministero della Giustizia di cui al d.lgs 240/2006, che, in attuazione della delega di cui alla legge 150/2005, attribuisce ai dirigenti amministrativi degli uffici giudiziari importanti poteri di gestione del personale e delle altre risorse, coinvolgendoli anche nella programmazione delle linee generali dell'attività di gestione.

La citata normativa introduce altresì in ordine a tale attività di programmazione, un potere sostitutivo in capo al ministro, che risulta inspiegabile alla luce del sistema costituzionale delle attribuzioni.

Le stesse perplessità sortisce la figura del direttore tecnico, istituito con funzioni di gestione e controllo delle risorse umane, finanziarie e strumentali destinate ai servizi tecnico-amministrativi degli uffici giudiziari del distretto, e di razionalizzazione ed organizzazione del loro utilizzo; l'attribuzione a soggetti estranei al corpo giudiziario di funzioni di costante controllo e monitoraggio implicanti invasivi poteri, anche solo di indirizzo, sulla gestione delle risorse serventi agli uffici giudiziari, potrebbe reputarsi, infatti, in contrasto con la Costituzione.

## **6. Il Consiglio Superiore della Magistratura**

Si afferma che la magistratura ha un duplice vertice, quello organizzativo, costituito dal Consiglio superiore della magistratura,<sup>121</sup> e quello giudiziario, rappresentato dalla Corte di Cassazione.<sup>122</sup>

Il Consiglio Superiore della Magistratura è l'organo di autogoverno dei giudici previsto dalla Costituzione allo scopo di rendere effettivo il principio di indipendenza della magistratura.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> T. Martines, *Diritto costituzionale*, cit. 488.

<sup>122</sup> Contra: Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 270 e ss. *Il Consiglio non rappresenta il vertice della funzione giurisdizionale poichè questa è una funzione diffusa, priva di un vertice ma esercitata paritariamente da tutti gli uffici giudiziari.*

*Sulla definizione di potere giurisdizionale come potere diffuso, la cui titolarità spetta a ciascun organo giurisdizionale in quanto abilitato a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene, V. anche Mazziotti Di Celso, Salerno, Manuale di diritto costituzionale, cit., 417.*

<sup>123</sup> Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 270 e ss.

*Contra: G. Rebuffa, La funzione giudiziaria, cit. 82 e ss. per il quale questo organo, essendo a composizione mista, non può considerarsi un vero e proprio organo di autogoverno.*

Il Consiglio è un organo non giurisdizionale<sup>124</sup> a composizione mista, con compiti di raccordo tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato. Esso è garante dell'autonomia interna ed esterna della magistratura in quanto esercita le funzioni amministrative sullo status dei magistrati, attribuzioni che un tempo spettavano al Ministro della Giustizia. E' definibile come organo di amministrazione della giurisdizione, deputato a raccordare il duplice status dei magistrati: quello di funzionari statali nonchè di organi indipendenti soggetti solo alla legge e sottratti alla subordinazione gerarchica nei confronti dell'esecutivo (indipendenza esterna) e dei capi degli uffici (indipendenza interna). Deve ripetersi, infatti, che il disposto dell'articolo 107 Costituzione esclude che l'organizzazione giudiziaria possa essere strutturata in base ad un modello burocratico di tipo gerarchico-piramidale. Allo stesso principio si connetteva il tradizionale sistema di progressione in carriera a ruoli aperti, che affidava la verifica sui magistrati unicamente alla valutazione del Consiglio Superiore della Magistratura su parere dei Consigli giudiziari istituiti in ciascuna Corte d'Appello, metodo giudicato inidoneo ad accertare l'effettiva professionalità.<sup>125</sup>

La disciplina organizzativa del Consiglio è dettata con legge ordinaria. Esso è stato definito organo di rilievo costituzionale, osservandosi però che la sua attività consiste essenzialmente nell'applicazione delle norme di legge in materia di ordinamento giudiziario.<sup>126</sup>

Il Consiglio non partecipa alla funzione di indirizzo politico, se non cooperando all'amministrazione della giustizia e a difesa dell'autonomia e indipendenza della magistratura.<sup>127</sup>

La funzione giurisdizionale, nel nostro ordinamento, non è affidata ad organi costituzionali (tranne il caso della Corte Costituzionale), ma ad organi di rilievo costituzionale provvisti di apposite garanzie.<sup>128</sup> Non vi è uniformità di opinioni circa il riconoscimento al Consiglio della qualità di organo costituzionale, alcuni ne affermano tale natura in base alle attribuzioni direttamente conferite ad esso dalla nostra Carta fondamentale (art. 105), competenze finalizzate a rendere effettivi i principi da essa proclamati sulla tutela giurisdizionale.<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> così anche G. Falcon, *Lineamenti di diritto pubblico, cit.* Si tratterebbe di un organo amministrativo del potere giudiziario, i cui provvedimenti sono ad ogni effetto, sia sostanziale che processuale (in quanto impugnabili innanzi al giudice amministrativo), di natura amministrativa.

A parere di chi scrive, l'impugnabilità innanzi al giudice amministrativo non ci dice nulla della natura di tali atti, posto che il rapporto di impiego dei magistrati non è stato privatizzato; il contenzioso intorno ad esso rimane comunque di competenza del giudice amministrativo, a prescindere dalla qualificazione della natura del CSM e degli atti da esso promananti.

<sup>125</sup> A. Proto Pisani, *Conati di riforma dell'ordinamento giudiziario, cit.*

<sup>126</sup> Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico, cit.*, 270 e ss.

<sup>127</sup> T. Martines, *Diritto costituzionale, cit.*, 488.

<sup>128</sup> Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico, cit.*, 270 e ss.

<sup>129</sup> T. Martines, *Diritto costituzionale, cit.* 488. Tale qualità non può essere negata sulla base della considerazione che i provvedimenti del Consiglio sono ricorribili al Consiglio di Stato

Vi sono teorie (Pergolesi) che assegnano sia al Consiglio che a ciascun magistrato la qualità di organi costituzionali, in base a considerazione di natura formale discendenti dall'articolo 104 Costituzione, e sostanziale, ravvisando in questo organo il vertice del potere giudiziario, garante della sua autonomia.

Il Consiglio svolge le sue funzioni amministrative sulla carriera dei magistrati in posizione di indipendenza, non di ausiliarità, rispetto agli organi di amministrazione attiva della giurisdizione. Le attribuzioni disciplinari costituiscono, invece, funzioni propriamente giurisdizionali, alle quali si riconosce pari rilevanza costituzionale.<sup>130</sup>

Il Consiglio è definito (Spagna Musso) organo costituzionale di garanzia; la sua particolare funzione consistente nella tutela dell'autonomia ed indipendenza della magistratura, infatti, implica che esso sia a sua volta indipendente da ogni altro potere, a tal fine è presieduto dal Capo dello Stato.

Sulla base di tali argomentazioni si respingono le tesi di chi sostiene che esso non costituisce organo costituzionale del potere giudiziario in quanto le sue funzioni hanno natura soltanto amministrativa; si tratta, secondo l'opinione prevalente, di attribuzioni che non consentono di definirlo come organo facente capo al potere esecutivo, non potendo negarsi il suo carattere rappresentativo dell'ordine giudiziario, elemento che contribuisce in maniera determinante a porlo decisamente al di fuori dell'organizzazione amministrativa gerarchica.<sup>131</sup>

Alcune teorie negano la qualità di organo costituzionale in quanto il Consiglio, a differenza degli organi costituzionali propriamente detti (Parlamento, Governo, Presidente della Repubblica, Corte Costituzionale), è privo di attribuzioni che gli consentano di influire direttamente sull'indirizzo politico nazionale. Esso, inoltre, non provvede alla diretta attuazione di norme costituzionali ma all'applicazione di norme di legge ordinaria sull'ordinamento giudiziario. Al Consiglio non spetterebbe neppure la qualificazione di organo di governo della magistratura, posto che esso detiene soltanto l'amministrazione del personale; i giudici, infatti, non sono soggetti che al governo della legge. Sarebbe errato anche definirlo organo di rappresentanza dei magistrati poiché

---

*per motivi di legittimità (In tal senso v. anche A. Gustapane, Giudice e PM nel giusto processo, cit., in cui si afferma che il CSM, sebbene presieduto dal Capo dello Stato, non è un organo costituzionale vertice dell'ordinamento giudiziario, ma ha soltanto funzioni amministrative; i suoi atti infatti sono sindacabili dal Consiglio di Stato, eccetto quelli disciplinari, impugnabili alle SSUU della Corte di Cassazione). La posizione costituzionale di un organo posto al vertice dell'organizzazione statale non implica l'esenzione degli atti da esso promananti da qualsivoglia forma di controllo.*

<sup>130</sup> F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, cit., 109.

V. anche G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, cit., 522, 523 che riconosce funzioni giurisdizionali alla sola sezione disciplinare del CSM.

<sup>131</sup> Spagna Musso, *Diritto costituzionale*, cit., 613-616.

che ne fanno parte anche membri estranei alla magistratura ed è presieduto dal Capo dello Stato, organo non appartenente al potere giudiziario.

L'esposta teoria propende, pertanto, nel definire il Consiglio "organo di garanzia costituzionale con funzioni fondamentalmente amministrative o di alta amministrazione", ritenendo che esso, benché costituzionalmente dotato di autonomia, non è incluso tra gli organi costituzionali. Il Consiglio Superiore della Magistratura non costituisce il vertice della funzione giurisdizionale, così come non lo è il Ministro della Giustizia (che ne è il vertice organizzativo), ma un organo di garanzia della indipendenza della magistratura.

La funzione giurisdizionale, infatti, per il suo carattere diffuso, è priva di un vertice, essendo parimenti esercitata da ogni organo giudiziario senza differenziazioni gerarchiche; sussiste soltanto una diversità tra i vari gradi di giurisdizione. La Corte Costituzionale ha definito il Consiglio organo di rilievo costituzionale, garantendone l'indipendenza anche sotto il profilo dell'insindacabilità delle opinioni espresse dai suoi membri nell'esercizio delle loro funzioni (sent. 148/1983).<sup>132</sup>

Si è anche affermato che il Consiglio costituisce un potere a sé stante in quanto è legittimato a rendersi soggetto di conflitti di attribuzione per la difesa delle proprie competenze.

Tra le funzioni di amministrazione della giustizia spettanti al Consiglio se ne distinguono alcune relative alla sua stessa organizzazione, altre riguardanti lo status dei magistrati, e talune attinenti ai rapporti tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato. Tra queste ultime rientrano: la facoltà di formulare al Ministro proposte su ogni materia inerente l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia; la consultazione mediante pareri sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario e l'amministrazione della giustizia in genere; la presentazione al Parlamento della Relazione sullo stato della giustizia; il pronunciamento mediante ordini del giorno su qualunque vicenda che coinvolga il funzionamento della giustizia.

Si tratta di pronunciamenti che talora attirano critiche verso l'organo di autogoverno al quale viene imputata una eccessiva "politicizzazione". A tale riguardo, è stato puntualizzato che il Consiglio deve necessariamente stabilire una "policy", vale a dire fissare direttive e indirizzi cui ispirare la propria attività e quella degli organi da esso dipendenti, senza che ciò debba necessariamente implicare interferenza nella politica nazionale dei partiti.<sup>133</sup>

Il Consiglio risulta altresì titolare di una funzione promozionale riguardante la vigilanza sull'attività giurisdizionale, la difesa dell'autonomia e indipendenza della magistratura e il potenziamento della sua funzionalità. Tale attribuzione, originatasi da una prassi adottata in base a

---

<sup>132</sup> Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 270 e ss.

<sup>133</sup> A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., 105.

un ordine del giorno del 1969, si svolge mediante la presentazione annuale al Parlamento di una relazione sullo stato della giustizia, allegata a quella del Guardasigilli. Si tratta di un compito atipico non previsto né dalla Costituzione né dalla legge, esulante dal potere di esprimere pareri e proposte al Ministro in materia di ordinamento giudiziario e di organizzazione e amministrazione della giustizia. Sono riconducibili a questa funzione le inchieste su singoli uffici giudiziari e le attività paranormative, attraverso le quali il Consiglio prestabilisce i criteri di esercizio delle sue competenze tipiche. Espresse disposizioni normative (art. 20 n. 7 l. 195/1958 e art. 48 D.P.R. 16 settembre 1958 n. 916), invece, conferiscono al Consiglio il potere di adottare il proprio regolamento interno, e di dettare il regolamento sul tirocinio degli uditori giudiziari.<sup>134</sup> Le funzioni atipiche sopra descritte non sono esercitate con la finalità di intervenire sull'indirizzo della politica giudiziaria, bensì allo scopo di assolvere più efficacemente ai compiti di raccordo tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato.

A norma dell'articolo 104 Costituzione il Consiglio è presieduto dal Presidente della Repubblica, ne fanno parte di diritto il Primo Presidente e il Procuratore Generale della Corte di Cassazione. Gli altri componenti sono elettivi, i due terzi sono eletti dai magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, ed un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari in materie giuridiche e avvocati con almeno quindici anni di esercizio. I membri elettivi durano in carica quattro anni e non sono rieleggibili immediatamente. Il vicepresidente è eletto dal Consiglio tra i componenti non togati. La composizione mista del Consiglio ha una chiara finalità compromissoria.<sup>135</sup>

La compresenza in seno al Consiglio di membri di diversa estrazione risponde all'esigenza di evitare l'eccessiva separatezza dell'ordine giudiziario.

La legge 195/1958 articolo 2 ha istituito il Comitato di Presidenza, composto dal vicepresidente e due membri di diritto facenti parte della Cassazione, con il compito di promuovere l'attività del Consiglio e dare attuazione alle sue deliberazioni.

L'indipendenza dei membri del Consiglio è garantita mediante il divieto di immediata rielezione ex articolo 104 Costituzione, e la non punibilità per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto della discussione, ex articolo 32 bis legge 195/1958.<sup>136</sup>

Il Capo dello Stato esercita le sue funzioni di presidente dell'organo di autogoverno della magistratura solo per fini di garanzia. Egli, di norma, cede la presidenza del collegio al vicepresidente quando all'ordine del giorno vi sono questioni di ordinaria amministrazione che non investono i rapporti tra poteri dello Stato, mentre la esercita direttamente nei casi in cui le

---

<sup>134</sup> L. Paladin, *Diritto costituzionale, cit.*, 497.

<sup>135</sup> Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico, cit.*, 1279 e ss.

<sup>136</sup> F. Pergolesi, *Diritto costituzionale, cit.* 109.

deliberazioni attengono al rispetto e/o al ripristino dell'autonomia ed indipendenza della magistratura (ad es. indizione delle elezioni dei membri togati, richiesta ai Presidenti delle Camere di elezione dei membri laici, scioglimento del Consiglio per impossibilità di funzionamento ex art. 18 nn. 1 e 2 legge 195/ 1958, assenso all'ODG approntato dal vicepresidente ex. artt. 18 n. 3 e 45 Regolam. Csm come modificato il 6 apr. 1988). Il Capo dello Stato ha altresì la facoltà di presiedere la sezione disciplinare al fine di garantire l'indipendenza di ciascun magistrato contro eventuali azioni persecutorie provenienti dall'interno dell'ordine giudiziario (art. 18 n. 41 l. 195/1958 come modificato con l. 3 marzo 1981 n. 1).<sup>137</sup>

L'attribuzione della presidenza del Consiglio al Capo dello Stato ha il fine di garantire la neutralità politica di tale organo. Il Presidente, infatti, ha la funzione di riequilibrare le diverse tendenze presenti al suo interno, richiamando i membri alle loro responsabilità, e di coordinare le potestà di esso con i compiti di amministrazione della giustizia spettanti al ministro. Il Capo dello Stato di fatto non è in grado di intervenire con efficacia sul funzionamento del Consiglio, sia in ragione dei suoi innumerevoli impegni,<sup>138</sup> che in conseguenza della sua posizione di prestigio, imparzialità e irresponsabilità, la quale, se da un lato garantisce al Consiglio la presenza di un moderatore *super partes*, sotto altro profilo rende inopportuno che egli partecipi alle sedute di un organo con poteri deliberativi, al cui interno coesistono contrapposte correnti politiche.<sup>139</sup> I criteri di scelta dei membri non togati eletti dal Parlamento, infatti, non possono non avere natura politica, anzi partitica, ed anche le c.d. correnti cui fanno capo le varie associazioni di magistrati rappresentate in seno al Consiglio Superiore della Magistratura non sono esenti da implicazioni con i partiti presenti nell'arco costituzionale.<sup>140</sup>

La proiezione all'interno del Consiglio delle varie correnti dell'associazionismo della magistratura legate ai partiti politici, unitamente alle logiche di spartizione che presiedono alla nomina dei componenti laici costituiscono oggetto di riflessione intorno al ruolo e alla funzione effettiva di questo organo, che con tale strutturazione non è più ritenuto idoneo a rappresentare lo strumento di garanzia prefigurato dal Costituente. Si osserva, infatti, che il Consiglio non può assolvere al fondamentale compito di verificare la professionalità dei magistrati senza che, nelle condizioni descritte, i necessari controlli a tal fine svolti incidano sull'indipendenza e autonomia della magistratura.<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> Barile, Cheli, Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 270 e ss.

<sup>138</sup> Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1279 e ss.

<sup>139</sup> T. Martines, *Diritto costituzionale*, cit., 488.

<sup>140</sup> Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1279 e ss.

<sup>141</sup> *I nodi irrisolti della giustizia civile*, di G. Giacobbe, op. cit.

Sin dal momento della sua entrata in funzione nel 1959 il Consiglio Superiore della Magistratura ha ampliato la sua sfera di azione ben oltre le previsioni del Costituente. Le leggi di riforma del suo sistema elettorale ne hanno fatto un organo rappresentativo della base dei magistrati,<sup>142</sup> interprete di istanze corporative. Esso ha acquisito crescente peso sul funzionamento degli uffici giudiziari e sulle decisioni di politica giudiziaria, ampliamento di competenze che ha generato spesso conflitti con gli altri poteri dello Stato.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> così anche T. Martines, *Diritto costituzionale*, cit. 488.

<sup>143</sup> G. Di Federico, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, cit.

## Cap. 3 LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA

### 1. Unità e pluralità di giurisdizioni nella Costituzione

La Costituzione accoglie il principio di unità della giurisdizione. L'articolo 102 afferma, infatti, che la "giurisdizione è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario". La magistratura ordinaria è qualificata, inoltre, dall'articolo 104 come "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere". Il principio di giurisdizione unica subisce però delle deroghe attraverso la previsione da parte della Costituzione di organi giurisdizionali diversi da quelli ordinari; di tal che anziché istituirsi un sistema unitario di giurisdizione nel quale ogni attribuzione giurisdizionale sia concentrata in capo ad un unico complesso di organi, sono preposti all'esercizio di tale funzione differenti complessi ordini di organi giurisdizionali.

A norma dell'articolo 102 Costituzione la giurisdizione è attribuita ai magistrati ordinari.

Soltanto a costoro fa capo, pertanto, il potere giudiziario. Tutti gli altri organi giurisdizionali presenti nell'ordinamento e non appartenenti alla giurisdizione ordinaria sono qualificabili come "speciali" ed hanno competenze limitate a determinati settori.

A norma dell'articolo 103, infatti, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa esercitano la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione per la tutela di interessi legittimi e, in particolari materie, anche di diritti soggettivi. La Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge. I tribunali militari in tempo di guerra hanno giurisdizione nei casi previsti dalla legge ed in tempo di pace per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate.

Funzioni giurisdizionali sono svolte anche da altri organi costituzionali, come le Camere e la Corte costituzionale.<sup>144</sup>

Nel nostro ordinamento, pertanto, può ravvisarsi una tripartizione della giurisdizione in giurisdizione costituzionale, giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale, quest'ultima a sua volta suddivisa in giurisdizione amministrativa, contabile, e militare.

Il potere giudiziario, come già detto, fa capo alla sola magistratura ordinaria, mentre le magistrature speciali, vale a dire diverse dalla ordinaria, appartengono a proprie differenti organizzazioni.

Tutte le organizzazioni giurisdizionali, tuttavia, concorrono a formare la magistratura disciplinata dal titolo IV parte II della Costituzione, che deve intendersi riferito a tutti i complessi di organi

---

<sup>144</sup> T. Martines, *Diritto Costituzionale*, cit. 488 e ss.

che esercitano funzioni giudiziarie. Oltre alle giurisdizioni speciali individuate dalla Costituzione, che potremmo, pertanto, definire, con un gioco di parole, “speciali ordinarie”, vi sono altre giurisdizioni speciali “minori”, come ad es. i Commissari regionali per la liquidazione degli usi civici.

L'articolo 102 comma 2 Costituzione vieta l'istituzione di giudici straordinari o speciali, possono solo istituirsi presso gli organi giurisdizionali ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura.

In base a tale norma non possono essere create ulteriori giurisdizioni oltre a quelle previste dalla Costituzione o da leggi precedenti e non possono essere mantenuti organi giurisdizionali non conformi ai principi costituzionali sulla giurisdizione e carenti dei necessari caratteri di indipendenza e di terzietà (così la Corte Costituzionale sent. 68/1968), se non si è proceduto alla loro revisione sulla base dei suddetti principi. La VII disposizione transitoria e finale prevedeva, infatti, che entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si sarebbe dovuto procedere alla revisione degli organi di giurisdizione speciali allora esistenti (ad es. il Tribunale superiore delle acque pubbliche e le commissioni tributarie), eccetto il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti, i tribunali militari.<sup>145</sup> qualificabili come “organi giurisdizionali di rilievo costituzionale”, attribuzione che si estende agli organi di giustizia amministrativa di primo grado da istituire in ciascuna regione a norma dell'art. 125 Costituzione. Il Consiglio di Stato e i Tribunali amministrativi regionali sono, pertanto, definibili non giudici speciali ma giudici amministrativi ordinari.

Il ritardo da parte del legislatore nella revisione delle giurisdizioni speciali ha indotto la Corte Costituzionale ad espungere dall'ordinamento molti organi giurisdizionali le cui regole di composizione e di funzionamento non erano sufficientemente rispettose dei necessari requisiti di imparzialità.<sup>146</sup>

Il divieto di istituzione di giudici straordinari e speciali si lega al principio di unità della giurisdizione, esso è derogato solo nelle ipotesi previste dalla stessa Carta Costituzionale in ragione della natura tecnica di determinati tipi di controversie (contabilità pubblica), ovvero alla presenza in giudizio della pubblica amministrazione, o a determinate qualità soggettive delle parti (militari).<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> *Diritto Costituzionale*, E. Spagna Musso, Padova Cedam, *op. cit.*, 598 e ss.

<sup>146</sup> L. Paladin, *Diritto Costituzionale*, *cit.* 497 e ss.

<sup>147</sup> T. Martinez, *Diritto Costituzionale*, *cit.* 488 e ss.

Dai giudici speciali si distinguono i giudici straordinari, a carattere temporaneo o eccezionale in relazione a determinate circostanze di fatto o alle particolari modalità di composizione e/o dei criteri di decisione.<sup>148</sup>

La Costituzione garantisce direttamente l'indipendenza dei giudici ordinari, garanzia che è oggetto solo di riconoscimento nei confronti degli organi giurisdizionali speciali; l'articolo 108 comma II infatti rinvia alla legge il compito di dettare le norme rivolte ad assicurarla. La legge ordinaria ha istituito degli organi di autogoverno delle magistrature speciali, come il Consiglio di Presidenza della giurisdizione amministrativa (legge 27 aprile 1982 n. 186) il Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti (legge 13 aprile 1988 n. 117 art. 10), il Consiglio della Magistratura militare (legge 30 dicembre 1988 n. 5461), anche la giustizia tributaria ha un suo Consiglio di Presidenza.

L'art. 100 comma III Costituzione prevede che la legge assicuri l'indipendenza del Consiglio di Stato - riconosciuto come organo di tutela della giustizia nell'amministrazione - della Corte dei Conti, e dei componenti di essi, di fronte al governo. Si sono, pertanto, avanzati dubbi di costituzionalità sulle norme di composizione di questi due organi, in quanto parte dei loro membri sono di nomina governativa. La Corte Costituzionale ha ritenuto infondata la relativa questione, con sentenza n. 1 del 1976.

Ogni appartenente a ciascuna giurisdizione è soggetto alle disposizioni sulla responsabilità civile dei magistrati.<sup>149</sup>

L'unità della giurisdizione formulata nella Costituzione si sostanzia nella preminenza, assegnata in seno al sistema giurisdizionale, al giudice ordinario rappresentato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cui è attribuito il compito di sorvegliare il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni, decidendo sulle c.d. questioni di giurisdizione con il potere di statuire in via definitiva.

La Corte di Cassazione, infatti, benché nell'esercizio di tale funzione risulti organo separato e sovraordinato a tutte le giurisdizioni, appartiene all'organizzazione della magistratura ordinaria ed è composto da soli magistrati ordinari. In forza di tale attribuzione la Corte, titolare delle note garanzie di autonomia e indipendenza, si colloca al di sopra delle diverse giurisdizioni operandone al contempo un raccordo sotto il vertice della giurisdizione ordinaria.<sup>150</sup>

Si afferma che l'unità della giurisdizione oggi ha solo il valore di un'affermazione di principio in quanto la giurisdizione non è unitaria sia sotto il profilo organizzativo che funzionale.

---

<sup>148</sup> A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 76, 77, 84, 85.

<sup>149</sup> T. Martines, *Diritto Costituzionale*, cit., 488 e ss.

<sup>150</sup> E. Capaccioli, *Diritto e Processo*, Padova Cedam 1978, da p. 338.

Tale funzione, infatti, assume caratteristiche diverse se è svolta dal giudice penale, piuttosto che da quello civile, o dal giudice amministrativo.<sup>151</sup>

## 2. La giustizia amministrativa

L'esistenza della giustizia amministrativa è conseguenza del principio di legalità; essa garantisce, attraverso rimedi giustiziali, la conformità dell'amministrazione alla legge, limitando l'esercizio di autorità amministrativa.<sup>152</sup>

Si designa giustizia amministrativa il complesso degli istituti e dei mezzi, di cui il cittadino può valersi per la tutela della propria sfera giuridico-patrimoniale nei confronti della pubblica amministrazione. (artt. 24, 25, 101, 1102, 103, 108, 111, 113, 125 co 2, 134, VI disp. trans.)

Mediante i previsti rimedi sono direttamente tutelabili situazioni giuridiche di vantaggio dei singoli, e non soltanto situazioni strumentali indirettamente legate al prevalente interesse pubblico alla legalità della funzione amministrativa.<sup>153</sup>

L'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, infatti, consente oggi di qualificare i rimedi giurisdizionali amministrativi come giurisdizione di diritto soggettivo, chiamata ad "intervenire" in conseguenza di una lesione operata da un soggetto (in tal caso pubblico) nei confronti della sfera giuridica di altro soggetto, piuttosto che come giurisdizione di diritto oggettivo, mossa dall'esigenza di riaffermare il preminente interesse pubblico perseguito dalla norma (come la giurisdizione penale). L'adesione al modello di giurisdizione soggettiva implica la concezione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione in termini di rapporto giuridico paritario,<sup>154</sup> quantomeno in ambito processuale. Sul piano del diritto sostanziale, invece, sebbene la pubblica amministrazione in molti casi eserciti la sua attività mediante forme di diritto privato o forme miste, essa si pone nei confronti del privato nella sua tipica veste autoritativa. Le differenti modalità del rapporto che la pubblica amministrazione instaura con "l'altra parte" spiegano la differenziazione tra i tre tipi di giurisdizione amministrativa.

La giurisdizione generale di legittimità, infatti, è diretta alla giustiziabilità delle attività poste in essere dal soggetto pubblico nell'esercizio dei suoi poteri di imperio. La giurisdizione esclusiva si interessa di determinate materie nelle quali la pubblica amministrazione agisce sia autoritariamente, che in modo paritario senza disporre di alcun potere nei confronti del diritto del privato; in questa ipotesi il giudice amministrativo decide sia su situazioni di interesse legittimo

---

<sup>151</sup> V. Domenichelli, *Le confuse linee di confine fra le giurisdizioni*, *Diritto e società* 3/2003.

<sup>152</sup> B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, *Dir. amm.* 1/2008.

<sup>153</sup> G. Vignocchi, G. Ghetti, *Corso di diritto pubblico*, cit., 717 e ss.

<sup>154</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, Giuffrè 2008, 7.

che di diritto soggettivo ed il processo amministrativo si struttura sulla base del processo civile di cognizione.

La giurisdizione di merito, infine, è diretta, attraverso il giudizio di ottemperanza, a sostituirsi all'attività amministrativa, costituisce al contempo attività di giurisdizione e di amministrazione, quest'ultima esercitata attraverso la nomina del commissario ad acta.<sup>155</sup>

La giurisdizione amministrativa è considerata giurisdizione "ordinaria" nei confronti della pubblica amministrazione.<sup>156</sup>

Le controversie giudiziarie in cui parte la pubblica amministrazione sono, infatti, da sempre, soggette ad un sistema dualistico di scissione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo, tradizionalmente basato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Si individua la lesione di un diritto soggettivo in conseguenza di un'attività illecita della pubblica amministrazione, che non aveva in concreto il potere di incidere negativamente sulla sfera giuridica del singolo. Si ha, invece, lesione di un interesse legittimo, quando la pubblica amministrazione ha esercitato il suo potere in maniera non conforme alla legge, sotto il profilo sostanziale o procedurale.<sup>157</sup>

Questa dicotomia negli ultimi anni aveva perso parte della sua validità, in quanto sembrava essersi affermato un sistema nel quale, sia per la difficoltà di operare una netta distinzione tra le due situazioni soggettive che per l'ampliamento delle materie oggetto di giurisdizione amministrativa, il giudice amministrativo appariva il giudice della funzione amministrativa piuttosto che il giudice di quelle situazioni soggettive qualificate come interessi legittimi.<sup>158</sup>

Lo strumento di attuazione della giurisdizione amministrativa è il processo amministrativo, che costituisce la forma di esercizio della funzione svolta dalla giustizia amministrativa.<sup>159</sup>

Il processo amministrativo ha la finalità di assicurare tutela al soggetto privato nei confronti del soggetto pubblico, posto in situazione di istituzionale superiorità. Esso si configura come processo differenziato, sia per le caratteristiche delle parti che per il suo oggetto, costituito da atti autoritativi o, comunque, da rapporti di diritto amministrativo.

Il processo amministrativo ha ad oggetto la verifica da parte di un giudice della legittimità dello svolgimento dell'azione amministrativa attraverso i riflessi di essa sulle posizioni giuridiche soggettive degli interessati.<sup>160</sup>

---

<sup>155</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit., 8.

<sup>156</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit., 5.

<sup>157</sup> G. Vignocchi, G. Ghetti, *Corso di diritto pubblico*, cit., 722 e ss.

<sup>158</sup> V. in tal senso, M. Giovannelli, *I nodi irrisolti della giustizia amministrativa*, *Iustitia* 3/2006.

<sup>159</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit., 2.

Come in ogni altro giudizio, anche in quello amministrativo ciascuna parte è portatrice di un proprio interesse; la pubblica amministrazione ha un interesse specifico, di natura pubblica, che non si identifica con il generale interesse alla legalità degli atti amministrativi.<sup>161</sup>

La migliore dottrina (Picozza) nega che il giudizio amministrativo si possa qualificare ontologicamente indipendente ed imparziale rispetto all'interesse pubblico in esso coinvolto.

A differenza della giurisdizione ordinaria, in cui non vi è una gerarchia di valori sottostante al giudizio, il processo amministrativo è permeato dall'interesse pubblico. Questo costituisce "il minimo comune denominatore del bene pubblico" di una forma di stato ancora ispirata al modello dello stato sociale di diritto. La distinzione tra la giurisdizione ordinaria e amministrativa risiede nel fatto che l'interesse pubblico non è parificato all'interesse privato.

L'interesse pubblico, che rappresenta la "legge" del procedimento amministrativo, è inscindibilmente connesso anche al processo amministrativo.

Alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali riconducibili al "giusto processo", la legittimità del processo amministrativo si rinviene nel suo carattere di processo speciale rispetto a quello ordinario, specialità legata alla sua "appartenenza" alla pubblica amministrazione e conseguente alla natura pubblica degli interessi sui quali è chiamato a giudicare. La tendenziale prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi di natura privata implica, infatti, che il giusto processo amministrativo è quello che mira all'affermazione della superiorità di un interesse, piuttosto che a comporre interessi posti su un piano di parità..<sup>162</sup>

Quando si parla di interesse pubblico si intende riferirsi sia ad interessi che sono tali in quanto di titolarità di soggetti pubblici (concezione formale soggettiva) sia ad interessi del pubblico (consumatori, utenti), in base ad un'accezione oggettiva che trova accoglimento nel diritto comunitario.

L'efficiente giustizia amministrativa, in altri termini, deve prendere le mosse dalla "localizzazione" del processo amministrativo nell'esercizio dei poteri di supremazia della pubblica amministrazione.<sup>163</sup> Come già detto, infatti, il rapporto tra pubblica amministrazione e privato è di tipo paritario soltanto in seno al processo, mentre nella sfera sostanziale la pubblica amministrazione ha sempre il potere di agire mediante atti di imperio.

---

<sup>160</sup> V.Cerulli Irelli, *La giustizia amministrativa: aspetti e prospettive*, *Giornata di studio in ricordo dell'Avv. Domenico Torchia*, Catanzaro 24 maggio 1997, *Costituzione e Amministrazione*, documenti di un itinerario riformatore (1997-2002), Giappichelli editore Torino 2002, 442, 443, 444.

<sup>161</sup> G. Vignocchi, G. Ghetti, *Corso di diritto pubblico*, cit., 722 e ss.

<sup>162</sup> E. Picozza, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Cedam 2003, 52-58.

<sup>163</sup> *Diritto e Processo*, E. Capaccioli, op. cit., 455, 477, 483, 484, 486.

La funzione della giurisdizione è di dirimere le controversie insorte tra i soggetti intorno ai beni della vita affidandone la soluzione ad un terzo indipendente ed imparziale la cui decisione si sostituisce definitivamente alla condotta dei litiganti. In vista di tale compito, la giurisdizione può venire chiamata a controllare il rispetto delle leggi anche da parte di coloro che amministrano la cosa pubblica attraverso l'emanazione di atti amministrativi. Anche in questo caso, in cui il giudizio ha ad oggetto l'eliminazione di un atto amministrativo illegittimo, è posta in essere una funzione sostitutiva in quanto la statuizione del giudice si sostituisce alla condotta dell'amministrazione scaturente dall'atto amministrativo. Questa è proprio la finalità del giudizio amministrativo, rispetto alla quale l'annullamento dell'atto ha funzione strumentale e natura incidentale in quanto preclude all'amministrazione di emanare nuovamente l'atto con gli stessi vizi.

Rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le controversie preordinate alla verifica di giustificabilità delle scelte operate dagli amministratori pubblici.<sup>164</sup> Il controllo esercitato dal giudice sull'amministrazione mediante il processo non può però interferire sui poteri di scelta dell'autorità pubblica, dei quali l'esercizio dell'attività amministrativa costituisce proiezione.<sup>165</sup>

Ad una maggiore ampiezza del potere di controllo riconosciuto al giudice corrisponde, infatti, la riduzione della potestà autoritativa dell'amministrazione, pertanto discrezionalità e giudizio di merito sono antitetici. L'efficiente giustizia amministrativa deve trovare il punto di equilibrio tra autorità e libertà, che corrisponde anche ad un efficiente funzionamento dell'amministrazione. L'alterazione dell'equilibrio nell'una o nell'altra direzione produce paralisi dell'attività amministrativa, oppure strapotere e corruzione degli apparati amministrativi.<sup>166</sup>

### **3. Problematiche del sistema di giustizia amministrativa**

La principale critica che si rivolge al nostro sistema di giustizia amministrativa è data dalla considerazione che esso, nonostante la vigenza di un modello costituzionale di giurisdizione unica, si sostanzia in un foro privilegiato per la pubblica amministrazione. Abbiamo già detto che l'unità della giurisdizione è salvaguardata attraverso la devoluzione alla Corte di Cassazione del potere di risolvere i conflitti di giurisdizione. L'esistenza della magistratura amministrativa, inoltre, assolve ad una specifica funzione di garanzia, poiché impedisce che la funzione

---

<sup>164</sup> R. Iannotta, *La giurisdizione amministrativa*, *Iustitia*, 4/2002.

<sup>165</sup> V. Cerulli Irelli, *La giustizia amministrativa: aspetti e prospettive*, *Giornata di studio in ricordo dell'Avv. Domenico Torchia*, Catanzaro 24 maggio 1997, *Costituzione e Amministrazione*, documenti di un itinerario riformatore (1996-2002), cit., 442, 443, 444.

<sup>166</sup> *Diritto e Processo*, E. Capaccioli, cit. 455, 477, 483, 484, 486.

giurisdizionale si concentri nelle mani di un unico apparato.<sup>167</sup> Unica è la giurisdizione, nel senso che tutti gli istituti ad essa preposti assolvono ad una medesima funzione sovrana, quella di rendere giustizia ai cittadini. Ragioni organizzative rendono opportuno tuttavia che tale potere-dovere sia distribuito fra diversi organi giurisdizionali, in base al principio di divisione del lavoro e, soprattutto, di specializzazione professionale.<sup>168</sup> Il principio di unitarietà della funzione giurisdizionale è stato confermato dalla Corte Costituzionale (sentenza 77/2007) nonché dalla Corte di Cassazione (SS UU 4109/2007), sottolineandosi il collegamento tra esso ed il principio del giusto processo; in tali termini, la giurisdizione è concepita, piuttosto come potere, come funzione di servizio finalizzata alla tutela dei diritti dei cittadini<sup>169</sup>

Altro rilievo avanzato nei confronti dell'attuale sistema di giustizia amministrativa investe la considerazione in base alla quale la magistratura ad essa preposta, malgrado la presenza degli organi di autogoverno, non è dotata di sufficiente indipendenza organizzativa in quanto una parte dei magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti sono di nomina governativa.<sup>170</sup> Il Consiglio di Stato esercita nei confronti del Governo, oltre alle funzioni giurisdizionali, anche funzioni consultive e di controllo a norma dell'articolo 100 Costituzione, detenendo, pertanto sia il ruolo di consulente/controllore che quello di giudice dell'azione amministrativa. Il Santi Romano sosteneva che la contraddittorietà di tale costruzione è soltanto apparente; le varie funzioni del Consiglio sono in realtà unitarie poiché si sostanziano tutte in un sindacato imparziale sulla legalità degli atti. La teoria riportata oggi non è più in linea con la funzione degli istituti di giustizia amministrativa, la cui finalità consiste nel garantire piena tutela ad ogni situazione soggettiva vantata nei confronti dell'amministrazione e non nella difesa dell'autonomia dell'amministrazione nei confronti del giudice, la cui cognizione si limita a salvaguardare la legalità degli atti amministrativi.

Il rispetto del principio del giusto processo richiede che la tutela nei confronti della pubblica amministrazione sia attuata mediante un giudice indipendente e imparziale, necessariamente terzo rispetto ad entrambe le parti in causa. A tale riguardo, gli organi di giustizia europei hanno affermato che le garanzie di equità del processo non sono soddisfatte soltanto attraverso il corretto svolgimento del procedimento giurisdizionale ma richiedono altresì che le strutture processuali siano rispettose di quei canoni. Dal complesso di garanzie, pertanto, si ricava il principio in base al quale l'organo giurisdizionale non deve semplicemente essere imparziale ma

---

<sup>167</sup> A. Gustapane, *Giudice e P.M. nel giusto processo*, cit.

<sup>168</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit. 6, 7.

<sup>169</sup> M. V. Ferroni, *Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione*, *Dir.process.amm.* 2/2008.

<sup>170</sup> G. Paleologo, *Il giudizio amministrativo oggi*, *Riv. trim. di diritto pubblico*, 3/2000.

anche apparire imparziale, vale a dire strutturarsi con caratteristiche di terzietà (sentenza Delcourt, 1970, sent. De Cubsimber, 1984, sent. Piersack, 1992, sent. Borges, 1991) tali da rendere fiduciosi i cittadini nel rispetto di quei valori.

In uno Stato democratico la giustificazione della funzione del giudice non si può limitare al solo riconoscimento di questo come organo statale formalmente soggetto solo alla legge ma richiede una legittimazione ulteriore, consistente nell'assoluta fiducia riposta dai cittadini destinatari della funzione sui requisiti di indipendenza e imparzialità. Non appare conforme ad un ideale di imparzialità il fatto che il giudice cui è demandata la funzione di giudicare l'azione del soggetto pubblico sia anche consulente del Governo nonché destinatario di continui incarichi extragiudiziari da parte di questo. Alla magistratura amministrativa, devono apprestarsi, pertanto, idonee garanzie di indipendenza pari a quelle dei giudici ordinari.<sup>171</sup>

Altra denunciata disfunzione del nostro sistema di giustizia amministrativa è costituita dall'assenza di una giurisdizione superiore di legittimità o cassazione amministrativa, che esiste, invece, in altri ordinamenti (la Cassazione amministrativa, è presente in Francia, Conseil d'Etat, in Germania, e anche in Spagna, in tal caso come sezione speciale della Cassazione civile).

Nel nostro Consiglio di Stato, invece, si concentrano sia attribuzioni di merito che di legittimità. Quest'organo, infatti, costituisce: una giurisdizione superiore di cassazione e nomofilachia, il giudice unico di appello avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali, un organismo consultivo del Governo. Tale concentrazione di funzioni si pone anche in contrasto con i principi della riforma in senso federalista dello Stato e del decentramento amministrativo.

Si è rilevata, pertanto, l'opportunità di istituire le corti d'appello amministrative e devolvere al Consiglio di Stato le funzioni di Cassazione amministrativa,<sup>172</sup> a meno di non si dimostrare che la peculiarità del giudizio amministrativo implichi anche la necessaria rinuncia al terzo grado di giudizio, conclusione da ritenersi in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale in chiave comunitaria e del giusto processo. Il terzo grado di giudizio, infatti, si considera tra i principi costituzionali comuni agli stati membri. Esso nel nostro ordinamento può ritenersi operante anche nel giudizio amministrativo in base all'articolo 113, a norma del quale la tutela giurisdizionale non può essere limitata a particolari mezzi di impugnazione; di tal che la giustizia amministrativa non può essere circoscritta al giudizio di primo grado e all'appello ma deve comprendere tutti i possibili gradi di giudizio previsti dall'ordinamento, compreso quello di

---

<sup>171</sup> S. Lariccia, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, Atti della giornata di studio su Sergio Panunzio, profilo intellettuale di un giurista, Perugia 2006, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

<sup>172</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit. 5,6.

supremo controllo della legalità della funzione giurisdizionale.<sup>173</sup> Nell'attuale sistema, invece, contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti è ammesso ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per soli motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111 co. 8 Cost.), in particolare per la violazione dei c.d. limiti esterni, che investono la stessa esistenza del potere giurisdizionale in capo all'organo, e non dei limiti interni, attinenti, invece, alle modalità di esercizio della funzione in relazione allo scopo di quella specifica giurisdizione. Tra questi ultimi rientrano le violazioni o false applicazioni delle norme di diritto (*errores in iudicando*) e delle norme che disciplinano il procedimento e i poteri del giudice (*errores in procedendo*).

La violazione del limite esterno, invece, ricorre allorché non sia rispettato il vigente criterio di riparto della giurisdizione. L'ambito dei limiti esterni tende tuttavia ad ampliarsi attraverso l'opera di elaborazione della giurisprudenza della Suprema Corte, in vista dell'attuazione del principio del giusto processo e di effettività della tutela giurisdizionale. Si sono ravvisate violazioni dei limiti esterni nei casi di mancato rispetto delle regole di competenza interne alla stessa giurisdizione amministrativa nonché di rifiuto da parte del giudice amministrativo di provvedere in via autonoma sulla domanda risarcitoria, omessa pronuncia che non costituirebbe *error in iudicando* bensì negazione della giurisdizione da parte dell'organo al quale spetta.<sup>174</sup> Questa operazione di interpretazione evolutiva dell'articolo 111 comma 8 Costituzione estende le possibilità di impugnare in Cassazione le sentenze del Consiglio di Stato attraverso la denuncia dei motivi di giurisdizione, strumento mediante il quale viene garantito il rispetto della normativa comunitaria realizzando l'uniforme applicazione del diritto. L'obiettivo di realizzare il principio di effettività del diritto comunitario si attuerebbe anche senza spostare i limiti esterni alla giurisdizione, mediante la difesa del tradizionale criterio di riparto, allorché fosse ravvisato il difetto di giurisdizione ogni qual volta il giudice amministrativo operi una erronea qualificazione della situazione soggettiva in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo. La Cassazione potrebbe anche spingersi ad includere tra i motivi di giurisdizione ogni ipotesi in cui sia resa una tutela deficitaria, sotto il profilo della pienezza ed effettività dei valori riconducibili al giusto processo, rispetto a quella prevista sia dal diritto interno che comunitario.<sup>175</sup>

Altra questione relativa al funzionamento del sistema di giustizia amministrativa investe l'esecuzione del giudicato. La legge del 1889 prevedeva il ricorso al Consiglio di Stato per il caso

---

<sup>173</sup> M.V. Ferroni, *Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione*, cit.

<sup>174</sup> *Contra* si è ritenuto che in questo caso si tratta di una questione interna alla giurisdizione amministrativa. Il giudice, infatti, non rifiuta di giudicare, ma più semplicemente rigetta la domanda risarcitoria.

<sup>175</sup> M.V. Ferroni, *Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione*, cit.

in cui una pubblica amministrazione violasse l'obbligo di conformarsi al giudicato del giudice ordinario in ordine alla lesione di un diritto civile o politico. Il giudice ordinario, infatti, non ha il potere di incidere sull'atto amministrativo che ha operato la lesione, pertanto, qualora la pubblica amministrazione non ritiri o modifichi l'atto giudicato illegittimo, l'interessato può ricorrere al Consiglio di Stato per il suo annullamento. Questo rimedio, previsto solo per l'inottemperanza delle sentenze del giudice ordinario, è stato successivamente esteso, prima in via giurisprudenziale e poi dalla legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, anche all'esecuzione del giudicato amministrativo. Il Consiglio di Stato, nonostante abbia in tale sede il potere di decidere anche nel merito, solitamente si limita ad emettere una nuova pronuncia di annullamento in relazione alla condotta negativa dell'amministrazione, senza sostituirsi a questa nel compimento di scelte amministrative discrezionali, soggette in quanto tali a riserva esclusiva di competenza.

Ulteriore elemento di criticità del nostro sistema di giustizia amministrativa è legato alla insufficienza del personale preposto alla risoluzione delle liti amministrative. Oltre a mancare i giudici, si avverte la carenza strutturale di funzionari capaci di collaborazione qualificata, che possano ad esempio impostare le decisioni di ricorsi seriali, effettuare ricerche giurisprudenziali, ecc. L'introduzione di tali professionalità contribuirebbe in modo notevole ad accrescere la produttività e l'efficienza del servizio,<sup>176</sup> non solo con riferimento alla giustizia amministrativa ma anche a quella ordinaria.

L'obiettivo di migliorare la gestione del crescente contenzioso amministrativo è realizzabile attraverso un diversificato approccio strutturale al processo, al quale consegue l'adozione di strumenti deflattivi che, senza incidere sulla bontà del giudizio, possano attuare il principio di ragionevole durata e consentire lo smaltimento del contenzioso arretrato.<sup>177</sup>

Si afferma altresì che l'efficienza della giustizia amministrativa presuppone che essa non venga resa gratuitamente ma che, anzi, la proposizione di un ricorso infondato o la resistenza pretestuosa possano essere trattati come fatti illeciti da cui scaturiscano relative conseguenze pecuniarie.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> G. Paleologo, *Il giudizio amministrativo oggi*, cit.

<sup>177</sup> Potrebbero ad esempio essere istituite sezioni stralcio alle quali assegnare giudici qualificati da esperienza amministrativa e ben retribuiti.

<sup>178</sup> G. Leone, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il "giusto processo amministrativo"?*, *Diritto processuale amministrativo* 3/2001.

#### **4. L'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa. Il riparto di giurisdizione.**

La storia della giustizia amministrativa italiana parte dal 1865, anno in cui si varò un'importante riforma tesa ad uniformare i diversi sistemi di giustizia amministrativa degli stati preunitari.<sup>179</sup>

Questa legge abolì i tribunali del contenzioso amministrativo dello stato sardo piemontese, che facevano capo al potere esecutivo, ed attribuì la giurisdizione su ogni controversia nella quale si facesse questione di un diritto civile o politico, ancorché vi fosse interessata la pubblica amministrazione e fossero stati emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa, alla autorità giudiziaria ordinaria (art. 2 Alleg. E legge 20 marzo 1865 n. 2248).

Il principio cardine di questa riforma era l'abolizione del foro privilegiato della pubblica amministrazione e la conseguente affermazione della centralità del ruolo del giudice ordinario nella tutela al cittadino anche nei confronti dei pubblici poteri, principio che si poneva perfettamente in linea con l'ideologia liberale, tesa a garantire le libertà attraverso il primato della legge, unica "autorità" alla quale il giudice, è tenuto a sottostare.

Si riteneva che l'espressione usata dal legislatore "diritti civili e politici" determinava la devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione generale su tutte quelle posizioni giuridiche successivamente denominate "diritti soggettivi". All'epoca della riforma si distingueva un tipo di attività amministrativa c.d. "giuridica" in quanto regolata dalla legge, e un'altra sfera di attività c.d. "amministrativa pura" o "economica", soggetta ad essere "regolata" dalle scelte dell'autorità amministrativa." Nell'ambito di tale concezione, la legge del 1865 opera una distinzione tra gli affari giuridici, definiti come quegli affari in cui "si controverte di un diritto civile o politico", che devono essere decisi in applicazione di norme predeterminate, e gli affari amministrativi, vale a dire gli "altri affari" menzionati nell'articolo 3 della stessa legge, non regolati dalle norme ma affidati alla sola cura dell'autorità amministrativa. Le controversie intorno ad essi, pertanto, non sono decise dal giudice, ma dalla amministrazione stessa.

Gli articoli 4 e 5 stabilivano che i poteri del giudice ordinario, nelle controversie cui era interessata la pubblica amministrazione o in cui erano stati emanati provvedimenti d'autorità, erano limitati a conoscere degli effetti dell'atto. Il giudice cioè non poteva revocare, modificare o annullare l'atto amministrativo. Al contempo si faceva obbligo all'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato riguardo al caso deciso. I giudici ordinari dovevano applicare gli atti amministrativi e i regolamenti in quanto conformi alla legge, e potevano disapplicarli nel caso concreto, se illegittimi.

---

<sup>179</sup> Cfr. V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino Utet 2003, da p. 46.

Con la legge 31 marzo 1889 fu istituita una nuova giurisdizione mediante la creazione della IV sezione del Consiglio di Stato con funzioni giurisdizionali, avente il compito di decidere sui “ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge contro atti o provvedimenti di un’ autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante aventi ad oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici non di competenza dell’ autorità giudiziaria né spettante alla giurisdizione di corpi o collegi speciali”. Rimaneva intatta la competenza dell’ autorità giudiziaria ordinaria stabilita dalla legge del 1865, e al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale era dato il potere di annullare l’atto amministrativo giudicato illegittimo.

La ragione di questa seconda riforma si legava alla constatazione che il sistema introdotto dalla legge del 1865 non tutelava pienamente il cittadino nei confronti della pubblica amministrazione; il giudice ordinario, infatti aveva limitati poteri allorquando l’amministrazione si poneva nella sua tipica veste autoritativa mediante l’emanazione di atti giurisdizionalmente insindacabili.

L’istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato con competenze giurisdizionali fu motivata dall’esigenza di incrementare la tutela del cittadino verso la pubblica amministrazione attraverso la creazione di una giurisdizione da affiancare a quella ordinaria ma dotata di più incisivi poteri di censura nei confronti dell’operato amministrativo.

La legge 1 maggio 1890 n. 6837 istituì le Giunte Provinciali Amministrative, organi di giurisdizione amministrativa con competenza nei riguardi di atti degli enti locali, le cui decisioni erano impugnabili al Consiglio di Stato.

L’art. 23 T.U. 17 agosto 1907 n. 638 istituì la V sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, e il decr. l.vo 5 maggio 1948 n. 642 creò la VI. Venne istituita anche l’Adunanza plenaria.

Il R.D 30 dicembre 1923 n. 2840 attribuì al Consiglio di Stato e alle Giunte provinciali amministrative competenza su determinate materie tassativamente elencate (tra le quali ad es. il pubblico impiego) che furono sottratte al giudice ordinario in deroga al normale criterio di riparto di giurisdizione. Tale sfera di competenza fu denominato giurisdizione esclusiva.

La Costituzione repubblicana conservò il sistema appena delineato. L’articolo 102 comma I pone il principio della giurisdizione unica affidata ai magistrati ordinari, istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario, e l’art. 103 comma I attribuisce al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa la giurisdizione per la tutela degli interessi legittimi nonché, in particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione.

Il riparto di giurisdizione è confermato nell’articolo 113, a norma del quale: “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa [.....] la legge determina

quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”.

La regola della giurisdizione unica, pertanto, acquista un significato più limitato rispetto a quello volto ad escludere la coesistenza di diverse giurisdizioni, collegandosi al disposto divieto di istituzione di giudici straordinari e speciali.

La Corte Costituzionale con sentenze n. 30 del 22 marzo 1967 e n. 49 del 27 maggio 1968 dichiarò incostituzionali le Giunte provinciali amministrative per contrasto della loro normativa con l’articolo 108 comma II Costituzione, che demanda alla legge di assicurare l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse e degli estranei che partecipano all’amministrazione della giustizia, in quanto tali organi giurisdizionali non presentavano sufficiente indipendenza dal potere esecutivo.

Dalla scomparsa della Giunte Provinciali Amministrative fino alla istituzione, con la legge 6 dicembre 1971 n. 1034 dei Tribunali Amministrativi regionali (Tar) quali giudici amministrativi di primo grado sui ricorsi contro gli atti amministrativi di tutte le Amministrazioni pubbliche, statali e non, il Consiglio di Stato funzionò quale giudice amministrativo di unico grado dei ricorsi avverso tutti gli atti amministrativi. Con l’entrata in funzione dei Tar, assunse il ruolo di giudice d’appello.

Fatte queste premesse sulla distinzione tra giurisdizioni, occorre affermare che tra le maggiori difficoltà insite in tale sistema v’è proprio quella di individuare a quale giudice spetti la giurisdizione.<sup>180</sup> A tale riguardo, si osserva che in uno stato democratico la pienezza della garanzia del diritto di azione e di difesa in giudizio per la tutela della propria sfera giuridica non può essere pregiudicata dalla difficoltà di individuare il giudice al quale rivolgersi, incertezza tale da compromettere la tempestività e, dunque, l’utilità del ricorso al giudice. Le garanzie consacrate nella Costituzione implicano infatti il diritto del cittadino di ottenere da uno stesso giudice la pronuncia intorno al bene della vita o all’utilità oggetto della sua pretesa nei confronti dell’amministrazione, senza necessità di moltiplicare le azioni e i giudizi. Secondo il disposto dell’articolo 113 Costituzione, infatti, la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione non può essere limitata “a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”.<sup>181</sup>

L’origine del più tradizionale criterio di riparto di giurisdizione risale all’espressione usata dal legislatore del 1865 di “diritti civili e politici”, nozione lungamente intesa come coincidente con

---

<sup>180</sup> Diritto e Processo, E. Capaccioli, *op. cit.* da p. 338.

<sup>181</sup> S. P. Panunzio, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, *Politica del diritto* 1/2000.

quelle posizioni giuridiche soggettive, da un certo momento in poi denominate “diritti soggettivi”<sup>182</sup> e contrapposte ad altre situazioni denominate “interessi legittimi”.

La necessità di individuare una situazione giuridica differente dal diritto soggettivo fu imposta dalla esigenza di tutelare giurisdizionalmente il privato nei confronti della pubblica amministrazione.

La costruzione teorica dell’interesse legittimo si lega alla posizione di supremazia sostanziale del soggetto pubblico, che imponeva la deroga al principio di parità delle parti nel processo.

La disuguaglianza delle parti si motivò in base alla particolarità della posizione giuridica sostanziale tutelata, individuata come interesse legittimo. Entro tale categoria confluirono molte situazioni soggettive normalmente tutelate davanti al giudice ordinario come diritti soggettivi, che, azionati nei confronti della pubblica amministrazione dovevano trattarsi mediante un processo “speciale”, caratterizzato, vista la natura pubblica di una delle parti, da un’attenuazione del principio di parità. Con l’entrata in vigore della Costituzione il principio di parità delle parti, insieme ad altri principi garantistici, si estese ad ogni forma di esercizio della giurisdizione, imponendo un adeguamento della disciplina del processo amministrativo.<sup>183</sup>

Il sistema di giustizia amministrativa italiana ed il tradizionale criterio di riparto di giurisdizione costituiscono frutto del compromesso tra due sistemi tra di loro antitetici, quello posto dalla legge 20 marzo 1865 allegato E abolitrice del contenzioso amministrativo, e quello della legge 31 marzo 1889 numero 5992 che istituì la IV sezione del Consiglio di Stato con attribuzioni contenziose (che la legge 7 marzo 1907 numero 62 dichiarerà definitivamente di natura giurisdizionale). La legge 20 marzo 1865 attribuiva al giudice civile le controversie con la pubblica amministrazione concernenti un “diritto civile o politico” anche quando fossero stati emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell’autorità amministrativa, mentre tutte le controversie non involgenti diritti erano escluse dalla tutela giurisdizionale, peraltro limitata alle azioni di condanna (non ad un fare) stante il divieto per l’autorità giudiziaria di annullare gli atti amministrativi (perciò non potevano aversi azioni costitutive) e di obbligare la pubblica amministrazione a tenere un determinato comportamento.

La cognizione del giudice sulla lesione del diritto implicava la cognizione sull’atto amministrativo ai limitati fini di accertare la lesione stessa e stabilire il risarcimento, previa disapplicazione dell’atto giudicato illegittimo. Si trattava di un sistema sostanzialmente finalizzato alla tutela risarcitoria dei diritti patrimoniale e dominicali, primo tra tutti la proprietà, lesi o limitati da atti illegittimi della pubblica autorità.

---

<sup>182</sup> Diritto e Processo, E. Capaccioli, *op. cit.* da p. 338.

<sup>183</sup> V. Caianiello, *Riflessioni sull’art. 111 della Costituzione*, Riv. Di diritto processuale 1/2001.

Dopo un certo numero di anni in Italia si introdusse, come negli altri paesi europei, un sistema di giustizia amministrativa attraverso l'istituzione di apposite sezioni del Consiglio di Stato.

A differenza di altri ordinamenti, che affidavano al contenzioso amministrativo tutte le controversie con le pubbliche amministrazioni aventi un oggetto pubblico, in Italia si mantennero in vita due sistemi, il Consiglio di Stato non era competente nei giudizi spettanti all'autorità giudiziaria (ordinaria), e alle giurisdizioni di corpi o collegi speciali.

Sorsero allora due giudici per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione, uno per i diritti e l'altro per tutti gli altri casi. Il riparto di giurisdizione, fondato sulla diversità di posizioni soggettive, penalizzò però proprio i titolari delle posizioni giuridiche ritenute più meritevoli, vale a dire i diritti soggettivi, stante la limitatezza dei poteri del giudice ordinario, unico titolare della loro tutela. La giurisprudenza elaborò, pertanto, la nozione di degradazione del diritto soggettivo, in base alla quale anche il diritto soggettivo diventava tutelabile innanzi al giudice amministrativo allorché degradava o si affievoliva in interesse legittimo a causa dell'esercizio di un potere amministrativo (esempio classico: il diritto di proprietà a fronte di un provvedimento di espropriazione).

Una volta che il giudice amministrativo avesse pronunciato l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo che aveva indebitamente operato la degradazione del diritto, quest'ultimo si riespandeva, e poteva avanzarsi al giudice ordinario domanda di risarcimento del danno. La tutela degli interessi legittimi puri, invece, si fermava al giudizio amministrativo, sostanziandosi soltanto nell'annullamento. Scaturì così il c.d. "dogma della dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi", vale a dire la convinzione che solo i diritti soggettivi fossero risarcibili.

La ricostruzione dogmatica ora esposta operò un ribaltamento del sistema raffigurato dalla legge del 1865, teso ad affidare direttamente alla tutela risarcitoria ordinaria i diritti patrimoniali dominicali lesi da atti dell'amministrazione.<sup>184</sup>

La teoria dei diritti affievoliti fu contestata dalla dottrina, che negò la sussistenza di una situazione giuridica intermedia tra diritto ed interesse. L'oggetto del giudizio amministrativo è la legittimità di un atto amministrativo, valutazione mediante la quale il giudice accerta se la pubblica amministrazione ha esercitato correttamente il suo potere incidendo sul diritto soggettivo del privato. Il diritto costituisce il presupposto dell'esercizio del potere amministrativo, a fronte del quale il privato vanta un interesse legittimo. Quel che si sostiene è che non vi è degradazione o trasformazione del diritto in interesse, ma che le due posizioni coesistono nel procedimento amministrativo, in cui il privato conserva il suo diritto soggettivo sul quale l'amministrazione

---

<sup>184</sup> V. Cerulli Irelli, *La riforma della giustizia amministrativa: considerazioni introduttive, Verso il nuovo processo amministrativo*, (Torino 2000), *Costituzione e Amministrazione*, cit. 458-476.

intende interferire, e vanta al contempo l'interesse legittimo affinché l'azione pubblica si svolga legittimamente. L'interesse legittimo, pertanto, vive solo nel procedimento. Quando questo ha termine con l'adozione di un provvedimento amministrativo restrittivo, il titolare del diritto soggettivo limitato, compreso o estinto non può rivolgersi al giudice ordinario (che nel nostro ordinamento non giudica della legittimità dei provvedimenti amministrativi) ma soltanto al giudice amministrativo, mediante gli strumenti di tutela tipici dell'interesse legittimo, in quanto il diritto soggettivo come tale non è azionabile nei confronti dell'esercizio di potere amministrativo. L'interesse legittimo vive solo nell'ambito del procedimento amministrativo, e, successivamente, nel processo amministrativo, ma non ha natura sostanziale. Quando il giudizio di annullamento si conclude in modo favorevole al ricorrente, infatti, i suoi effetti investono il diritto soggettivo illegittimamente colpito, che, in conseguenza della retroattività della pronuncia di annullamento, ritorna a presentarsi nella sua pienezza come se non fosse mai stato inferito.

Le considerazioni appena svolte si riflettono sulla problematica della risarcibilità degli interessi legittimi.<sup>185</sup>

La categoria del diritto affievolito o condizionato, pertanto, non è più accettabile, se non in termini diacronici; l'esercizio di alcune potestà pubbliche ha l'effetto di estinguere in toto il diritto soggettivo o singole facoltà ad esso inerenti, qualora l'atto autoritativo sia annullato la situazione soggettiva è ripristinata e si considera come mai estinta o diminuita.. Non esiste, pertanto, una categoria intermedia tra diritto e interesse riconducibile ai c.d. diritti affievoliti, ma dei fatti estintivi o modificativi del diritto rappresentati dal provvedimento amministrativo, nei confronti del quale il privato è titolare di un interesse legittimo.<sup>186</sup>

Il sistema di giustizia amministrativa testé delineato è stato innovato ad opera della legge 21 luglio 2000 n. 205 "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa". Pur senza operare modifiche delle norme costituzionali, che forse sarebbero state opportune, sembra essere stato superato il principio, accolto dalla Costituzione, in base al quale nelle controversie con la pubblica amministrazione vi sono due giudici e due differenti processi, l'uno per i diritti soggettivi e l'altro per gli interessi legittimi, ed in base al quale la diversità di tali posizioni giuridiche dà luogo, nell'ambito di un medesimo rapporto, a controversie distinte soggette a giurisdizioni diverse. La legge in esame aderendo agli altri sistemi europei, attribuisce le controversie all'uno o all'altro giudice, non in base alla diversità della situazione giuridica soggettiva ma in base alle materie.

---

<sup>185</sup> F.G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, *Dir. process.amm.* 1/2008.

<sup>186</sup> M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, seconda edizione a cura di Mirabelli-Centurione, Giuffrè 2000, 259 nota n.4.

Si tratta di una modifica che, si ripete, non è operata espressamente poiché in tal caso sarebbe stata necessaria la riforma dell'articolo 113 Costituzione, ma, adottata a Costituzione invariata, attraverso l'estensione (e forse anche la forzatura) dell'istituto della giurisdizione esclusiva.

La giurisdizione del giudice amministrativo è ampliata sia con riguardo alle materie che con riguardo alla cognizione su di esse, egli, infatti, può conoscere di ogni azione esperibile, comprese quelle risarcitorie, da sempre riservate esclusivamente al giudice ordinario.<sup>187</sup>

L'accresciuta competenza attraverso la previsione di nuovi ambiti di giurisdizione esclusiva ha indotto l'affermazione secondo la quale il giudice amministrativo non è più il giudice degli interessi legittimi ma dei rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione, e il giudizio amministrativo non costituisce più giudizio sull'atto ma sul rapporto.<sup>188</sup>

La sostituzione della tradizionale regola del riparto di giurisdizione con la tesi del riparto "per blocchi di materie" è stata contestata da autorevole dottrina; il Picozza, l'ha ritenuta "dogmaticamente non corretta in fatto e in diritto". In linea di diritto, infatti, tale teoria, contrasta con la Costituzione (l'articolo 113 prevede che i giudici amministrativi abbiano giurisdizione sui diritti soggettivi soltanto in particolari materie individuate dalla legge), in linea di fatto si osserva che l'unica materia realmente attribuita in blocco al giudice amministrativo in quanto afferente a funzioni omogenee, è quella relativa al "governo del territorio", ex articolo 34 D.P.R. 80/1998, mentre le altre materie attengono a settori differenziati di intervento pubblico.<sup>189</sup>

Quanto sostenuto ha ricevuto convalida dalla Corte Costituzionale con sentenza 204 del 2004, confermata sostanzialmente dalla 191/2006. La giurisprudenza costituzionale ha ritenuto pienamente operante il tradizionale criterio di ripartizione della giurisdizione. In base alla considerazione che il giudice amministrativo è giudice dell'esercizio del potere,<sup>190</sup> il discrimine tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa è ricondotto alla differenziazione tra le situazioni soggettive. Il giudice ordinario si occupa delle controversie che hanno ad oggetto diritti soggettivi, e il giudice amministrativo di quelle relative ad interessi legittimi, con l'eccezione di quelle materie affidate in toto alla giurisdizione amministrativa esclusiva. Tale criterio opera anche quando la controversia ha ad oggetto il risarcimento del danno derivante da

---

<sup>187</sup> *La riforma della giustizia amministrativa: considerazioni introduttive, Verso il nuovo processo amministrativo, a cura di V. Cerulli Irelli (Torino 2000), in Costituzione e Amministrazione, cit. 458 - 476*

<sup>188</sup> G. Leone, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il "giusto processo amministrativo"?*, cit.

<sup>189</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit. 27.

<sup>190</sup> M. A. Sandulli, *Diritto europeo e processo amministrativo*, *Riv.ital.di dir.pubb.comunitario*, 1/2008.

lesione dell'una o dell'altra situazione soggettiva.<sup>191</sup> Tuttavia, sostiene il Picozza, la Corte non differenzia i casi in cui l'esercizio del potere incida su situazioni parificate ai diritti soggettivi e, pertanto, oggetto di giurisdizione amministrativa esclusiva.<sup>192</sup>

Su tema del riparto di giurisdizione assume rilievo la problematica della c.d. *translatio iudicii*.

Si tratta di un istituto previsto dall'articolo 50 c.p.c. il quale dispone che "se la riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente avviene nel termine fissato nella sentenza o, in mancanza, entro sei mesi dalla comunicazione della sentenza di regolamento o della sentenza che dichiara l'incompetenza del giudice adito, il processo continua davanti al nuovo giudice".

Se la riassunzione non ha luogo nei predetti termini, viceversa, il processo si estingue.

L'istituto della *translatio iudicii* era teso tradizionalmente ad assicurare la conservazione degli effetti della domanda e degli atti processuali nei casi di erronea proposizione dell'azione ad un giudice incompetente, mentre non operava nei rapporti tra giurisdizioni diverse, vale a dire qualora, in luogo di una pronuncia di incompetenza, vi fosse una pronuncia negatoria della giurisdizione del giudice adito.<sup>193</sup>

La Corte di Cassazione con sentenza 22 febbraio 2007 n. 4109 aveva avanzato l'estensione di tale istituto anche al caso di declinatoria della giurisdizione del giudice civile a favore del giudice amministrativo, e viceversa. Questa interpretazione non è stata condivisa dalla Corte Costituzionale che, con sentenza interpretativa di accoglimento 77/07, si è limitata a dichiarare l'illegittimità dell'articolo 30 legge 1034/71 nella parte in cui non prevede che gli effetti sostanziali e processuali della domanda si conservino nel nuovo processo instaurato a seguito di declinatoria di giurisdizione. La Corte ha mostrato di considerare espunto dall'ordinamento il principio in base al quale tale pronuncia impone di iniziare *ex novo* il giudizio (principio non ricavabile da espressa disposizione normativa ma dal complesso del sistema dei rapporti tra giurisdizioni) ma, astenendosi dall'operare interventi additivi - per il rispetto dei confini del suo ruolo nell'ordinamento - ha manifestato la necessità che il legislatore emani una disciplina specificamente diretta alla conservazione degli effetti della domanda, omologa a quella già dettata dall'articolo 50 c.p.c.

La pronuncia della Corte, inoltre, è limitata alla ipotesi di negazione della giurisdizione amministrativa a favore di quella ordinaria, mentre non affronta l'eventualità che sia erroneamente adito il giudice ordinario in luogo di quello amministrativo, fattispecie molto più delicata, in

---

<sup>191</sup> F.G.Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.

<sup>192</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit. 27.

<sup>193</sup> Cfr. F. Cipriani, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, *Riv.trim. di dir.e proc.civ.* 3/2005.

V. anche G. Sigismondi, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, *Dir.process.amm.* 3/2007.

quanto, essendo la proposizione del ricorso giurisdizionale amministrativo soggetto al breve termine di decadenza di sessanta giorni, l'erronea incardinazione del processo innanzi al giudice ordinario potrebbe pregiudicare irrimediabilmente la possibilità di ricevere tutela giurisdizionale.

A tale proposito si è sostenuto che la *translatio iudicii* sarebbe possibile a condizione che l'azione ordinaria sia stata proposta entro il termine di cui sopra, soluzione che trascura di considerare che l'errore in casi di tal genere non investe il mancato rispetto del termine di decadenza dall'azione ma la causa petendi, la qualificazione giuridica della situazione soggettiva di cui si chiede tutela in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo. Secondo un'altra prospettazione, deve essere la sentenza che dichiara il difetto di giurisdizione ad indicare il termine di sessanta giorni entro il quale proporre l'azione innanzi al giudice amministrativo.

Si trascura di considerare che alla base di tale problematica, come ha segnalato la Corte Costituzionale, vi è l'opzione tra due principi di diritto, l'uno è quello per il quale ciascun giudice è giudice della propria giurisdizione, l'altro è quello seguito dall'articolo 44 c.p.c.<sup>194</sup> in tema di competenza, a tenor del quale l'attribuzione della competenza deve avere carattere stabile e immutabile, principio che rafforzerebbe l'unità della giurisdizione piuttosto che l'autonomia ed autodichia di ciascun ordine giurisdizionale.<sup>195</sup>

La problematica della *translatio iudicii* nel rapporto tra giurisdizioni diverse è interessata dall'articolo 38 del progetto di legge 1082, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile, che contiene, secondo le indicazioni della Corte Costituzionale, la disciplina della conservazione degli effetti della domanda successivamente alla pronuncia declinatoria della giurisdizione. Si contempla innanzitutto che il giudice che declini la propria giurisdizione debba indicare il giudice munito di "potestas iudicandi". Soltanto le decisioni delle Sezioni unite della Cassazione sulla giurisdizione sono vincolanti in ogni altro processo, le altre pronunce sono vincolanti soltanto per le parti, a condizione che la domanda venga riproposta innanzi al giudice indicato entro tre mesi dal loro passaggio in giudicato; in tale caso la giurisdizione diviene incontestabile<sup>196</sup> tra le parti in base ad un principio di autoresponsabilità, diversamente le parti possono sollevare regolamento di

---

<sup>194</sup> A tenor del quale, la sentenza che dichiara l'incompetenza se non è impugnata con regolamento rende incontestabile l'incompetenza dichiarata e la competenza del giudice che dichiara competente, qualora la causa sia riassunta innanzi a questo entro i termini ex articolo 50 c.p.c.

<sup>195</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit., 390-395.

Cfr. M.A. Sandulli, *I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 6/2007.

<sup>196</sup> Si riconosce per la prima volta alle pronunce di rito una efficacia paragonabile a quella del giudicato sostanziale.

giurisdizione. Il giudice ad quem, invece, rimane sempre libero di contestare la propria giurisdizione, a meno che questa non sia stata dichiarata dalle Sezioni Unite.

E' prevista la proposizione da parte sua di una sorta di regolamento di giurisdizione .

La proposizione della nuova domanda entro tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza che decide la giurisdizione costituisce altresì il presupposto della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute (inciso che sembrerebbe contravvenire alle finalità stesse della *translatio iudicii*), in mancanza di una riassunzione entro tale termine, invece, il processo è dichiarato estinto anche d'ufficio alla prima udienza.

Gli effetti della *translatio iudicii* in relazione alle prove raccolte nel primo processo si limitano alla possibilità di utilizzarle come argomenti di prova. Ulteriori dubbi interpretativi investono la compatibilità di tale disciplina con il termine decadenziale del ricorso giurisdizionale amministrativo.<sup>197</sup>

## **5. Diritti soggettivi e interessi legittimi. L'effettività della tutela attraverso il giudizio amministrativo anche alla luce del diritto comunitario.**

La peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa si fonda sulla tutela differenziata apprestata nei confronti di quegli interessi che si contrappongono all'esercizio del potere pubblico, rispetto a quella prevista per i diritti che si vantano verso soggetti pubblici o privati in posizione di pari ordinazione. Il diritto comunitario, più attento all'aspetto sostanziale, non conosce tale distinzione, e non "ammette" forme di "tutela minore" nei confronti di situazioni giuridiche che nell'ordinamento italiano sono ascrivibili alla figura dell'interesse legittimo. L'influenza del diritto comunitario sul processo amministrativo ha indotto anche nel nostro ordinamento il riconoscimento a favore dell'interesse legittimo di una tutela piena ed effettiva.<sup>198</sup>

Fu la Costituzione a menzionare per la prima volta a proposito del riparto di giurisdizione le due differenti posizioni soggettive, i diritti soggettivi e gli interessi legittimi.

Le differenti teorie sulla distinzione tra le due situazioni possono ricondursi ad una fondamentale linea di demarcazione: ricorre il diritto soggettivo quando la legge regola direttamente una situazione, senza attribuire alla pubblica amministrazione il potere di disciplinarla in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico, sussiste invece l'interesse legittimo allorché la situazione

---

<sup>197</sup> Cfr. M. Lipari, *La translatio del processo nel disegno di legge governativo approvato dalla Camera di deputati (AS 1082): certezze e dubbi*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 22/2008. V. anche F. Volpe, *Translatio iudicii: una proposta di disciplina legislativa*, [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) 10/2008.

<sup>198</sup> M. A. Sandulli, *Diritto europeo e processo amministrativo*, cit.

si presta ad essere disciplinata mediante l'esercizio di potere amministrativo discrezionale, ovvero il privato non può conseguire una situazione di vantaggio se non attraverso la legittima cooperazione della pubblica amministrazione. Il giudice ordinario è competente per l'accertamento della illegittimità dell'atto amministrativo che determini la violazione di un diritto soggettivo, il che accade quando l'atto viene posto in essere contravvenendo alle norme che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo. Qualora, invece, l'amministrazione agisce in assenza di potere, l'atto è colpito da inesistenza.

Il discrimine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa è stato tracciato dalla giurisprudenza con criteri empirici, ravvisando la prima quando si controverte sulla sussistenza in capo alla pubblica amministrazione del potere di porre in essere un determinato atto, e la seconda quando si discute, invece, del modo in cui il potere è stato esercitato. Nel primo caso, il giudice ordinario che accerti l'inesistenza in capo alla pubblica amministrazione del potere discrezionale di agire, non pronuncia l'illegittimità dell'atto ma la sua inesistenza, constatando che la lesione del diritto non è operata dall'atto amministrativo ma del comportamento materiale dell'amministrazione. Nel secondo caso, il giudice deve negare la propria giurisdizione affinché l'interessato ricorra preventivamente al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'atto, e successivamente si rivolga al giudice ordinario per conseguire la reintegrazione o il risarcimento del diritto soggettivo leso.

L'interesse legittimo è qualificato anche come interesse materiale coincidente con l'obbligo per la pubblica amministrazione di osservare le norme sul procedimento. Il vizio di violazione di legge può essere denunciato, infatti, sia nel caso di violazione delle norme che disciplinano una determinata attività e/o che prevedono il conseguimento di un determinato vantaggio sostanziale, che di violazione delle norme sul procedimento.<sup>199</sup>

La dottrina sull'interesse legittimo si origina dalla esigenza di tutelare i privati nei confronti dell'esercizio dei pubblici poteri che incida su materie non costituenti oggetto di garanzie ricavabili dal vigente sistema costituzionale e normativo.

Una concezione dell'interesse legittimo lo considera come un riflesso indiretto dell'interesse pubblico oggetto di cura da parte dell'autorità; se l'azione pubblica è posta in essere legittimamente, l'interesse del privato non può ricevere protezione, mentre se essa è viziata da illegittimità, il privato può agire a tutela di un suo interesse specifico leso dall'azione pubblica in quanto ad essa connesso, chiedendo l'annullamento dell'atto amministrativo. La pronuncia di annullamento in tal caso ha l'effetto di ripristinare sia l'interesse generale perseguito mediante il corretto svolgimento dell'azione pubblica, che l'interesse soggettivo a questo connesso

---

<sup>199</sup> *Diritto e Processo*, E. Capaccioli, *op. cit.*, da p. 338.

Quando l'azione pubblica incide su diritti soggettivi entra in gioco la teoria del diritto affievolito. In base ad essa, il diritto soggettivo, in conseguenza del suo affievolimento ad opera di un atto amministrativo illegittimo, è sostituito dall'interesse legittimo a chiedere l'annullamento di tale atto.

Un'altra teoria ricostruisce l'interesse legittimo in chiave esclusivamente processuale, ravvisando in esso un presupposto di legittimazione processuale dell'azione tesa ad ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo lesivo di un interesse materiale del soggetto. Si tratta di una teoria che non offre alcun sostegno agli interessi operanti fuori dal processo, come ad esempio quelli coinvolti nel procedimento amministrativo o attinenti a situazioni non tutelabili mediante strumenti processuali.

In base ad una più evoluta concezione, invece, l'interesse legittimo è costituito da una situazione soggettiva di vantaggio rispetto ad un bene della vita, posizione vantata nei confronti della pubblica potestà e, pertanto, caratterizzata da minori poteri rispetto al diritto soggettivo; il suo titolare ha facoltà meno intense, che si esauriscono nella possibilità di esperire a sua tutela gli specifici rimedi previsti dalla legge anziché pretendere che il soggetto passivo assicuri il soddisfacimento del suo interesse.

Merita cenno anche la distinzione tra interesse legittimo e interesse di fatto, il primo ha ad oggetto un interesse attuale ad un bene della vita, il secondo è l'aspirazione ad un vantaggio, e si identifica, normalmente, nell'aspetto personale di un interesse diffuso. Non sempre si tratta di un'agevole distinzione.<sup>200</sup>

La diversificazione dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo si è sempre basata sul suo carattere "strumentale" o "dinamico" nei confronti della potestà pubblica. A seguito della riforma del processo amministrativo di cui alla legge 205/2000 e del diritto comunitario e internazionale questa costruzione teorica dell'interesse legittimo è divenuta inidonea. L'articolo 7 della legge 205/2000 prevede l'esecuzione in forma specifica e il risarcimento del danno (anche) in sede di giurisdizione generale di legittimità. Questa previsione dimostra l'ingresso nel nostro ordinamento di una concezione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva "finale", a differenza degli interessi presi in considerazione nel procedimento amministrativo. Tale situazione a volte coincide con posizioni tutelate, in ambito nazionale o internazionale, quali diritti soggettivi. La normativa comunitaria, infatti, riconosce in molti casi come diritti soggettivi perfetti situazioni tradizionalmente afferenti a interessi legittimi nel diritto nazionale, ad esempio in materia di trasporti, energia, ecc. La Corte di giustizia equipara le due situazioni sotto il profilo degli strumenti processuali di tutela e delle garanzie a questi inerenti.

---

<sup>200</sup> M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 257-260.

All'interno della categoria dell'interesse legittimo trovano posto situazioni molto differenti l'una dall'altra, che vanno da mere pretese a interessi equiparabili o addirittura più potenti di certi diritti soggettivi. Sotto il profilo processuale, si distinguono interessi personali, di categoria, diffusi e collettivi. I primi sono interessi "differenziati" a beni della vita, i secondi sono quelli che fanno capo a determinate categorie professionali organizzate in enti pubblici, come Camere di commercio e Ordini professionali. Gli interessi diffusi e quelli collettivi sono quelli della collettività, ma mentre i primi non sono imputabili a soggetti determinati, i secondi sono tutelabili in capo a determinati centri di riferimento ed imputazione, come sindacati, partiti politici, associazioni di consumatori, organizzazioni ambientaliste, ecc. La legittimazione ad agire per la tutela di interessi diffusi invece deve essere accertata caso per caso.<sup>201</sup>

A norma dell'articolo 24 Costituzione "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi". In un'epoca di ordinamenti multilivello, cioè in cui coesistono e si integrano reciprocamente vari ordinamenti, nazionale, comunitario, internazionale, non spetta sempre e comunque allo Stato l'individuazione di diritti soggettivi e interessi legittimi. Vi sono diritti soggettivi che, in quanto riconosciuti dalle Carte internazionali e dalla Costituzione come inviolabili, non possono mai essere classificati come interessi legittimi e, pertanto, anche quando siano coinvolti in controversie relative a materie di competenza del giudice amministrativo, devono essere tutelati con le tecniche proprie dei diritti soggettivi.

In relazione alle situazioni soggettive oggetto di riconoscimento da parte della normativa comunitaria, la giurisprudenza della Corte di giustizia distingue le materie di esclusiva competenza dell'amministrazione comunitaria, e quelle di coamministrazione tra stati membri e comunità. Nel primo caso si ha lo spostamento di competenza dal giudice amministrativo al giudice civile, nel secondo caso spetta all'organo dello stato membro deputato a statuire sulla giurisdizione qualificare la situazione soggettiva in termini di diritto o interesse al fine di individuare il giudice competente. Tale qualificazione non può incidere negativamente sul principio di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo. Quanto detto non implica che l'interesse legittimo sia equiparato al diritto soggettivo, ma che deve essere tutelato con le stesse tecniche.<sup>202</sup>

La normativa comunitaria si concentra essenzialmente su aspetti di diritto sostanziale, poiché, in nome del c.d. principio di autonomia processuale, agli stati si riconosce autonomia nella previsione dei mezzi processuali per la tutela di situazioni giuridiche soggettive oggetto di riconoscimento da parte del diritto comunitario. Il principio di autonomia processuale è temperato

---

<sup>201</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit. 60, 61, 62.

<sup>202</sup> E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit., 25, 26.

da un altro principio, quello di non discriminazione o equivalenza, in forza del quale ogni stato deve comunque garantire a tali situazioni un regime di tutela giurisdizionale almeno pari a quello previsto per le analoghe situazioni di diritto interno.<sup>203</sup>

I c.d. diritti soggettivi comunitari comprendono situazioni ascrivibili nel diritto interno a diritti soggettivi o interessi legittimi. Tale distinzione non ha rilievo nel diritto comunitario, che è indifferente alla qualificazione della situazione soggettiva nel diritto nazionale purché ad essa siano comunque assicurati gli standards di tutela comunitari. La Corte di giustizia, in maniera pragmatica, afferma che le disposizioni comunitarie obbligano le autorità degli stati membri, i giudici in particolare, a tutelare immediatamente e direttamente gli interessi dei singoli lesi dalla violazione di dette disposizioni, a prescindere dal rapporto intercorrente, in base al diritto nazionale, tra questi interessi e l'interesse pubblico coinvolto. Spetta al diritto interno stabilire la natura della posizione giuridica, individuare il giudice competente alla sua tutela e fissare le regole processuali. Tali modalità non possono essere tali da riservare una tutela deteriore di quella operante in analoghe azioni nel diritto interno, o strutturate in modo da rendere di fatto impossibile l'esercizio di quei diritti. Il diritto comunitario, in sostanza, condiziona il diritto interno sul terreno processuale al fine di estendere gli standards di tutela, ma non incide sulle classificazioni giuridiche soggettive di diritto sostanziale vigenti nei vari ordinamenti nazionali, nei quali possono tranquillamente continuare a coesistere i diritti soggettivi e gli interessi legittimi a condizione che siano garantiti a entrambi omogenei livelli di adeguata tutela.<sup>204</sup>

I sistemi nazionali sono influenzati dal c.d. processo amministrativo europeo, che è quello che si svolge davanti alle giurisdizioni amministrative comunitarie nonché il processo amministrativo nazionale nel quale trova spazio l'applicazione di normative comunitarie.<sup>205</sup>

Giudici amministrativi comunitari sono la Corte di Giustizia e il Tribunale di primo grado quando esercitano il controllo giudiziale dell'azione amministrativa a favore dei privati, previsto dal

---

<sup>203</sup> S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo*, Giuffrè 2004, 42, 43.

<sup>204</sup> S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 72, 73, 74.

<sup>205</sup> *L'attività amministrativa comunitaria, infatti è svolta solo in parte dalle istituzioni comunitarie direttamente, mentre la restante parte è demandata agli stati membri, che vi provvedono in base alla loro organizzazioni e alle loro modalità di azione. Il che vuol dire che solo alcune delle controversie in merito ad essa sono portate dinanzi ai giudici comunitari, mentre altre, che vedono contrapposti i singoli all'amministrazione degli stati membri agenti in esecuzione del diritto comunitario, sono decise dai giudici amministrativi nazionali. Vi sono anche, come già accennato, ipotesi di coamministrazione e di apparati amministrativi comuni, casi nei quali nello stesso procedimento amministrativo intervengono congiuntamente istituzioni comunitarie e organi nazionali. Il che dà luogo ad intrecci di competenze tra giudice comunitario e giudice nazionale.*

Trattato.<sup>206</sup> Il processo amministrativo dinanzi alle istituzioni comunitarie è assimilabile, nei suoi caratteri generali, ai processi amministrativi che si svolgono innanzi ai giudici amministrativi nazionali, ed infatti si presenta come processo speciale affidato ad un giudice appositamente istituito e finalizzato alla tutela diretta degli amministrati nei confronti di atti e attività dei pubblici poteri.

Il sistema europeo di giustizia amministrativa è frutto dell'elaborazione da parte della Corte di Giustizia dei principi europei del giusto processo e di quei principi degli stati membri in materia processuale che essa individua come principi giuridici generali su cui si basano le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri.<sup>207</sup>

Tra questi il principale è quello che garantisce la tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri.<sup>208</sup> In base ad esso, all'efficacia diretta del diritto sostanziale comunitario corrisponde una tutela diretta delle situazioni soggettive da esso scaturenti. Il giudice nazionale è tenuto a disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto comunitario e ad applicare le norme processuali comunitarie attuative dei principi CEDU, in particolar modo del principio di effettività, dal quale può discendere l'affermazione di un diritto di azione anche nei casi in cui l'ordinamento interno non lo preveda. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale costituisce, pertanto, un canone guida della tutela giurisdizionale amministrativa comunitaria, e di intervento sul diritto processuale amministrativo nazionale. Sempre nell'ambito del tema della effettività della protezione giurisdizionale, assume rilievo la tutela cautelare, campo nel quale i principi della disciplina processuale comunitaria hanno particolarmente influenzato le riforme del processo amministrativo nazionale, avutesi in Francia e in Italia. In ambito comunitario è molto avvertita l'esigenza cautelare, il Trattato prevede, infatti, oltre al potere di sospensione del provvedimento impugnato, il potere della Corte di Giustizia di disporre misure cautelari atipiche

---

<sup>206</sup> *In tale veste il giudice comunitario non è giudice internazionale delle controversie tra gli stati e la Comunità, ma è un giudice amministrativo chiamato alla verifica della legittimità degli atti amministrativi delle istituzioni comunitarie o dell'omissione di atti che queste sono tenute ad adottare, nonché a decidere le controversie in tema di risarcimento dei danni cagionati dalla Comunità o dai suoi agenti.*

<sup>207</sup> *L'unitarietà di tale sistema e l'uniforme applicazione del diritto sono garantite dal meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, cui sono tenuti i giudici nazionali a norma dell'articolo 234 del Trattato quando devono risolvere questioni relative all'applicazione o alla validità di atti o disposizioni comunitarie, nonché attraverso l'influsso della normativa processuale comunitaria e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha ripetutamente affermato la propria competenza ad interpretare disposizioni di diritto interno di derivazione comunitaria.*

<sup>208</sup> *Per una esposizione delle varie forme di tutela giurisdizionale nel diritto amministrativo europeo, vedi, Corso di diritto amministrativo, diretto da S. Cassese, Diritto amministrativo europeo, principi e istituti, a cura di G. Della Cananea, II ed. Milano Giuffrè 2008, da p. 138.*

(art. 243) idonee a proteggere provvisoriamente gli interessi dedotti in giudizio.<sup>209</sup> Discipline nazionali che vietano o non prevedono adeguati strumenti cautelari devono essere disapplicate dai giudici interni, i quali sono tenuti ad offrire tutela cautelare secondo i principi testé esposti elaborati dalla Corte di Giustizia.<sup>210</sup>

## 6. La riforma del processo amministrativo

L' impianto del nostro sistema di giustizia amministrativa, ancora frutto della legge del 1865, è stato rivoluzionato mediante la riforma del processo amministrativo ad opera della legge 205/2000. I suoi profili innovatori incidono particolarmente su tre fondamentali aspetti: l'individuazione dell'oggetto della giurisdizione amministrativa, la risarcibilità degli interessi legittimi, la competenza sull'azione risarcitoria. Sotto il primo profilo, la giurisdizione esclusiva acquista in alcune materie carattere generale attraverso l'amplissima nozione di "servizi pubblici". In relazione agli altri due punti: al giudice amministrativo è attribuita la competenza risarcitoria in ogni tipo di controversia oggetto della sua cognizione (non solo in quelle di giurisdizione esclusiva), e viene meno il principio della subordinazione dell'azione risarcitoria al previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo.<sup>211</sup>

La riforma non ha investito le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa, lasciando invariato il criterio di riparto di giurisdizione posto dall'articolo 103, che opera "la "costituzionalizzazione della dottrina sull'interesse legittimo"

Si è osservato che il principio di unità della giurisdizione avrebbe reso opportuno il superamento di quel criterio attraverso la riforma degli articoli 100, 103 e 113 Costituzione.

L'individuazione del giudice amministrativo quale unico giudice competente in ordine all'annullamento degli atti amministrativi e titolare di giurisdizione esclusiva in alcune materie determina, infatti, l'eccessiva separatezza del giudizio amministrativo anziché favorire

---

<sup>209</sup> *Queste non sono emesse in base a condizioni poste dalle norme, ma attraverso l'elaborazione giurisprudenziale, e si identificano con la sussistenza del serio dubbio di legittimità del provvedimento impugnato ed il pericolo che da esso derivi al ricorrente un danno grave e irreparabile, tenendo conto dell'interesse comunitario e di ogni altro interesse coinvolto.*

<sup>210</sup> D. De Pretis, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, Riv.trim.di dir.pubb. 3/2002.

*Sui riflessi della giurisprudenza comunitaria in seno al processo amministrativo degli stati membri vedasi anche S. Morettini, L'effettività del diritto comunitario e il processo amministrativo negli stati membri*, Riv.trim.di dir.pubb. 3/2007.

<sup>211</sup> V.Cerulli Irelli, *La giustizia amministrativa: aspetti e prospettive*, Giornata di studio in ricordo dell'Avv. Domenico Torchia, Catanzaro 24 maggio 1997, *Costituzione e Amministrazione*, documenti di un itinerario riformatore (1997-2002), cit., 442, 443, 444.

l'affermazione dell'idea in base alla quale la tutela del cittadino verso la pubblica amministrazione non costituisce un diritto speciale soggetto ad apposita disciplina costituzionale ma. è soggetta ai comuni principi sulla giurisdizione, pur presentando delle caratteristiche peculiari disciplinate specialmente dalla legge ordinaria.

A tale riguardo, si osserva che l'articolo 24 Costituzione menziona le due differenti situazioni giuridiche soggettive non al fine di differenziare la giurisdizione in ordine all'una o all'altra, ma, al contrario, con la chiara intenzione di concedere ad entrambe pari dignità e tutela giurisdizionale. L'articolo 103 Costituzione riconosce al cittadino una piena tutela nei confronti della pubblica amministrazione, rinviando al legislatore il compito di disciplinarla compiutamente. La copertura costituzionale alla piena "giurisdizionalizzazione" di ogni controversia importa che la tutela non debba essere limitata all'annullamento degli atti amministrativi ma includa rimedi reintegratori e risarcitori nonché il rafforzamento della tutela cautelare nel processo amministrativo.

La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali di cui alla legge 24 gennaio 1997 n. 1 aveva elaborato la riforma degli articoli 103 e 113 della Costituzione, delimitando la giurisdizione spettante agli organi di giustizia amministrativa non in base alla posizione soggettiva ma in relazione a "materie omogenee indicate dalla legge riguardanti l'esercizio dei pubblici poteri". L'articolo 113 riformato doveva sopprimere la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi per affermare la piena tutela nei confronti della pubblica amministrazione e non soltanto nei confronti dei suoi atti.

Le idee ispiratrici della mai approvata riforma costituzionale vennero riprese dal legislatore ordinario con il d.lvo 80/1998 e successivamente con la legge 205/2000.

Il d.lvo 80/1998 fu emanato in attuazione della legge 59/97, che delegava il Governo a prevedere l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi per oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici.

L'ampliamento della giurisdizione del giudice amministrativo su controversie investenti diritti soggettivi non poteva che avvenire, a Costituzione vigente, attraverso l'allargamento delle materie di giurisdizione esclusiva. Il legislatore delegato, pertanto affidò alla giurisdizione amministrativa esclusiva tutte le controversie in materia di pubblici servizi e quelle aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia.<sup>212</sup>

---

<sup>212</sup> *L'individuazione della nozione di servizio pubblico diede qualche problema agli interpreti. Intervennero in merito due sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (nn. 71 e 72*

Il d. lvo 80/1998 fu colpito da una pronuncia di incostituzionalità per eccesso di delega in quanto devolvendo alla giurisdizione amministrativa esclusiva tutta la materia dei servizi pubblici, edilizia e urbanistica, non rispettava i limiti posti dall'art. 11 comma IV legge 59/1997, che prevedeva l'estensione di tale giurisdizione alle (sole) controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno. Secondo le argomentazioni del giudice costituzionale, la finalità del legislatore delegante non era sic et simpliciter l'ampliamento delle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, ma quella di potenziare la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione attraverso l'inclusione dello strumento risarcitorio tra i poteri del giudice amministrativo. L'incostituzionalità di queste disposizioni fu superata quando esse furono inserite nella legge 205/2000.<sup>213</sup>

Mediante la riforma attuata con la legge 205/2000 trovano attuazione nel processo amministrativo i principi del giusto processo formalizzati dalla novella dell'articolo 111 della Costituzione. Particolarmente rispondenti alle finalità di quel principio, sono gli istituti del nuovo processo amministrativo, come i mezzi atipici di tutela cautelare e l'ampliamento dei poteri decisorii dei giudici, che consentono di adottare forme di tutela e modelli di rito differenziati in base alla

---

*del 2000) ed una ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 1292/2000), le une hanno dato un'interpretazione restrittiva e l'altra estensiva. La Corte di Cassazione con la sentenza 71/2000 ha recepito solo la nozione oggettiva di servizio pubblico, includendovi anche quelle attività esercitate da soggetti privati rivolte istituzionalmente al pubblico e finalizzate a soddisfare interessi della collettività pertinenti ai compiti della pubblica amministrazione. Il servizio pubblico non si identifica in ogni attività privata rilevante per il diritto amministrativo e perciò soggetta a controllo o vigilanza o autorizzazione da parte della pubblica amministrazione, ma in relazione al suo aspetto funzionale.*

*Nella sentenza n. 72 le SS.UU giustificano l'estensione della giurisdizione amministrativa a tutte le controversie collegate all'interesse generale, e, pertanto, la escludono nel caso di controversie relative all'esecuzione dei contratti di appalto di forniture se non afferenti alla fase di evidenza pubblica, cioè all'aggiudicazione (così come la sentenza n. 71 aveva escluso la giurisdizione amministrativa per le controversie relative ad attività che stanno a monte rispetto a quella di erogazione del servizio, nel caso di specie la fornitura di prodotti sanitari alle aziende del Servizio Sanitario).*

*Il Consiglio di Stato, invece, nell'Ordinanza dell'Adunanza Plenaria n. 1/2000 afferma che il legislatore con la nozione di servizio pubblico ha inteso riferirsi ad un concetto elastico e polisensibile che include ogni attività, svolta da soggetti pubblici o privati, connessa alla cura di interessi collettivi. La Cassazione, pertanto, mostra di volere fare rientrare nell'alveo della giurisdizione ordinaria tutte le controversie di natura civilistica seppur connesse al servizio pubblico, mentre il Consiglio di Stato amplia la sfera di giurisdizione amministrativa attribuendo ad essa ogni attività comunque connessa all'interesse pubblico, in quanto rientrante nella nozione di servizio pubblico.*

<sup>213</sup> V. Cerulli Irelli, *La riforma della giustizia amministrativa: considerazioni introduttive, Verso il nuovo processo amministrativo*, (Torino 2002), *Costituzione e Amministrazione*, cit. 458 – 476.

peculiarità delle situazioni sostanziali e in vista di una maggiore effettività della tutela giurisdizionale.<sup>214</sup>

La riforma del processo amministrativo, in linea con l'ingresso nel nostro ordinamento del principio del giusto processo, ha avuto l'obiettivo di aumentare l'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa, attraverso la previsione dell'azione risarcitoria degli interessi legittimi e l'ampliamento delle materie di giurisdizione esclusiva. Alla giurisdizione amministrativa, in particolare, è stata affidata l'intera materia dei servizi pubblici, l'urbanistica e l'edilizia, incidendo rilevantemente a favore del giudice amministrativo sul riparto di giurisdizione, mediante un'interpretazione molto estensiva dell'articolo 103 Costituzione.<sup>215</sup>

Attraverso il suo ampliamento, la giurisdizione esclusiva, acquisisce carattere generale e non più speciale, nonostante il disposto dell'articolo 103 Costituzione (che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva (solo) su "particolari materie indicate dalla legge"), mentre la giurisdizione ordinaria assume funzione residuale nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione.<sup>216</sup> L'affermazione in base alla quale l'indirizzo di politica legislativa della riforma era da ravvisarsi nella volontà di attribuire ad un unico giudice unico, quello amministrativo, un complesso di materie stabilite dalla legge, superando il tradizionale sistema di riparto non basato sulle materie ma sulla diversità di situazioni soggettive, fu smentita, come già accennato, dalla sentenza 204 del 2004 della Corte Costituzionale (v. par. 5)

Benchè il tradizionale criterio di riparto sia stato mantenuto, non può negarsi che l'estensione della competenza è fatta in ragione delle materie piuttosto che delle situazioni soggettive, prescindendo anche dalla distinzione tra il giudizio sull'atto e il giudizio sul rapporto. Inoltre, sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo tutti i tipi di azione, costitutive, di accertamento, di condanna.

La pienezza della cognizione sulle materie trasferite ha comportato altresì l'ampliamento dei mezzi di prova di cui il giudice può valersi; ci si riferisce in particolare allo strumento della consulenza tecnica, mediante la quale il giudice amministrativo ha la possibilità di operare un controllo sull'esercizio della discrezionalità tecnica. Inoltre, è stata espressamente riconosciuta la competenza a conoscere dell'azione di condanna al risarcimento dei danni indipendentemente dall'azione costitutiva di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo. La riforma ha, infatti, abrogato la norma posta dall'articolo 13 legge comunitaria del 1992, che devolveva al giudice

---

<sup>214</sup> L.P. Comoglio, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, *Riv. di dir. process.* 3/2001.

<sup>215</sup> *Costituzione e Amministrazione, Documenti di un itinerario riformatore, (1996-2002), a cura di V. Cerulli Irelli, cit. 441.*

<sup>216</sup> G. Leone, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il "giusto processo amministrativo"?*, *cit.*

ordinario le controversie sul risarcimento del danno conseguenti all'annullamento degli atti amministrativi. L'interesse legittimo è stato così riconosciuto direttamente risarcibile.

L'enunciazione delle materie oggetto di competenza esclusiva non è esente da incertezza, soprattutto intorno alla nozione di "servizi pubblici", concetto ritenuto inidoneo ad individuare uno specifico settore di azione amministrativa, data anche la confusione tra i servizi e le funzioni pubbliche.

Il legislatore delegato ha utilizzato tale formula molto estensivamente, ricomprendendo tra le materie soggette alla giurisdizione amministrativa anche gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture affidati da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale (art. 33 co 2 lett. E). Scelta consequenziale al fatto che la normativa di fonte nazionale e comunitaria in materia, detta sia la disciplina sostanziale che quella processuale.<sup>217</sup>

La crescita della competenza del giudice amministrativo, sia mediante l'ampliamento della giurisdizione esclusiva, che attraverso il riconoscimento del potere di condannare, in qualsiasi controversia, la pubblica amministrazione al risarcimento del danno, ha privato il giudice ordinario di una rilevante parte del suo potere di controllo sulla pubblica amministrazione. Il che ha determinato, come al solito, una rivendicazione da parte della magistratura ordinaria delle proprie prerogative; dalle pronunce della Corte di Cassazione sulla giurisdizione traspare, infatti, la tendenza a ridimensionare la "supremazia" del giudice amministrativo "restituendo" alla competenza del giudice ordinario alcune materie connesse a quelle oggetto di giurisdizione esclusiva.<sup>218</sup>

La riforma attua specificamente l'articolo 111 Costituzione nella parte in cui questo impegna il legislatore ad adottare discipline processuali che assicurino la ragionevole durata del processo, facendo così assurgere al rango costituzionale il principio di economia processuale, dal quale consegue l'illegittimità di ogni irragionevole prolungamento dei tempi e di ogni irragionevole aumento dei costi del processo.<sup>219</sup>

La disciplina processuale riformata è, pertanto, tesa all'accelerazione dei tempi processuali, specie con riguardo a talune cause che il legislatore mostra di considerare particolarmente meritevoli di pronta e sollecita tutela. Si tratta di materie, come gli appalti di lavori e servizi, che, a ben vedere, interessano un limitato numero di ricorrenti. Per esse è prevista la riduzione dei termini di tutti gli

---

<sup>217</sup> V. Cerulli Irelli, *Prime riflessioni sulla giurisdizione esclusiva (d.lvo 80/1998)* Convegno Avvocati Amministrativisti, Napoli 28 novembre 1998, *Costituzione e Amministrazione*, cit. 448-452.

<sup>218</sup> V. Domenichelli, *Responsabilità amministrative e giurisdizione (le confuse linee di confine fra le giurisdizioni)*, *Diritto e società* 3/2003.

<sup>219</sup> G. Paleologo, *Il giudizio amministrativo oggi*, cit.

atti escluso il ricorso introduttivo. Il che determina squilibrio tra i poteri attribuiti al ricorrente, e quelli riservati ai controinteressati e all'amministrazione convenuta.

Questa disciplina fa registrare contraddizione con lo scopo della riforma, vale a dire l'adeguamento del sistema processuale amministrativo agli standards europei di efficiente tutela, nonché problemi di compatibilità con l'articolo 111 Costituzione, in quanto, in termini di snellimento, l'accelerazione del rito non è stata prevista per tutte le cause.

Importante novità introdotta dalla riforma è l'attribuzione ad un giudice delegato dal presidente del collegio, di attività istruttorie e di direzione processuale. Questi provvede ad acquisire documenti, nomina il Consulente Tecnico d'Ufficio, fissa la data dell'udienza di trattazione, ecc. Si avanzano dubbi circa l'effettiva validità di tale istituto in termini di aumento dell'efficienza e della celerità del giudizio, posto che il compimento di tali attività richiede lo svolgimento di apposite udienze istruttorie, osservandosi che maggiore impatto sull'efficienza poteva ottenersi mediante l'attribuzione di questi ed altri incombeni (come ad esempio il ricevimento della dichiarazione di rinuncia al ricorso, l'accertamento della cessazione della materia del contendere, della perenzione, dell'estinzione, ecc. ) a funzionari qualificati dotati di preparazione e competenza, operanti sotto il controllo del giudice.<sup>220</sup>

## **7. La risarcibilità degli interessi legittimi.**

In base ad una consolidata giurisprudenza coerente con l'impianto normativo, l'amministrazione poteva essere soggetta al risarcimento del danno verso il privato soltanto ove questo fosse conseguente a lesioni di situazioni giuridiche identificabili come diritti soggettivi e non come interessi legittimi, salvo che si trattasse di interessi legittimi c.d. oppositivi, e cioè diritti soggettivi che si riespandevano a seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo; in tal caso l'azione risarcitoria, sempre riservata al giudice ordinario, era ammessa solo dopo l'annullamento dell'atto da parte del giudice amministrativo.

Il R.D. 2840/1923 poi trasfuso nel T.U. Consiglio di Stato di cui al R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 istituì la giurisdizione esclusiva in alcune materie tra le quali, principalmente, il pubblico impiego. Anche in questo caso il legislatore separò il giudizio amministrativo dalle questioni risarcitorie.

Tale normativa, infatti, riservava al giudice ordinario le questioni concernenti i diritti patrimoniali consequenziali (nonché quelle concernenti lo status e la capacità dei soggetti). Il doppio binario di giurisdizione in base alla diversità delle situazioni soggettive permane, pertanto, anche

---

<sup>220</sup> G. Leone, *Un passo avanti verso il "giusto processo amministrativo"?*, cit.

nell'ambito della giurisdizione esclusiva su diritti e interessi, sempre secondo il principio per il quale il risarcimento del danno è sempre di competenza del giudice ordinario ma l'azione risarcitoria è ammessa solo dopo l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo (così Cassazione SS.UU 8 luglio 1942 n. 1943).

Questo sistema risultò confermato nella Carta Costituzionale e nelle leggi successive.

La legge 14/1992 art. 13 in materia di aggiudicazione di appalti pubblici sancisce espressamente per la prima volta la risarcibilità del danno conseguente alla lesione di interessi legittimi, ammettendo però la proponibilità dell'azione risarcitoria solo successivamente all'annullamento degli atti di aggiudicazione illegittimi. Il principio della preclusione per il giudice amministrativo di conoscere della domanda risarcitoria fu innovato dall'articolo 35 comma I d.lvo n. 80 del 1998, a norma del quale: "il giudice amministrativo nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva (...) dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto". Si afferma così la volontà legislativa (come si legge nel Parere della Commissione bicamerale per la riforma amministrativa di cui alla legge 59/1997) di assegnare risarcibilità a "tutte le posizioni soggettive direttamente danneggiate da atti o comportamenti della pubblica amministrazione o dai gestori in violazione di norme di legge o di regolamento ovvero delle comuni regole di diligenza, prudenza e perizia".

Sul tema della risarcibilità degli interessi legittimi intervenne altresì una importantissima sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la numero 500 del 22 luglio 1999; essa, negando che il danno ingiusto ex articolo 2043 codice civile si configuri soltanto a fronte di lesioni di situazioni soggettive ascrivibili a diritti soggettivi, lo ravvisa, al contrario, in ogni ipotesi di lesione di interessi comunque ritenuti meritevoli di tutela in un determinato contesto storico e sociale.<sup>221</sup>

L'interesse legittimo così si sostanzia con quella posizione non tutelata meno intensamente del diritto soggettivo ma avente ad oggetto differenti beni della vita. Mediante esso sono garantiti i vantaggi derivanti al singolo dall'azione dell'autorità legittimamente svolta.<sup>222</sup>

La lesione di una situazione giuridica può promanare da atti o comportamenti posti in essere da qualunque soggetto, pubblico o privato, in violazione di obblighi giuridici.

Tra tali obblighi rientra quello, posto a carico della pubblica amministrazione, consistente nel dovere di agire conformemente alla legge ed al principio di buon andamento. L'ingiustizia del danno, infatti, non è collegata alla violazione dell'una o dell'altra situazione giuridica formale ma

---

<sup>221</sup> *La riforma della giustizia amministrativa: considerazioni introduttive, Verso il nuovo processo amministrativo, a cura di V. Cerulli Irelli (Torino 2000) in Costituzione e Amministrazione, op. cit., 458-476.*

<sup>222</sup> *Diritto e Processo, E. Capaccioli, op. cit. da p. 338.*

al pregiudizio economico subito dal soggetto, che legittima la pretesa risarcitoria indipendentemente dai rimedi di reintegrazione in forma specifica (che differiscono, invece, a seconda della situazione giuridica formale). In base alla clausola generale di cui all'articolo 2043, l'illecito aquiliano da parte della pubblica amministrazione si configura a seguito della illegittima e colpevole lesione dell'interesse meritevole ad un bene della vita.

In questi termini, come chiarisce la Suprema Corte, l'azione risarcitoria non deve più ritenersi condizionata al preventivo annullamento dell'atto amministrativo da cui scaturisce la lesione (ai fini risarcitori non occorre più attendere la riespansione del diritto soggettivo compresso illecitamente). Nell'ambito dell'accertamento dell'illecito aquiliano a carico della pubblica amministrazione deve verificarsi anche la sussistenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), che non è presente in re ipsa nell'illegittimità dell'azione amministrativa. Questi nuovi principi sono stati recepiti nella legge 205/2000 che ha attribuito al giudice amministrativo, in tutte le controversie sottoposte alla sua giurisdizione (non solo quelle di giurisdizione esclusiva), la cognizione di tutte le questioni relative al risarcimento del danno.<sup>223</sup>

Alla tutela risarcitoria non si perviene estendendo agli interessi legittimi la tutela propria dei diritti soggettivi, ma affermando che, a tali fini, non può essere fatta differenziazione tra interessi che ricevono protezione diretta e interessi protetti solo indirettamente attraverso l'intermediazione del potere amministrativo (Cass. SS UU 13660/2006). Il riconoscimento delle situazioni giuridiche tutelabili è operato, infatti, dagli articoli 24 e 113 Costituzione, in base ai quali ambedue le posizioni giuridiche, e non soltanto i diritti soggettivi, sono fatti oggetto di protezione sostanziale. L'esigenza di assicurare effettività alla tutela comporta che la concentrazione in capo al giudice amministrativo non debba pregiudicare la difesa sostanziale delle posizioni soggettive illegittimamente lese dalla pubblica amministrazione.<sup>224</sup>

La previsione espressa della competenza risarcitoria in capo al giudice amministrativo ha indotto a chiedersi se fosse stata introdotta una nuova ipotesi di giurisdizione.

L'attribuzione esclusiva a favore del giudice amministrativo della piena tutela, anche sul piano risarcitorio, nei confronti di ogni danno che si origini dall'illegittimo esercizio di potere amministrativo, infatti, oltre a comportare una considerevole diminuzione della giurisdizione del

---

<sup>223</sup> *La riforma della giustizia amministrativa: considerazioni introduttive, Verso il nuovo processo amministrativo, a cura di V. Cerulli Irelli (Torino 2000), in Costituzione e Amministrazione, op. cit., 458-476.*

<sup>224</sup> *M.V. Ferroni, Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione, cit.*

giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione,<sup>225</sup> sembrerebbe introdurre una ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva, sia su diritti che su interessi.

Si è osservato, infatti, che il danno (risarcibile) provocato dal provvedimento illegittimo si lega alla lesione del diritto soggettivo e non dell'interesse legittimo. Il risarcimento del danno è pronunciato a seguito della valutazione della condotta complessivamente tenuta dall'amministrazione, non soltanto del modo in cui è stato esercitato il potere - unico profilo in relazione al quale viene in considerazione l'interesse legittimo - ma, in primo luogo delle modalità attuative del provvedimento. Queste considerazioni fanno rilevare la non linearità di una costruzione che, in un sistema di giurisdizione dualistico basato sulle differenti situazioni giuridiche, affida al giudice amministrativo la competenza risarcitoria anche sui diritti soggettivi che si "riespandono". Tale apparente contraddizione del sistema viene spiegata attraverso vari ordini di argomentazioni: una prima spiegazione si rinviene nella esigenza di concentrare la tutela giurisdizionale, un'altra - secondo quanto ha precisato la Corte Costituzionale nelle sentenze 191 del 2006 e 140 del 2007 - si basa sulla considerazione che il danno consegue pur sempre all'illegittimo esercizio del potere amministrativo; un terzo condivisibile ragionamento conduce ad affermare che la concentrazione della tutela in capo al giudice amministrativo è conforme ai principi del giusto processo in quanto la non duplicazione dei giudizi intorno ad una medesima vicenda consente al cittadino di ottenere giustizia più facilmente e celermente.<sup>226</sup> Si rileva però che questo incisivo spostamento della giurisdizione a favore del giudice amministrativo, sotto un altro profilo, determina una diminuzione dell'effettività della tutela giurisdizionale, posto che, al di fuori delle ipotesi di contestata giurisdizione, le sentenze del Consiglio di Stato non sono impugnabili in Cassazione per violazione di legge, come confermato nella sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale.<sup>227</sup>

Il disposto dell'articolo 7 legge 205/2000 secondo alcuni non è affatto innovativo in materia di riparto di giurisdizione.<sup>228</sup>

---

<sup>225</sup> A tale proposito, la Corte di Cassazione ha contribuito alla delimitazione del riparto, recuperando spazi a favore del giudice ordinario, nel momento in cui ha affermato che non rientrano nella giurisdizione amministrativa quelle controversie, anche risarcitorie, aventi a oggetto i c.d. diritti incompressibili, come la salute, l'integrità personale, nonché le attività materiali della pubblica amministrazione e gli atti non autoritativi.

<sup>226</sup> F.G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.

<sup>227</sup> M.V. Ferroni, *Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione*, cit.

<sup>228</sup> V. in tal senso F.P. Luiso, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione, tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Riv.di dir.process. I/2002. Ivi si sostiene che la norma in commento individua la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo quale presupposto del suo potere in ordine alle questioni risarcitorie. Tale giudice pertanto decide

Secondo tale interpretazione, la norma conferisce al giudice poteri risarcitori nelle sole ipotesi in cui già sussiste la giurisdizione amministrativa, consentendo il cumulo dell'azione demolitoria dell'atto con quella risarcitoria in base ad una sorta di connessione, fermo restando il diritto del danneggiato di rivolgersi al giudice ordinario a prescindere dalle vicende dell'atto amministrativo lesivo.<sup>229</sup>

In base ad altre teorie, invece, come abbiamo visto, il legislatore avrebbe introdotto un'altra materia di competenza del giudice amministrativo, escludendo da tali controversie il giudice ordinario. La Corte Costituzionale nella sentenza 204 del 2004 ha affermato che il potere del giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno non costituisce una nuova materia oggetto della sua giurisdizione, ma introduce una forma di tutela ulteriore offerta al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, che si aggiunge al tradizionale strumento demolitorio in vista di una più completa attuazione dell'articolo 24 Costituzione. L'effettività della tutela giurisdizionale implica, infatti, che al giudice che conosce di una controversia siano riconosciuti pieni poteri, senza necessità di duplicare i giudizi intorno ad una stessa vicenda. La Corte ha confermato tali assunti nella sentenza 281/2004, nonché nella 191/2006, ove afferma espressamente che è da escludere che solo perché la domanda del cittadino ha ad oggetto esclusivamente il risarcimento del danno si configuri la giurisdizione del giudice ordinario. E' chiara l'intenzione di dimostrare l'irrelevanza della situazione soggettiva lesa in ordine alla individuazione del giudice competente alla sua reintegrazione.<sup>230</sup>

Le Sezioni Unite della Cassazione con sentenza 30254 del 2008 hanno contraddetto il precedente orientamento in base al quale la domanda al giudice amministrativo di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo era subordinato alla c.d. pregiudiziale di annullamento, vale a dire alla preventiva dichiarazione di illegittimità dell'atto amministrativo, affermando l'opposto principio.

---

*delle controversie soltanto se ha già giurisdizione in base a norme diverse dall'articolo 7 legge 205/2000, norma che non può considerarsi attributiva di una nuova giurisdizione, e meno che mai modifica i vigenti criteri di riparto di giurisdizione. La sentenza n. 500/1999 poneva, infatti, due principi fondamentali, che una diversa interpretazione dell'articolo 7 stravolgerebbe, in base ai quali il diritto al risarcimento sussiste a prescindere dall'annullamento del provvedimento illegittimo ed è il giudice ordinario, al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, a doverne conoscere. Il riconoscimento della competenza risarcitoria del giudice amministrativo in base alla natura dell'interesse leso non costituisce neppure una spiegazione soddisfacente, posto che la pretesa risarcitoria non ha nulla a che vedere con la natura della situazione giuridica lesa.*

<sup>229</sup> Ritenendosi in qualche caso che l'azione di risarcimento innanzi al giudice ordinario debba comunque proporsi entro il termine di decadenza per l'impugnazione dell'atto amministrativo.

<sup>230</sup> B. Capponi, *La giurisdizione sul risarcimento del danno da attività provvedimento della p.a. (con una riflessione sul principio di perpetuatio jurisdictionis in rapporto ai mutamenti giurisprudenziali)*, Riv.di dir.process. 5/2007.

La Corte ritiene oggi impugnabile in Cassazione per vizio di giurisdizione la pronuncia che nega il risarcimento per mancanza di tale presupposto. Ai fini della conoscibilità della domanda risarcitoria da parte del giudice amministrativo, pertanto, non è necessario il previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo che ha operato la lesione, a condizione che l'azione risarcitoria sia stata proposta in connessione con quella di annullamento. Il diniego del giudice di pronunciarsi su tale domanda è impugnabile come vizio di giurisdizione, in quanto con tale pronuncia negatoria il giudice nega la propria giurisdizione. A tale proposito la Suprema Corte sottolinea che, alla luce dei principi costituzionali in materia giurisdizionale, oggi la giurisdizione non indica solo quella porzione di cognizione spettante ai diversi ordini di giudici, ma individua quel potere che la legge attribuisce ai giudici al fine di rendere effettivo l'ordinamento giuridico attraverso la tutela giurisdizionale.

La giurisdizione, pertanto, non delimita il potere, ma dà contenuto ad esso, stabilendo le forme di tutela mediante il quale può e deve estrinsecarsi. La tutela risarcitoria costituisce una delle modalità mediante le quali si esplica l'effettività della giurisdizione esclusiva. Le considerazioni esposte inducono la Corte a concludere che, qualora la pronuncia risarcitoria fosse subordinata alla pregiudiziale di annullamento dell'atto amministrativo, la giurisdizione sarebbe conformata a una modalità tale da menomare anziché rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale.<sup>231</sup>

A diverse conclusioni perviene la giurisprudenza del Consiglio di Stato che, con la sentenza 12/2008 <sup>232</sup>Adunanza Plenaria, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda reintegratoria o risarcitoria in sede di giurisdizione esclusiva.

Con sentenza 3 febbraio 2009 n. 78 <sup>233</sup> il Consiglio di Stato ha mostrato di ritenere sussistente il principio della pregiudiziale amministrativa, affermando che l'irricevibilità della domanda di annullamento determina il rigetto della domanda risarcitoria. Tale principio non comporta una preclusione di ordine processuale all'esame della domanda risarcitoria, ma determina esito negativo del merito di detta domanda, la quale, in mancanza di tempestiva impugnazione avverso l'atto amministrativo, non si qualifica inammissibile bensì infondata. L'atto amministrativo causativo del danno, infatti, in mancanza di censure, esplica i suoi effetti regolativi sulla fattispecie concreta, impedendo la qualificazione del danno come ingiusto, o della condotta amministrativa posta in essere in attuazione di esso come illecita. La pregiudiziale si considera connessa al principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui rispetto è ordinato il breve termine decadenziale per l'impugnativa avverso i provvedimenti, principio che risulterebbe contraddetto ove si ammettesse poi che, in assenza di impugnazione, sia proponibile

---

<sup>231</sup> [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). 1/2009, *Commento di M.A. Sandulli*.

<sup>232</sup> [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>233</sup> [www.ermeneutica.it](http://www.ermeneutica.it).

verso la pubblica amministrazione azione risarcitoria entro il termine ordinario di prescrizione quinquennale. Si ritiene che il complessivo assetto degli interessi concreti regolati mediante l'atto amministrativo comprenda, infatti, anche la dimensione economica investita dalla controversia risarcitoria.

## Cap. 4. IL GIUSTO PROCESSO

### 1. La novella dell'art. 111 Costituzione, e la garanzia del giusto processo nelle norme di diritto internazionale, in particolare la CEDU e la giurisprudenza delle Corti europee.

Il 7 gennaio 2000 è entrata in vigore la legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 intitolata “inserimento dei principi del giusto processo nell’art. 111 della Costituzione”. Quest’ultimo, nella sua nuova formulazione, detta nei primi due commi un insieme di principi del processo in genere, e nei restanti commi enuncia regole relative al solo processo penale.<sup>234</sup> Solo la prima parte del nuovo articolo 111 della Costituzione contiene disposizioni innovative.<sup>235</sup>

“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (articolo 111 comma 1). Ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata” (articolo 111 comma 2).<sup>236</sup>

Il principio del giusto processo attraverso la “costituzionalizzazione” è stato accolto tra i valori fondamentali del nostro ordinamento. Esso trovava già riconoscimento espresso tra le garanzie giurisdizionali previste da numerose convenzioni internazionali, quali la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, (art. 6), il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, (art. 14), la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, (artt. 8 e 10), la Convenzione interamericana di San Josè di Costa Rica del 1969, (artt. 8 e 25). Si tratta di un principio strettamente legato ai valori democratici connaturati alle tradizioni costituzionali degli ordinamenti di common law, successivamente affermatosi in ambito internazionale e nelle costituzioni dei paesi continentali. Questo principio lo troviamo per la prima volta sancito in un testo normativo nella Magna Charta del 1215, che lo esprime (cap. 39) nei seguenti termini: “nessun uomo venga preso e imprigionato, o privato dei propri beni, delle sue libertà e delle sue consuetudini, bandito o esiliato, o in qualche modo rovinato, né andremo contro di lui, né manderemo contro di lui, se non per mezzo di un legittimo giudizio da parte dei suoi pari ed in base alla legge vigente nella sua terra”. Si tratta di un principio più etico che giuridico. Dalla legalità del giudizio, lawful judgement, dipende, infatti, l’accettazione, non solo civile e

---

<sup>234</sup> N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, Riv. trim. di diritto e procedura civile anno 2001, 381.

<sup>235</sup> M. Cecchetti, *Giusto processo*, Diritto Costituzionale, in *Enciclopedia del diritto*, Appendice V Milano 2001, 605 e ss).

<sup>236</sup> G. Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del “nuovo” art. 111 Cost.*, Riv. trim. di dir. e proc. civ. anno 2003, 1185.

giuridica, ma anche morale e religiosa, della giustizia. Si ha giustizia soltanto quando essa è esercitata nel rispetto di regole, forme, e procedure dettate dalla legge.

I valori alla base del *lawful judgement* danno origine al “*due process of law*”, consacrato nel V e nel XIV Emendamento della Costituzione nordamericana del 1787, ed accolto anche nelle costituzioni dei paesi dell’America latina (art. 29 Comma 1 nuova Costituzione colombiana, art. 5 Comma LIV Costituzione brasiliana del 1988). Le varie formule utilizzate (*due process of law*, *devido o debido proceso*) riconducono tutte ad un modello universale di processo legale, caratterizzato dalla soggezione alle garanzie di giustizia procedurale di antichissima origine e di immutata validità e, pertanto, idoneo a garantire il superiore fine della giustizia, vale a dire la protezione della persona umana.<sup>237</sup> Il giusto processo riguarda ogni forma di attuazione della funzione giurisdizionale. Esso è un principio fondamentale in tema di diritti dell’uomo, richiamato in vari ordinamenti nazionali e internazionali, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo al trattato di Maastricht e di Amsterdam sull’Unione europea. Su di esso ha inciso in maniera rilevante l’opera concretizzatrice della Corte europea di giustizia.

Il principio del giusto processo costituisce un fondamentale valore di civiltà giuridica, e come tale non investe soltanto lo svolgimento di funzioni giurisdizionali ma opera nell’ambito di “ogni procedimento di attuazione di funzioni di pubblici poteri”. Esso, pertanto, è riconosciuto vigente anche nel diritto amministrativo come “giusto procedimento” disciplinato dalla legge 241/90.<sup>238</sup>

L’esigenza di attribuire vigore costituzionale a garanzie di tipo processuale enunciate già da molti secoli in Carte fondamentali di stampo anglosassone (oltre che dalla Magna Charta del 1215, dall’habeas corpus del 1767, dal Bill of Rights del 1776, dalla Costituzione degli Stati Uniti d’America del 1787 ed dal 14° emendamento del 1868),<sup>239</sup> non fu avvertita dagli stati europei continentali sino alla fine della seconda guerra mondiale. La formalizzazione di queste e delle altre garanzie di libertà si impose successivamente, sia come chiaro segnale del definitivo superamento dell’esperienza totalitarista che al fine di adeguare il diritto interno alle convenzioni internazionali sui diritti umani.<sup>240</sup>

La Costituzione italiana dedica vari articoli alle garanzie giurisdizionali. Un primo nucleo di norme è contenuto nella parte prima, Diritti e doveri dei cittadini, Titolo primo, Rapporti civili. L’articolo 24 riconosce il diritto di agire e resistere in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi

---

<sup>237</sup> L.P. Comoglio, *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*, *Riv. di diritto processuale*, anno 2002 n. 3.

<sup>238</sup> E. Picozza, *Il “Giusto” processo amministrativo*, *Il Consiglio di Stato*, II 2001 p. 1061.

<sup>239</sup> N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, *cit.*

<sup>240</sup> Franz Matscher, *L’equo processo nella convenzione europea dei diritti dell’uomo*, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 2006, 1156.

legittimi, e qualifica inviolabile il diritto di difesa. L'articolo 25 pone il principio del giudice naturale precostituito per legge, e dispone che nessuno può essere punito se non in base a una legge entrata in vigore prima del fatto commesso. Nella parte seconda, Ordinamento della Repubblica, è contenuto il Titolo quarto, dedicato alla magistratura, che contiene le norme di garanzia della autonomia ed indipendenza dei giudici (sezione prima, articoli 101-110), e le norme sulla giurisdizione (sezione seconda, articoli 111-113). Le garanzie giurisdizionali sono di tipo soggettivo e oggettivo. Le prime attengono ai diritti della persona (articoli 24 e 25), le seconde investono la struttura ed il funzionamento degli organi giudiziari. Il nucleo di garanzie minime che costituiscono il giusto o equo processo è individuato nel diritto di azione e di difesa, nel principio del contraddittorio, e in quello di imparzialità del giudice.

Si tratta di principi coincidenti con l'essenza stessa del diritto alla tutela giurisdizionale, i quali entrano a pieno titolo tra i diritti inviolabili e tra i principi supremi dell'ordinamento. La loro effettività ed efficacia si lega strettamente ad un altro principio cardine del giusto processo, quello di ragionevole durata.

Il giusto processo, pertanto, costituisce un fondamentale principio di rispetto dei diritti umani, insuscettibile di revisione costituzionale. Mediante la sua formulazione sono espressi unitariamente quei valori etico-giuridici sui quali si fonda l'ideale concetto di giustizia di un sistema democratico. Esso rappresenta un "principio guida" per l'interpretazione e l'applicazione delle garanzie previste nella prima e nella seconda parte della Costituzione.<sup>241</sup>

La riforma dell'articolo 111 della Costituzione, pertanto, non introduce precetti del tutto ignorati nel diritto preesistente poiché il nucleo del giusto processo era presente con varie formulazioni (diritto al contraddittorio, parità delle parti, diritto di difesa), nelle norme costituzionali<sup>242</sup> e processuali. L'articolo 111 raccorda allora in un'unica norma, garanzie prima frammentate in varie disposizioni del diritto interno, assegnando a tutte loro rango costituzionale.<sup>243</sup> Varie norme costituzionali hanno sorretto l'unitaria proclamazione del principio del giusto processo da parte della riforma del 1999: articolo 3, eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge; articolo 100 comma 1, esercizio della funzione giurisdizionale quale espressione della sovranità popolare; articolo 100 comma 2, principio di legalità come soggezione del giudice alla legge; articolo 25, precostituzione legislativa del giudice; articolo 24, diritto di azione per la tutela di posizioni giuridiche di diritti e interessi, contraddittorio quale conseguenza del principio di difesa, effettività

---

<sup>241</sup> L.P. Comoglio, *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*, *Riv. di diritto processuale*, 3/2002.

<sup>242</sup> *In tal senso v. Andolina-Vignera, I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino 1997, 186.

<sup>243</sup> Franz Matscher, *L'equo processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.

della tutela giurisdizionale, correlato con l'art. 113 per la giustizia amministrativa; articoli 103 e 113, giurisdizione differenziata per la tutela di differenti posizioni giuridiche nei confronti della Pubblica Amministrazione; articolo 111 comma 1, obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali decisorii; art. 111 comma 3, supremo controllo di legittimità giurisdizionale da parte della Corte di Cassazione, limitato a motivi di giurisdizione per le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

Merito della riforma è, pertanto, quello di avere trasfuso questi principi all'interno di un modello processuale che essa stessa individua e al quale si è attribuito carattere di forma obbligatoria di attuazione della giurisdizione.<sup>244</sup>

Occorre guardarsi dal concepire il giusto processo come sommatoria delle singole garanzie che esso enuncia, da considerarsi come elementi slegati, senza coglierne, invece, il coordinamento e le interdipendenze funzionali. Il compendio delle varie garanzie che contraddistinguono l'esercizio della funzione giurisdizionale attraverso il suo condizionamento al modello del giusto processo, possiede un diverso e più ampio valore rispetto alla semplice autonoma enunciazione delle singole componenti. La valenza del giusto processo ha, infatti, carattere "sistemico o relazionale",<sup>245</sup> che si concretizza soltanto attraverso il coordinamento tra tutti i suoi elementi.<sup>246</sup>

Alcune considerazioni spingono a sostenere altresì che, mediante la costituzionalizzazione del concetto di giusto processo, si è introdotta nel nostro ordinamento una nuova clausola generale, attraverso la quale possono fare ingresso nel sistema giudiziario anche altre garanzie dirette ad una maggiore tutela delle parti nel processo. Le garanzie processuali espressamente riconosciute, pertanto, non costituiscono un *numerus clausus*, ma esse possono essere arricchite mediante la recezione di ulteriori principi internazionali in materia e l'accoglimento di nuovi valori di civiltà giuridica che si andranno affermando nella coscienza popolare. L'univoca enunciazione delle garanzie che si riassumono nel giusto processo, pertanto, anche se ha ad oggetto precetti già desumibili, in tutto o in parte, mediante l'interpretazione di altre norme costituzionali, ha introdotto dei canoni di riferimento di ogni garanzia giurisdizionale.<sup>247</sup>

---

<sup>244</sup> E. Picozza, *Il "Giusto" processo amministrativo*, cit.

<sup>245</sup> Cfr. *Sul giusto processo, ovvero della giustizia e della verità nel processo*, di Elvio Ancona, [www.filosofiadeldiritto.it](http://www.filosofiadeldiritto.it)

<sup>246</sup> Cecchetti, *Giusto processo*, cit. p 606.

<sup>247</sup> G. Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, cit.

*Sul punto v. anche F. Carpi, A proposito di giusto processo, Riv. trim di dir. e proc.civ. 1/2007. Il principio del doppio grado di giurisdizione, ad esempio, non oggetto di esplicito riconoscimento costituzionale ma - solo in materia penale - da parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo con il protocollo addizionale n. 7 del 22 settembre 1984 ed in materia civile preso in considerazione da una Raccomandazione del comitato dei ministri del 7*

Nonostante ciò, è incontestabile che almeno una parte del contenuto dell'articolo 111 costituisca una formale esplicitazione del contenuto di altre norme di livello costituzionale.<sup>248</sup>

Merita di essere segnalata anche l'opinione di chi decisamente ritiene che le disposizioni introdotte con la riforma dell'articolo 111 Costituzione non rappresentino un cambiamento reale rispetto al quadro precedente, tale da imporre alla Corte costituzionale di intervenire sulla legislazione processualistica più di quanto non potesse farlo prima. La nozione di giusto processo, secondo tale teoria, è priva di contenuto innovativo rispetto al diritto di azione e di difesa già proclamati dall'art. 24 Costituzione.<sup>249</sup>

Non è isolata tale posizione, posto che si è affermato che le disposizioni di carattere generale dei primi due commi dell'articolo 111 non fanno scaturire garanzie sostanziali ulteriori rispetto a quelle già rinvenibili in base al coordinamento degli articoli che la Costituzione dedica alla funzione giurisdizionale. Lo stesso viene affermato in relazione al terzo comma, che esplicita specifiche garanzie del processo penale riproponendo il dettato dell'articolo 6 comma 3 Convenzione europea dei diritti dell'uomo.<sup>250</sup>

Le disposizioni CEDU sono state recepite nel nostro ordinamento mediante l'ordine di esecuzione dato con legge 4 agosto 1955 n. 848. Nel 1993, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 10 ne ha affermato l'inabrogabilità ad opera di legge ordinaria. Le garanzie del giusto processo, pertanto, anche a non volerle già considerare vigenti in base agli articoli 24 -27 della Costituzione del 1948, non hanno assunto rango costituzionale soltanto a partire dal 1999. Si riconosce portata realmente innovativa, pertanto, soltanto alle disposizioni dei commi 4 e 5 dell'articolo 111, che

---

*febbraio 1995, potrebbe trovare riconoscimento proprio nell'ambito delle garanzie del giusto processo ex art. 111 Cost.*

<sup>248</sup> Cfr. Cecchetti, *Giusto processo*, cit. p. 597-600; v. anche Comoglio, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, Jus, 2000, p. 345-348.

<sup>249</sup> S. Chiarloni, *Il Nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, Riv. di dir. process. civile anno 2000, 1010. v. anche dello stesso autore *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, Riv.trim.di dir.e proc.civ. 1/2008, ove afferma che le disposizioni dell'art. 111 ribadiscono in modo enfatico e analitico le garanzie processuale rinvenute già da molto tempo attraverso l'elaborazione di svariate norme costituzionali. Nello stesso senso: Didone, *La Corte Costituzionale, la ragionevole durata del processo e l'art. 696 c.p.c., Relazione svolta al convegno: Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, Campobasso, febbraio 2000, Giur.it. 2000, 1127-1129.

<sup>250</sup> N. Trocker, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in "Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile", Atti del Convegno dell'Elba, giugno 2000, a cura di Civinini-Verardi, Milano, 2001, 54. Sul punto v. anche Chiarloni, "Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione", cit. che afferma che il comma terzo dell'art. 111 "specifica con notevole pignoleria e in contraddizione con lo spirito di sintesi della Costituzione del '48, una serie di aspetti garantistici a favore dell'imputato già tranquillamente ricavabili dalla fondamentale garanzia del diritto di difesa prevista dalla prima parte della Costituzione all'art. 24".

forniscono specificazioni circa il modo in cui il principio del contraddittorio deve essere applicato nel procedimento penale.<sup>251</sup>

Le garanzie menzionate dall'articolo 111 della Costituzione così coincidono con quelle menzionate nelle Carte internazionali, ed esprimono fondamentali valori affermatasi nella coscienza giuridica degli stati. Se si afferma altresì che quei principi non erano estranei nell'ordinamento italiano in quanto già desumibili in particolar modo dall'articolo 24 della Costituzione, può trarsi la conclusione che la riforma del 1999 non ha "rivoluzionato" il sistema di garanzie processuali ma ha specificato e rafforzato principi già vigenti.

Il legislatore costituzionale, attraverso l'articolo 111, ha garantito che la tutela giurisdizionale sia resa secondo determinati canoni fondamentali e irrinunciabili. Si tratta di principi che condizionano ogni forma di attività costituente giurisdizione, non solo quella posta in essere dallo Stato attraverso suoi organi, ma anche quelle giurisdizione non statali ammesse nelle controversie civili (lodo arbitrale, efficacia di sentenze straniere), che devono svolgersi in modo da rispettare i canoni inderogabili del giusto processo (l'osservanza dei quali è condizione di impugnabilità del lodo, e di efficacia delle sentenze estere). Posto che l'articolo 111 non introduca nuove garanzie, non può negarsi che l'espressa formalizzazione del processo giusto abbia rappresentato una indubbia novità.

Questa formula, oltre ad imporre il rispetto di canoni idonei ad assicurare la probabile giustizia dell'esito del processo, qualifica giusto quel processo il cui svolgimento sia regolato in modo da renderlo uno strumento attendibile ed efficace di tutela dei diritti. Il processo giusto non è solo quello che rispetta tutte le garanzie enunciate dall'articolo 111, in tal caso il legislatore costituzionale non avrebbe sentito la necessità di separare la sua enunciazione dalla enumerazione delle singole garanzie. I vari elementi, infatti, sono necessari ma non sufficienti componenti del giusto processo, nel senso che nel futuro potranno affacciarsi nuove esigenze di tutela tali da richiedere che il giusto processo sia integrato da ulteriori garanzie. L'importanza del giusto processo e la sua natura innovativa, pertanto, risiedono nel fatto che esso sarà in grado di contenere ed offrire riconoscimento a nuovi valori che scaturiranno dal progresso sociale e giuridico.

Si tratta di un principio aperto ad ulteriori contenuti, suscettibile di arricchimento, sia in termini di affermazione di nuove garanzie attraverso l'opera concretizzatrice della Corte Costituzionale, che di accoglimento di garanzie già consacrate nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

---

<sup>251</sup> Elvio Ancona, *Sul giusto processo, ovvero della giustizia e della verità nel processo*, cit.

ma non ancora riconosciute nel diritto interno, come ad esempio il principio di pubblicità, e quello del doppio grado di giurisdizione nel merito <sup>252</sup>

Il giusto processo costituisce, pertanto, una sintesi qualitativa delle varie garanzie, che non si esaurisce nella loro enumerazione, ma le “trasfonde in un’entità diversa e superiore”. Una nozione che armonizza principi già vigenti, ed al contempo aperta, suscettibile di arricchirsi di nuovi contenuti attraverso la capacità di “auto-ed etero-integrazione” in relazione ai principi della CEDU e alle ulteriori garanzie di effettività contenute nell’articolo 47 della Carta europea dei diritti fondamentali. <sup>253</sup>

L’articolo 111 Costituzione, pertanto, si pone anche come strumento per stare al passo con la realtà sovranazionale. <sup>254</sup> Esso opera un richiamo alle norme poste a presidio della funzione giurisdizionale nelle Carte internazionali, compiendo uno sforzo di sintesi di ogni principio e di ogni garanzia ravvisabile nella formula del “due process of law” <sup>255</sup>

La giustizia del processo non è data dalla semplice osservanza della solennità delle forme, ma dalla sua conformità ai principi di civiltà giuridica consacrati nell’articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, del cui rispetto le costituzioni nazionali devono rendersi garanti. Il riconoscimento di questo principio è accompagnato dall’introduzione di un sistema giustiziale affidato alla Corte di Strasburgo, giudice sovranazionale con giurisdizione obbligatoria sull’interpretazione e l’applicazione della convenzione e dei protocolli.

L’ingresso del giusto processo nel nostro ordinamento è sorretto da quattro pilastri: la CEDU; le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri cui rinvia l’art. 6 del trattato di Amsterdam; i Trattati di Maastricht e di Amsterdam; le norme costituzionali già vigenti.

La Convenzione Europea dei diritti dell’uomo contiene nell’articolo 1 una clausola generale che garantisce ad ogni persona il pieno godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti da essa e dai suoi allegati. In tale cornice di protezione si inseriscono gli articoli 6 e 13 relativi alle garanzie

---

<sup>252</sup> M. Bove, *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, Riv. di dir. process. 2/2002.

<sup>253</sup> L.P. Comoglio, *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*, cit.

*La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 2000 rafforza e ribadisce le garanzie del giusto processo della CEDU. Essa riconosce (art. 47) ad ogni individuo i cui diritti o le cui libertà garantiti dai diritti dell’Unione siano stati violati, il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, il diritto ad un giudizio equo, pubblico e reso in termini ragionevoli da un giudice indipendente ed imparziale, precostituito per legge, la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare in giudizio, il patrocinio a spese dello Stato mediante il quale si assicura accesso effettivo alla giustizia al soggetto che non disponga di mezzi sufficienti.*

<sup>254</sup> L.P. Comoglio, *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*, cit.

<sup>255</sup> Cecchetti M., *Giusto processo*, cit. p 608.

giurisdizionali, il primo riconosce il diritto all'equo processo, il secondo all'effettività della tutela giurisdizionale.

La Corte di Giustizia ritiene che nella sfera di garanzie dell'articolo 6 rientri la tutela di ogni situazione giuridica, non soltanto di diritti soggettivi ma anche di interessi legittimi, nei confronti di lesioni provenienti da qualunque soggetto, compresa l'autorità amministrativa. Le garanzie giurisdizionali operano, pertanto, anche nelle controversie giurisdizionali soggettivamente ed oggettivamente amministrative ed aventi ad oggetto il controllo sull'uso del potere discrezionale. Dalle disposizioni CEDU e dalla giurisprudenza della Corte si ricavano i fondamenti del "due process of law": il diritto di adire il giudice, la durata ragionevole del processo, la pubblicità, l'effettività del diritto di difesa, l'inviolabilità della difesa tecnica e la sua effettività attraverso l'efficienza dei mezzi di protezione giudiziaria dei non abbienti, l'indipendenza ed imparzialità del giudice.<sup>256</sup>

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, riconosciuto come principio generale derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e sancito dagli articoli 6 n. 1 e 13 CEDU, 8 e 10 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 2 n. 3 e 14 n. 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici, 47 Carta di Nizza, trova ingresso nel nostro ordinamento mediante il metodo di interpretazione conforme del diritto nazionale con il diritto comunitario e con la CEDU. In base a tale criterio, tutta la normativa nazionale, sia anteriore che posteriore alla disciplina di fonte comunitaria, deve essere interpretata conformemente ad essa. (Corte di Giustizia sentenza Pfeiffer del 2004). Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, hanno affermato, in base al principio di effettività ritenuto vigente secondo interpretazione conforme, l'illegittimità di discipline processuali nazionali così gravose da ostacolare l'effettività della tutela dei diritti (sent. 3117/2006).

Il principio di interpretazione conforme si estende dalle norme comunitarie alla giurisprudenza, in quanto l'interpretazione della Corte di Strasburgo in materia di diritti tutelati dalla CEDU è vincolante nei confronti del giudice nazionale, principio affermato dalla Corte sulla base dell'articolo 46 par. 1 CEDU a tenor del quale: "le Alte parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti".

Nella sentenza Scordino/Italia 27 marzo 2003 e nella sentenza Lucà/Italia 27 febbraio 2001 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato, infatti, che i giudici nazionali devono interpretare ed applicare il diritto interno nel modo più conforme possibile alla CEDU e secondo i principi ermeneutici della giurisprudenza di essa Corte, che ne costituiscono parte integrante. La

---

<sup>256</sup> L.P Comoglio, *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*, cit.

Corte è competente a verificare tale conformità. Le sentenze della Corte di Strasburgo in tema di diritti umani vantano, pertanto, un'efficacia erga omnes nei confronti di tutti gli Stati aderenti.

Dall'obbligo di interpretazione conforme scaturisce il dovere a carico dello Stato riconosciuto responsabile di violazioni, di riparare il danno cagionato nel caso concreto nonché di adottare i rimedi idonei a prevenire altre violazioni dello stesso tipo. (sentenza Scozzari-Giunta/Italia 13 luglio 2000). La Corte di Giustizia nella sentenza 13 giugno 2006 ha affermato altresì la responsabilità diretta dello Stato nel caso di violazione del diritto comunitario da parte di un giudice nazionale scaturente dall'interpretazione di norme di diritto.<sup>257</sup>

Il principio del giusto processo si collega alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

A norma dell'articolo 6 del trattato di Amsterdam, "l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi comuni agli Stati membri. Il richiamo a tali principi importa l'implicito richiamo anche a quello fondamentale del giusto processo. Inoltre, "l'Unione rispetta i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed appartenenti alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che costituiscono principi generali del diritto comunitario". In questo caso il richiamo è espresso attraverso il riferimento alla CEDU, che proclama apertamente quel principio. Il principio del giusto processo emerge a livello quasi letterale anche attraverso l'istituzione della cittadinanza europea

A norma dell'articolo 17 del Trattato sulla Comunità europea par. 2 "I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nel presente Trattato"; lo status di cittadino europeo, pertanto, racchiude tutti i diritti e le libertà riconosciuti e garantiti dall'Unione, compreso il diritto al giusto processo.

---

<sup>257</sup> R. Conti, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, *Politica del diritto* 3/2007.

*Il principio di interpretazione conforme opera anche nell'ordinamento interno, nel rapporto tra norme costituzionali e subcostituzionali. Secondo gli insegnamenti della Corte Costituzionale, le leggi sono dichiarate incostituzionali non quando "è possibile darne interpretazioni incostituzionali", ma quando "è impossibile darne interpretazioni costituzionali". Il che vuol dire che le norme di legge devono essere interpretate il più conformemente possibile alla Costituzione. Il giudice a quo, pertanto, solleva o dichiara non manifestamente infondata la questione di costituzionalità allorché accerti l'impossibilità di applicare la norma in base ad una lettura conforme alla Costituzione ed alla normativa comunitaria. Questa funzione gli conferisce il ruolo di interprete di raccordo tra i diversi sistemi di diritti fondamentali e di garante dell'effettività di essi.*

In Gran Bretagna lo Human Rights Act del 1998 ha formalizzato garanzie processuali finalizzate a rendere effettivi i diritti e le libertà proclamati dalla CEDU, prevedendo determinati rimedi giudiziari avverso atti compiuti soprattutto da pubbliche autorità.<sup>258</sup>

La consacrazione a livello europeo di un complesso di garanzie giurisdizionali riconosciute quali diritti della persona muniti di forza precettiva (art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo: *"Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un Tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil"*) non si estende al diritto di azione. Quelle garanzie, infatti, si riferiscono ad un processo già in atto o da iniziare, ma non implicano il diritto al processo, il diritto di far valere giudizialmente le proprie ragioni. La Convenzione, ha lo scopo, dichiarato nel suo Preambolo, di "prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo...".

Ha ad oggetto, dunque, la salvaguardia non di tutti ma di alcuni diritti universalmente riconosciuti. L'articolo 6, in particolare, ha la funzione di assicurare la protezione dell'individuo contro ogni abuso di potere e di prevenire l'iniquità e l'ingiustizia di provvedimenti giudiziali emessi senza il rispetto di garanzie di forma e procedura. Non garantisce la giustizia del contenuto delle statuizioni giudiziali, ma delle modalità di esercizio della giurisdizione. Garantisce la "giustizia procedurale". La Costituzione italiana e quella tedesca, invece, riconoscono primariamente il diritto di agire in giudizio per la protezione di una qualsiasi situazione soggettiva sostanziale (art. 24 Cost. italiana e art. 19 Cost. tedesca). Questa garanzia diretta si lega probabilmente ai trascorsi storici dei due Stati, caratterizzati dall'esperienza del totalitarismo, che ha fatto sentire l'esigenza di affermare con forza la tutela giustiziale nei confronti di ogni forma di esercizio di autorità.

Essa è anche frutto della concezione dogmatica dell' "azione", concepita quale elemento di raccordo tra situazione soggettiva sostanziale e processo, ma anche quale diritto o potere, ontologicamente autonomo e preesistente al processo, di attivare l'esercizio di una funzione pubblica. In Francia, invece, (sia nella Costituzione del '46 che del '58) l'azione non è concepita come diritto autonomo, ma coincide con il diritto al contraddittorio e alla difesa, e, dunque, con gli elementi qualificanti del giusto processo.

Nella cultura giuridica anglosassone la nozione di "azione" ha rilievo ancora più trascurabile.

Non è configurabile un diritto astratto di agire in giudizio, così come lo stesso diritto soggettivo non costituisce un'entità preesistente al processo ma si identifica con i concreti rimedi giudiziari previsti a fronte di lesioni della sfera giuridica dei singoli. Inoltre, in molti casi, l'inizio e la

---

<sup>258</sup> L.P. Comoglio, *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*, cit.

prosecuzione del processo non sono nella libera disponibilità delle parti, ma sono soggetti ad autorizzazione del giudice, sicché non esiste un diritto al giudizio, mentre hanno dignità di diritti fondamentali i principi di equità e giustizia procedurale del “due process of law”.

La formulazione della garanzia del processo equo nei termini offerti dall’articolo 6 Convenzione europea dei diritti dell’uomo riflette la sussunzione dei valori appartenenti agli ordinamenti di common law in patrimonio culturale comune agli stati membri. Ciò è indice della predominanza in ambito internazionale dei principi giuridici di stampo anglosassone, a sua volta legata alla supremazia culturale esercitata dal dopoguerra in poi dai paesi vincitori del secondo conflitto mondiale.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tuttavia, ha affermato il riconoscimento del diritto d’azione. Attraverso l’utilizzo di argomentazioni di carattere tecnico basate sulle regole di interpretazione dei trattati enunciate nella convenzione di Vienna del 1969, la Corte, nella famosa pronuncia *Golden*, ha dichiarato che l’articolo 6 implica la garanzia a favore di ciascun soggetto del diritto di accedere alle Corti per l’esercizio di azioni intorno a controversie di natura civile.

Sebbene l’articolo 6 non proclami espressamente il diritto di accedere ai tribunali, esso non può non riconoscere ad ogni individuo, come condizione essenziale di un processo giusto, il diritto fondamentale di essere ascoltato da un’autorità giurisdizionale. Per giungere a queste conclusioni, la Corte si avvale del principio c.d. dell’implicazione. Le garanzie poste dall’articolo 6 sarebbero di fatto inoperanti se non implicassero la sussistenza diritto d’azione. Quelle garanzie, pertanto, non possono essere riferibili solo a procedimenti già in corso. La piena operatività delle garanzie ex articolo 6 non è così subordinata al riconoscimento da parte di ciascuno Stato del diritto di azione, poichè questo costituisce una componente essenziale del “due process of law”, espressione del principio di preminenza del diritto. Affermata la sussistenza di tale diritto, la Corte ne ha garantito anche l’effettività, asserendo che l’articolo 6 è violato non solo quando sono irragionevoli le modalità tecniche di esercizio dei poteri processuali, ma anche quando la disciplina delle situazioni sostanziali non ne garantisce sufficientemente la tutela, ad es. per brevità del termine di prescrizione del diritto. Dal riconoscimento dell’effettività del diritto di azione conseguono obblighi per gli stati aventi ad oggetto non soltanto doveri di non ingerenza, ma anche obblighi positivi, di fare, come ad esempio l’adozione di un sistema di assistenza in giudizio a favore dei non abbienti.

Dal diritto di adire i tribunali la giurisprudenza della Corte di Strasburgo enuclea ulteriori garanzie connesse alla tutela giurisdizionale, come il diritto al giudizio. Quasi tutti gli ordinamenti prevedono delle norme tendenti a razionalizzare l’accesso al giudizio, ad economizzare

l'esplicazione di attività giudiziaria escludendola quando chi la richiede non vanta un sufficiente interesse sostanziale da tutelarsi attraverso il processo (così dispone ad es. l'art. 100 c.p.c.).

Il contemperamento tra l'esigenza di selezionare le domande di accesso alle corti ed il diritto all'azione, ha portato la Corte ad affermare che l'articolo 6 CEDU non impone la soggezione dell'attività giurisdizionale a qualunque pretesa del privato, ma nemmeno qualifica conformi al "giusto processo" quelle disposizioni che non consentano la proposizione di iniziative giurisdizionali ritenute infondate solo in base ad un esame sommario anziché a seguito di una piena cognizione che accerti la loro effettiva immeritevolezza. Il diritto di azione allora si sostanzia anche nel diritto allo svolgimento di un minimo di attività giurisdizionale sufficiente ad accertare la sussistenza o meno della pretesa sostanziale vantata in giudizio. Si tratta di una conclusione conforme alla concezione prima esposta, in base alla quale diritto sostanziale e processo non costituiscono entità nettamente separate, ma strumenti accomunati dalla loro funzione di assicurare tutela alle situazioni soggettive.<sup>259</sup> La giurisprudenza della Corte (sentenza Kutic contro Croazia del 1 marzo 2002) ha specificato che il diritto di adire il giudice non è naturalmente fine a se stesso ma è finalizzato ad ottenere una pronuncia sul merito. L'articolo 6 CEDU garantisce al cittadino il risultato dell'azione giurisdizionale, consistente nell'accertamento autoritativo intorno ad una situazione giuridica controversa. Questa garanzia è violata quando il giudice senza giustificato motivo rifiuti o ometta di pronunciarsi, nonché quando fattori esterni interferiscano nel processo precludendo lo svolgimento di attività necessarie all'emanazione di una decisione di merito. La Corte considera operanti le garanzie processuali in ogni tipo di processo e in ogni fase. Esse si estendono, in particolare, all'esecuzione delle decisioni adottate in sede di cognizione. L'articolo 6 infatti è espressione del principio generale di preminenza del diritto, ed impone, pertanto, l'attuazione delle decisioni giudiziali. La fase di esecuzione deve infatti essere considerata parte integrante del processo (pronuncia Hornsby del 19 marzo 1997) e gli stati non possono frapporti ostacoli o interferenze, rimettendo di fatto in discussione quanto è stato deciso in sede giudiziale o ponendo nel nulla gli effetti delle decisioni. Per questi motivi l'Italia ha subito delle condanne da parte della Corte europea a seguito dell'inottemperanza ad alcune decisioni giudiziarie, come nel caso della sospensione per legge dell'esecuzione degli sfratti (ad es. sentenza Immobiliare Saffi).<sup>260</sup>

La formulazione dell'articolo 111 ha posto il problema di accertare se la riserva di legge in esso contenuta debba essere intesa nel senso che il legislatore deve dettare in modo puntuale e analitico

---

<sup>259</sup> N. Trocker, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: "l'azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, parte prima, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 2007, 35.

<sup>260</sup> N. Trocker, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 2007, 439.

la disciplina del processo, ovvero se questa possa essere integrata attraverso l'uso da parte del giudice dei poteri regolativi scaturenti dalla sua funzione di dirigere il procedimento giurisdizionale.<sup>261</sup> A tale considerazione si lega un altro interrogativo, e cioè se i principi enunciati dall'articolo 111 riformato abbiano efficacia precettiva direttamente vincolante nei confronti di coloro che amministrano la giustizia, ovvero solo valore programmatico, in quanto la loro attuazione concreta è da intendersi rimessa all'opera del legislatore.<sup>262</sup>

Appare più corretto ritenere che la previsione della riserva di legge in materia processuale, alla stregua sia delle norme internazionali che della Costituzione, non debba intendersi nel senso che alla legge sia demandato di disciplinare puntualmente e rigorosamente lo svolgimento processuale, ma solo di regolarne gli aspetti essenziali più direttamente legati alle garanzie del giusto processo, vale a dire al rispetto dei principi del contraddittorio, di parità delle parti, di terzietà ed imparzialità del giudice, di ragionevole durata.<sup>263</sup> La riserva di legge imposta dall'articolo 111, che qualifica giusto il processo regolato dalla legge, ha la funzione di sottrarre assolutamente la materia processuale alla disciplina di fonti sublegislative, come i regolamenti, ed investe, pertanto, i rapporti tra quei poteri dello stato che sono titolari di funzioni normative (Parlamento e Governo). La norma non è destinata ad incidere, invece, sui rapporti tra potere legislativo e giudiziario, posto che i giudici non hanno il potere di emanare norme generali e astratte, ma soltanto di regolare il caso concreto attraverso l'applicazione di norme preesistenti. L'attribuzione al giudice di un certo margine di potere discrezionale nella disciplina del singolo procedimento non ha, pertanto, alcuna attinenza con la riserva di legge. Nel diritto sostanziale, infatti, si riconosce pacificamente al giudice il potere di integrare il contenuto di fattispecie normative indeterminate, come le c.d. clausole generali, in materie soggette a riserva di legge. Non si vede allora perché tale possibilità non possa ammettersi anche nel diritto processuale.<sup>264</sup> Può dirsi giusto, pertanto, il processo regolato dalla legge attraverso una disciplina agile e sintetica che ne assicuri le garanzie essenziali, ma che sia suscettibile di essere integrata e adattata dal giudice alle differenti situazioni processuali mediante l'uso dei suoi poteri di direzione e

---

<sup>261</sup> R. Conti, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, cit.

<sup>262</sup> L.P. Comoglio, *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*, cit.

<sup>263</sup> R. Conti, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, cit.

<sup>264</sup> S. Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, cit.

*L'opposta conclusione determinerebbe l'illegittimità dei procedimenti civili camerali, in cui l'esigenza di celerità è soddisfatta mediante uno svolgimento informale, cadenzato dai poteri del giudice. Si ritiene altresì che un processo rapido, regolato dai poteri direttivi del giudice, ed in cui le prove possano essere assunte attraverso una istruzione informale, non violi il diritto di difesa.*

regolazione. L'affermazione del principio del giusto processo, sia da parte delle norme sopranazionali che della Costituzione, infatti, si riflette anche sul ruolo e sui compiti del giudice nazionale. Questi, svolgendo un ruolo centrale nell'attuazione e nel rispetto di quel principio, assume la funzione di "garante della complessità strutturale del diritto" - diritto costituito non solo da norme nazionali - <sup>265</sup>

## **2. Gli elementi del giusto processo, in particolare la ragionevole durata.**

### **2.1 La legalità.**

L'articolo 111 Costituzione pone la riserva di legge in materia di disciplina del processo, stabilendo che il giusto processo è regolato dalla legge. <sup>266</sup> La garanzia che il processo sia regolato dalla legge consegue alla necessità di sottoporre a principio di legalità un'attività autoritativa che incide sui diritti fondamentali della persona. L'esercizio dell'attività giurisdizionale è perciò soggetto a procedimentalizzazione ad opera di una disciplina legislativa conforme ai principi posti dalla Costituzione. <sup>267</sup> La riserva di legge può indurre a far dubitare della legittimità di discipline processuali che omettono di disciplinare puntualmente lo svolgimento processuale lasciando ampie sfere di discrezionalità al giudice nella conduzione del processo. A tale proposito si osserva che l'articolo in esame non esclude che norme di legge possano attribuire al giudice facoltà di direzione del processo incidenti sulla disciplina del suo svolgimento, così come vi sono norme di diritto sostanziale (le c.d. clausole generali) che affidano all'interprete ampie facoltà concretizzatrici in ordine alla loro specificazione. <sup>268</sup>

E' riservato al legislatore, pertanto il compito di dettare con esclusività una disciplina processuale minima che garantisca il rispetto dei principi posti dall'articolo 111, ma la disciplina legislativa può al contempo riconoscere al giudice spazi di discrezionalità nell'attività processuale, specie ove tali poteri siano diretti alla tutela di situazioni caratterizzate da particolari esigenze di celerità (ad es. tutela cautelare), nonché all'attuazione del canone di ragionevole

---

<sup>265</sup> R. Conti, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, cit.

<sup>266</sup> S. Chiarloni, *Il Nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, cit.

<sup>267</sup> M. Bove, *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, cit.

<sup>268</sup> S. Chiarloni, *Il Nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, cit.

*Contra*: M. Bove, "Articolo. 111 Costituzione e giusto processo civile", cit.

*Si rigetta l'opinione di chi pone un parallelismo tra una discrezionalità giudiziaria processuale e la discrezionalità conseguente all'interpretazione di norme sostanziali indeterminate, sempre soggetta a censura in sede di riesame del provvedimento.*

durata.<sup>269</sup> E' compatibile dunque con il giusto processo una disciplina a ridotta rigidità formale ma che ne rispetti le garanzie sostanziali.<sup>270</sup>

## ***2.2. Il contraddittorio e la parità delle parti.***

Il giusto processo deve svolgersi nel contraddittorio tra le parti. Il principio del contraddittorio, già riconosciuto dall'articolo 24 Costituzione come diritto delle parti,<sup>271</sup> è posto dall'articolo 111 tra le garanzie fondamentali del giudizio.<sup>272</sup> Esso costituisce la proiezione processuale del principio di eguaglianza ex articolo 3 Costituzione, ed è soggetto a bilanciamento ed a limitazioni in dipendenza di altri valori costituzionali.<sup>273</sup>

La parità tra le parti è uno degli aspetti del processo giusto, che impone che a ciascuna parte siano attribuiti eguali poteri processuali. In ambito penalistico non opera soltanto nel processo (dibattimento), ma anche nel procedimento, sicché il termine processo si riferisce a tutta l'attività giudiziaria successiva alla formalizzazione della notizia di reato. Il contraddittorio investe l'intero rapporto processuale, riguarda sia le parti che il giudice, che è tenuto ad osservarlo e a farlo osservare (come prevede espressamente l'art. 16 del codice francese di procedura civile). Il rispetto di tale fondamentale principio non è soddisfatto mediante la sola garanzia formale, poiché un processo giusto impone che le parti abbiano la stessa possibilità economica di avvalersi dei vari mezzi processuali. Questo aspetto della garanzia del giusto processo si lega all'effettività del diritto di azione e di difesa, che è stato oggetto di varie pronunce da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.<sup>274</sup> Il riconoscimento costituzionale dato al principio del contraddittorio potrebbe indurre a dubitare della legittimità di quei procedimenti che si svolgono *inaudita altera parte*, come il procedimento monitorio civile, il procedimento per decreto di condanna penale, nonché il procedimento ingiuntivo previsto dall'articolo 8 legge 205/2000 di riforma del processo

---

<sup>269</sup> M. Bove, *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, cit.

<sup>270</sup> S. Chiarloni, *Il Nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, cit.

<sup>271</sup> N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, cit.

*Contra*: F. Cipriani, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, Riv. trim. di dir. e proc. civile, 4/2002, per il quale l'articolo 24 Costituzione non riconosce il diritto al contraddittorio mentre riconosce, quale insopprimibile componente del diritto di difesa, il diritto alla impugnazione.

<sup>272</sup> N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, cit.

<sup>273</sup> G. Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.* cit.

<sup>274</sup> N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, cit.

amministrativo, che dichiara applicabili nelle controversie di giurisdizione esclusiva gli articoli 633 e seguenti del codice di procedura civile.<sup>275</sup>

In considerazione del fatto che tali procedimenti si concludono con provvedimenti di carattere decisorio i quali, se non opposti nelle forme previste, assumono il carattere di giudicato, è da escludere ad essi possa non riconoscersi natura giurisdizionale. Soccorre allora un'interpretazione correttiva dell'articolo 111 Costituzione, alla stregua della quale non è necessario che ciascun processo si svolga in contraddittorio, ma è sufficiente che questo sia garantito anche successivamente all'emanazione di un provvedimento di prime cure, a favore della parte che può decidere di instaurarlo mediante la proposizione degli strumenti impugnatori previsti, o rinunziarvi manifestando acquiescenza al provvedimento medesimo.<sup>276</sup>

### ***2.3 L'imparzialità del giudice***

L'imparzialità del giudice non aveva sinora ricevuto riconoscimento costituzionale in quanto si riteneva sufficientemente garantita attraverso i principi di autonomia e indipendenza della magistratura. L'articolo 111, invece, opportunamente ha dato autonomo riconoscimento ad un principio che garantisce la correttezza del processo di formazione del convincimento del giudice.

L'applicazione di tale principio, se viene inteso anche come impossibilità assoluta per uno stesso giudice di pronunciarsi in varie fasi dello stesso "percorso" processuale, può estendere i casi di incompatibilità soggettiva del giudicante. La Corte costituzionale, infatti, ha dichiarato varie volte l'incostituzionalità dell'articolo 34 del codice di procedura penale, che disciplina l'incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento, ritenendo l'imparzialità compromessa a causa del rischio della c.d. forza di prevenzione, vale a dire dalla presumibile ripetitività decisoria che fa supporre che il giudice non modifichi un convincimento già espresso in un precedente momento processuale. In tali termini, il rispetto dell'imparzialità può comportare difficoltà operative nella composizione degli uffici giudicanti. La Corte di

---

<sup>275</sup> Cfr. E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit. 512, 513.

*La disciplina prevista ha subito un ridimensionamento attraverso la sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale, che ne ha ridotto l'applicazione alle sole controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi. L'emanazione del decreto ingiuntivo differisce dal procedimento di ingiunzione a pagare una somma determinata emessa dal giudice amministrativo nell'esercizio dei suoi poteri cautelari.*

<sup>276</sup> S. Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, cit.

Strasburgo ha precisato in merito, che il cumulo in capo allo stesso giudice della competenza a pronunciare sia provvedimenti provvisori che di merito, non lede *ex se* l'imparzialità.<sup>277</sup>

#### ***2.4 La ragionevole durata del processo***

Il processo è per sua natura un'attività dinamica destinata a svolgersi nel tempo. Il fattore temporale ne costituisce però il principale motivo di crisi, individuato nell'eccessiva durata dei processi, un aspetto disfunzionale che determina pregiudizi sia a carico delle parti che a carico della collettività, sia da un punto di vista economico che sociale.

La lentezza della giustizia accentua la disparità tra coloro che possono e coloro che non possono permettersi di attendere l'esito di un giudizio, rinunciando in questo secondo caso a far valere le proprie pretese. Risulta così pregiudicata l'effettività del diritto di agire in giudizio, solennemente proclamato dall'art. 24 Costituzione, il cui rispetto richiederebbe, invece, la tempestività della risposta dello Stato alla domanda di giustizia, e, dunque, il contenimento della durata del processo al tempo strettamente necessario ad uno svolgimento rispettoso dei principi e delle garanzie di giustizia.

L'articolo 111 II comma Costituzione attraverso l'enunciazione del principio di ragionevole durata del processo ha così rafforzato il valore costituzionale espresso nell'articolo 24.<sup>278</sup>

La giurisprudenza costituzionale, in base all'articolo 24 (ad es. sent. 22 ott. 1999 n. 388) riteneva sussistente il diritto alla rapida definizione dei giudizi ancora prima della riforma dell'articolo 111.

Esso era considerato come elemento essenziale del diritto di agire in giudizio, componente primaria del diritto al processo o alla tutela giurisdizionale, e, pertanto, ascrivibile ai diritti fondamentali protetti dall'articolo 2 Costituzione.<sup>279</sup> La ragionevole durata così era già radicalmente strutturata nel processo. Essa discende dal generale principio di ragionevolezza posto dall'articolo 3 Costituzione. Il processo di durata irragionevole, infatti, manca di una elementare condizione di efficienza e, dunque, contravviene alla sua stessa finalità. La

---

<sup>277</sup> N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, cit.

<sup>278</sup> G. Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.* cit.

Cfr. La China S., *Giusto processo, laboriosa utopia*, Riv. di dir. process. 2005, 1111, ove si sostiene che la vera novità dell'articolo 111 Costituzione riformato è la previsione della ragionevole durata del processo, e che tale principio non era desumibile da altre norme costituzionali.

<sup>279</sup> L.P. Comoglio, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, Riv. di dir. process. 3/2007.

ragionevole durata, prima di costituire un diritto delle parti rappresenta una fondamentale esigenza di buona amministrazione della giustizia.<sup>280</sup>

L'articolo 6 comma I della Convenzione europea dei diritti dell'uomo garantisce a chiunque il diritto alla trattazione del proprio processo in un termine ragionevole. Esso riconosce altresì un corrispondente diritto soggettivo di ogni cittadino alla ragionevole durata del processo, azionabile singolarmente e direttamente innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, giudice unico in Europa con giurisdizione obbligatoria sulla interpretazione ed applicazione della Convenzione e dei protocolli. La Corte di Giustizia ha affermato con la sentenza 17 dicembre 1998 che la "pronta definizione delle liti" è frutto di un principio giuridico generale espressione delle comuni tradizioni costituzionali degli stati membri".<sup>281</sup>

L'articolo 111 della nostra Costituzione, invece, ha come suo destinatario il legislatore, al quale fa obbligo di assicurare la ragionevole durata del processo. Esso non istituisce una diretta garanzia soggettiva, ma una garanzia oggettiva che riguarda l'organizzazione tecnica del processo ed il funzionamento dell'amministrazione giudiziaria. Il legislatore è chiamato ad adeguare l'una e l'altra a tale principio, dettando un'adeguata disciplina processuale e fornendo alla giustizia le risorse necessarie al buon andamento.<sup>282</sup>

Il canone di ragionevole durata impone la tutela dell'interesse delle parti ad ottenere una decisione in tempi congrui. Questi sono determinati, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in base alla complessità del caso, alla condotta delle parti, al comportamento delle autorità procedenti, alla rilevanza della lite per l'interessato, e, comunque in modo tale da non compromettere l'efficacia e la credibilità nell'amministrazione della giustizia.<sup>283</sup>

Il diritto al processo e le garanzie ad esso inerenti sono riconosciuti come altrettanti diritti individuali direttamente azionabili innanzi al supremo organo di giustizia costituzionale, oltre che dall'articolo 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche da alcune Costituzioni nazionali, come quella spagnola, attraverso "l'amparo", e tedesca, mentre in Italia non esiste un'azione giurisdizionale diretta innanzi alla Corte Costituzionale per la protezione dei diritti fondamentali.

La legge 24 marzo 2001 n. 89 ha però reso tutelabile mediante il rimedio risarcitorio la violazione dell'art. 6 Convenzione europea sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole.

---

<sup>280</sup> F. Peroni, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, Riv. di dir. process. 3/2001.

<sup>281</sup> N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, cit.

<sup>282</sup> G. Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.* cit.

<sup>283</sup> G. Floridia, *Giustizia: non (solo) spirito di servizio ma servizio pubblico essenziale*, Iustitia 2/2007.

I criteri posti dall'art. 2 comma II della citata legge, utilizzabili dal giudice nazionale nell'accertamento della violazione, si richiamano a quelli adottati dalla giurisprudenza consolidata della Corte europea nella tutela ex articolo 6 CEDU.<sup>284</sup>

La normativa in esame, c.d legge Pinto, riconosce il diritto a un'equa riparazione e regola il procedimento per ottenerla, a favore di colui che ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a seguito della violazione della garanzia CEDU del termine ragionevole di durata posta dall'art. 6 1° C.<sup>285</sup>

La competenza a pronunciarsi sul ricorso per equa riparazione spetta alla Corte d'Appello,<sup>286</sup> con decreto motivato soggetto a ricorso per Cassazione. In base alla giurisprudenza della Corte di Cassazione,<sup>287</sup> il decreto costituisce provvedimento decisorio, qualificabile sostanzialmente come sentenza ed impugnabile con ricorso ordinario, e non soltanto per violazione di legge. All'equa riparazione si riconosce natura di indennizzo e non risarcitoria, non essendo dipendente da un'accertata responsabilità per fatto illecito commesso dall'organo pubblico, ma da obbligazione ex lege.<sup>288</sup>

L'istante deve, tuttavia, fornire la prova del danno subito a seguito della durata non ragionevole del processo, in quanto il fondamento dell'equa riparazione non è la sola violazione del canone di ragionevole durata, ma il danno patrimoniale e non patrimoniale ad essa conseguente. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, invece, non richiede la prova del danno non patrimoniale sofferto. Il danno non patrimoniale, inoltre, non è, per la Suprema Corte, inquadrabile nel danno esistenziale conseguente alla violazione di un diritto costituzionalmente protetto, e ciò in base alla considerazione che l'art. 111 Cost. nella parte in cui affida alla legge il compito di assicurare la ragionevole durata dei processi, è norma programmatica rivolta esclusivamente al legislatore e non fonte diretta di diritti a favore dei singoli.<sup>289</sup> Successivamente, con alcune pronunce, ad es. SS UU n. 1339/2004, la Corte di Cassazione, allineandosi sul punto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha mutato tali orientamenti, affermando che la prova

---

<sup>284</sup> Comoglio L.P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, cit.

<sup>285</sup> Didone A., *La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, Riv. trim di dir. e proc. civ. 2004, 193.

<sup>286</sup> Sul punto v. G. Guzzardo, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia "celere"*, Riv. italiana di dir. pubbl.comunitario, 1/2008, che riporta in nota la tesi di chi sostiene che tale giurisdizione domestica suscita perplessità concretandosi in un giudizio di merito sulla condotta di un altro magistrato, e, più in generale sulla incapacità dell'apparato cui entrambi i giudici appartengono. La Corte Costituzionale però ha dichiarato infondata la questione sollevata sull'articolo 3 comma 1 legge 89/2001 in relazione agli articoli 97 comma 1 e 108 comma 1 e 2 Costituzione.

<sup>287</sup> V. ad es. Cass. 2 agosto 2002 n. 11573, in Giur. It. 2003 I c. 25.

<sup>288</sup> Cass. 8 agosto 2002 n. 11987, in Giur. it. 2002 c. 2039.

<sup>289</sup> M. Bove, *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, cit.

del danno non patrimoniale sofferto dal ricorrente è in re ipsa nella violazione del canone di ragionevole durata. La Corte CEDU, infatti, a seguito dei criteri interpretativi adottati dalla Cassazione italiana per l'applicazione della legge Pinto, aveva nuovamente dichiarato ricevibili i ricorsi presentati innanzi ad essa contro lo Stato italiano per violazione dell'articolo 6 CEDU, ritenendo insufficienti le garanzie in materia apprestate nel nostro Paese. Le Sezioni Unite hanno allora affermato che il fondamento del diritto alla ragionevole durata del processo non risiede nella legge Pinto, ma nella Costituzione, poiché l'articolo 111 comma 2 non è norma programmatica rivolta solo al legislatore. La ragionevole durata del processo, infatti, costituisce, oltre che un interesse di natura pubblica, anche un diritto soggettivo delle parti, che si collega all'articolo 6 CEDU. Il giudice italiano, pertanto, deve conformarsi all'interpretazione data dalla Corte CEDU.<sup>290</sup> La Suprema Corte, inoltre, con pronuncia SS UU civili del 23.12.2005 n. 2857, modificando il suo precedente orientamento (sentenze 11046/02, 11987/02, 16502/02, 5664/03, 13211/03), ha riconosciuto che il diritto all'equa riparazione sussisteva nell'ordinamento italiano anche prima dell'entrata in vigore della legge Pinto, in base all'articolo 6 CEDU. L'anzidetta legge, pertanto, non è costitutiva di tale diritto ma, disciplinando il ristoro, ha (solo) introdotto una normativa di diritto interno strumentale a farlo valere. La legge Pinto allora ha la funzione di dare attuazione all'articolo 13 CEDU, che riconosce il diritto alla tutela innanzi ad un giudice nazionale per la violazione di diritti riconosciuti dalla Convenzione. Il principio affermato presenta un non trascurabile rilievo pratico, posto che l'anzidetta pronuncia "apre" la strada della riparazione anche agli eredi di persone decedute prima della legge Pinto. Le norme CEDU, infatti, hanno efficacia precettiva diretta nel nostro ordinamento in forza della legge di ratifica, attraverso la quale sono entrate a far parte del diritto interno.<sup>291</sup>

Il diritto all'equa riparazione sussiste a prescindere dall'esito che il processo in cui sia stato violato il canone di ragionevole durata abbia avuto per il soggetto istante. Il diritto è riconosciuto anche alle persone giuridiche, a condizione che il danno non patrimoniale consegua alla lesione di diritti della personalità propri alla persona giuridica, quali il nome, l'identità, l'immagine, la reputazione (Cass, 2 agosto 2002 cit.).<sup>292</sup>

La Cassazione, sul solco della giurisprudenza strasburghese, che estende al processo esecutivo le garanzie ex art. 6 CEDU<sup>293</sup> ritiene che la legge 89/2001 sia applicabile anche alla irragionevole

---

<sup>290</sup> A. Di Martino, *Circolo virtuoso fra le Corti sulla durata ragionevole dei processi*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>291</sup> M. Mengozzi, *Il diritto all'equo indennizzo per l'irragionevole durata del processo trova il suo fondamento direttamente nella CEDU*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>292</sup> M. Bove, *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, cit.

<sup>293</sup> Corte eur. dir. dell'uomo 28 luglio 1999, *Corr.giur.* 1999, 1347.

durata dei procedimenti di sfratto, quando la violazione sia legata a provvedimenti legislativi di sospensione ed alla graduazione prefettizia nella concessione della forza pubblica.<sup>294</sup>

La Corte di Strasburgo ha inoltre affermato che il procedimento di esecuzione<sup>295</sup> della pronuncia risarcitoria costituisce parte integrante del meccanismo dell'equa riparazione. Il diritto riconosciuto dall'articolo 6 comma 1 CEDU, infatti, diviene effettivo solo con l'esecuzione della condanna.<sup>296</sup>

La violazione del principio di ragionevole durata, pertanto, al di fuori della legge 89/2001, può farsi valere soltanto in sede di sindacato incidentale di legittimità costituzionale di una norma di legge che, in violazione dell'articolo 111, detti una disciplina processuale non rispettosa di esso. La Corte Costituzionale, pertanto, non può sindacare la ragionevole durata del singolo procedimento, in quanto il suo giudizio non ha ad oggetto la reintegrazione di un diritto individuale, come nel caso dell'azione innanzi alla Corte di Strasburgo ex articolo 6 CEDU e dell'azione ex legge 89/2001, ma ha ad oggetto il controllo del rispetto da parte della legge di quella garanzia strutturale del processo. La Corte, pertanto, dichiarerà l'illegittimità delle norme legislative che disciplinano lo svolgimento del processo con modalità irragionevolmente lunghe.

---

<sup>294</sup> Cfr. M. Bove, *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, cit. La Corte di Strasburgo, in particolare, ha rilevato che il sistema italiano di sospensione e graduazione degli sfratti, seppur rispondente all'esigenza di disciplinare l'uso dei beni in base a criteri di interesse generale, deve accompagnarsi ad idonee garanzie procedurali a pena di violazione dell'art. 6 CEDU, la cui garanzia nell'ordinamento italiano non è oggetto di pretesa individuale ma soltanto di una pretesa risarcitoria conseguente alla violazione del canone della ragionevole durata. Nella Costituzione spagnola, invece, al riconoscimento del diritto ad un processo pubblico senza indebite dilazioni (art. 24), si accompagna la possibilità di un "recurso de amparo" (art. 53 II comma) con il quale far valere dinanzi al tribunale costituzionale la violazione di tale diritto fondamentale.

<sup>295</sup> Lo Stato italiano costringe chi ha ottenuto il riconoscimento del diritto all'equo indennizzo ad agire esecutivamente per ottenere il pagamento, determinando la proposizione pignoramenti presso terzi decorsi inutilmente 120 giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Le esecuzioni forzate hanno investito persino i fondi relativi ai capitoli di bilancio del Ministero della Giustizia (legittimato passivo nel giudizio sull'irragionevole durata del processo innanzi al giudice ordinario, per il processo amministrativo, invece, legittimato passivo è il Ministero dell'Economia e delle Finanze) presso le Tesorerie dello Stato destinati al pagamento delle retribuzioni del personale dipendente di codesta Amministrazione. Per tale ragione, l'articolo 1 ter d.l. 143/08 conv. in l. 181/08 ha previsto l'impignorabilità dei fondi destinati al pagamento di spese per servizi e forniture dirette all'attività giudiziaria e di emolumenti di qualsiasi natura dovuti al personale amministrato dal Ministero della Giustizia accreditati agli uffici centrali e periferici di detto ministero, agli uffici giudiziari e alla Direzione nazionale antimafia. Inoltre, nei limiti in cui è consentita l'esecuzione forzata sulla contabilità ordinaria del Ministero della Giustizia in quanto le somme siano destinate a finalità diverse da quelle di cui sopra, non sono ammessi, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, atti di pignoramento e sequestro presso le sezioni di Tesoreria dello Stato, ma è permesso soltanto il pignoramento diretto presso il debitore.

<sup>296</sup> G. Guzzardo, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia "celere"*, cit.

<sup>297</sup> Il rispetto del principio di ragionevole durata va valutato in base al tempo trascorso tra l'atto introduttivo del giudizio di primo grado e la sentenza passata in giudicato. In base alla giurisprudenza della Corte europea, si deve computare anche il tempo dell'eventuale fase esecutiva, questa, infatti, deve considerarsi come parte integrante del processo ai sensi dell'articolo 6 CEDU (pronuncia Hornsby/ Grecia 13 marzo 1997). <sup>298</sup>

Il canone di ragionevole durata formalizzato nell'articolo 111 comporta il riconoscimento del principio di economia processuale vale a dire il contenimento delle attività processuali al fine di conseguire un risparmio di costi e un più razionale utilizzo delle risorse, sia nell'ambito del singolo procedimento che di più ampi obiettivi economici di politica giudiziaria. La realizzazione di tali finalità non può essere ottenuta unicamente mediante una normativa processuale obbediente ai principi del giusto processo e della ragionevole durata, ma necessita altresì del concreto apporto dei soggetti attori (in senso lato) del processo; sono destinatari del principio di ragionevole durata, oltre al legislatore, anche gli interpreti. Il principio di ragionevole durata, infatti, non può rimanere confinato entro i limiti della riserva di legge ex articolo 111, ma può essere attuato anche mediante un'attività giudiziaria maggiormente responsabilizzata in ordine alla funzione di direzione del processo.

La Corte Costituzionale ha il potere di sindacare (incidentalmente) ogni norma di legge che non conferisca al giudice adeguati poteri di stimolo, acceleratori del procedimento. <sup>299</sup> Il rilievo attribuito al principio di economia processuale non riguarda solo l'aspetto interno al processo in corso in termini di risparmio di attività e di tempo, ma altresì quello esterno, in relazione alla finalità di prevenire l'instaurazione di ulteriori giudizi sulla stessa controversia.

Il principio di ragionevole durata è utilizzabile quale criterio di bilanciamento tra valori costituzionali relativi alla giurisdizione, e può servire da criterio razionalizzatore di interventi normativi volti a limitare qualche garanzia processuale. <sup>300</sup>

Il giudizio è un'attività che coinvolge più soggetti, non soltanto il giudice e le parti, ma anche cancellieri, ufficiali giudiziari, consulenti tecnici e vari ausiliari (per l'esecuzione degli sfratti ad es. anche l'autorità di pubblica sicurezza). Il principio di ragionevole durata non si garantisce, pertanto, soltanto attraverso la disciplina strettamente processuale ma mediante ogni provvedimento che investa l'organizzazione giudiziaria nel suo complesso, la razionale

---

<sup>297</sup> L.P. Comoglio, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, cit.

<sup>298</sup> F. Peroni, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, cit.

<sup>299</sup> L.P. Comoglio, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, cit.

<sup>300</sup> G. Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.* cit.

allocazione del personale e delle risorse in genere, nonché un efficace sistema sanzionatorio nei confronti di coloro che si rendano responsabile di ritardi.<sup>301</sup>

Il tema del giusto processo così, in particolare nel suo aspetto della ragionevole durata, negli ordinamenti di civil law si collega strettamente alla capacità del giudice di dirigere il procedimento.<sup>302</sup> Il rispetto del canone di ragionevole durata è imprescindibile strumento di garanzia anche degli altri canoni del giusto processo, e dell'uguaglianza effettiva delle parti.

I vari ordinamenti prevedono rimedi di varia natura contro il dilungarsi dei tempi processuali. Alcuni, di carattere endoprocessuale, sono costituiti da riforme processuali tese all'accelerazione del rito,<sup>303</sup> anche attraverso la differenziazione delle forme processuali in relazione alla natura dei diritti sostanziali tutelati.<sup>304</sup>

Rimedi di altro genere hanno invece carattere esterno al processo, e consistono nell'incoraggiare forme alternative di risoluzione delle controversie.<sup>305</sup>

Tra i rimedi del primo tipo rientrano particolari riti per i quali è dettata una disciplina differenziata anche con riguardo alla scansione dei tempi processuali; in alcuni processi, infatti, è particolarmente avvertita la necessità di garantire tutela in tempi brevi a favore della parte ritenuta più debole, come ad esempio nel rito del lavoro, ed anche in materia di diritto al risarcimento per le vittime della strada e i loro congiunti nell'ambito delle norme sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica, e ancora nell'ambito della tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti (legge art. 1469 sexies c.c., legge 39/2002, d.lgs 231/2002), e con riguardo all'azione civile contro le discriminazioni per ragioni razziali, etniche, nazionali e religiose (art. 44 d.lgs 286/1998).

Si tratta di normative diversificate che si giustificano in ragione dell'attuazione del principio di eguaglianza e di effettività del diritto di difesa.<sup>306</sup> A tale proposito si osserva però che non è possibile pensare ad una illimitata proliferazione di tutele speciali, costruendo un processo ad hoc per chiunque si trovi in una particolare condizione di svantaggio (addirittura in Brasile v'è una tutela privilegiata per gli anziani). Le lodevoli intenzioni poste alla base di iniziative di tal

---

<sup>301</sup> Tarzia G., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, Riv. di dir. process. 1/2001.

<sup>302</sup> Sul punto v. anche G. Tarzia, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, cit.

<sup>303</sup> L.P. Comoglio, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, cit.

<sup>304</sup> Cfr. F. Peroni, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, cit.

*La previsione di un termine troppo breve per l'esercizio di un potere processuale viola il principio di effettività del diritto di azione e di difesa, e non il rispetto del principio di ragionevole durata, che è strumentale (come la congruità dei termini) a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.*

<sup>305</sup> Cfr. L.P. Comoglio, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, cit.

<sup>306</sup> G. Tarzia, *La durata del processo civile e la tutela dei deboli*, Riv. di dir. process. 2005, 319.

genere, infatti, rischiano di far collassare la giustizia nel suo insieme. Appare allora più corretto ritenere che l'efficienza della tutela giudiziaria in termini di accettabilità dei tempi non vada perseguita attraverso la legislazione processuale speciale, ma mediante opportune misure di organizzazione giudiziaria.<sup>307</sup>

Sotto il profilo dei rimedi di carattere extraprocessuale, negli ordinamenti di civil law il giudice non ha il potere di promuovere forme alternative di tutela, a differenza dei sistemi di common law.

In quegli ordinamenti, infatti, la funzione di direzione attiva implica il potere-dovere del giudice di dare disposizioni, anche d'ufficio, finalizzate ad una maggiore rapidità, efficienza ed economicità del processo ed a garantire l'eguaglianza effettiva delle parti nel contraddittorio. Le varie controversie possono essere trattate nelle forme ritenute più opportune in base alla loro natura, complessità e valore. Il giudice incoraggia le soluzioni conciliative e le procedure di risoluzione della controversia esterne ed alternative al processo. Questi principi nel nostro ordinamento operano, in parte, soltanto in alcuni settori come ad es. nel processo del lavoro.<sup>308</sup>

E' stato osservato che la notoria e problematica lentezza della giustizia italiana (che ha determinata una serie di condanne del nostro paese da parte della Corte di Giustizia, e indotto l'emanazione della legge 24 marzo 2001 n. 89), può essere risolta - limitando il discorso alla giustizia civile - soltanto attraverso una radicale riforma del rito, che dia vita ad un processo efficiente e al contempo rispettoso dei diritti garantiti dalla Costituzione.<sup>309</sup>

Alla luce delle considerazioni già svolte è più opportuno ritenere che i principi del giusto processo si considerino pienamente operanti, a prescindere dal varo di auspiccate riforme processuali; non bisogna limitarsi a riconoscere loro una valenza meramente programmatica

---

<sup>307</sup> G. Tarzia, *La durata del processo civile e la tutela dei deboli*, cit. Ivi si richiama Chiarloni, *Riflessioni minime sulla tutela giuridica dei diritti dei deboli*, Riv. di dir.process.1998, 958.

<sup>308</sup> L.P. Comoglio, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, cit.

<sup>309</sup> Cfr. Cipriani F., *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, cit.

*Si sostiene che il codice di procedura civile del 1940, tuttora vigente a parte i correttivi introdotti da varie riforme e qualche pronuncia di incostituzionalità, presenta, invece, conformemente alla sua impostazione autoritaria, un "processo nelle mani del giudice e non delle parti", che sacrifica le garanzie all'efficienza, i cui tempi sono sottratti al potere dispositivo delle parti e scanditi dal giudice. Questi incisivi poteri, nel sistema attuale in cui la magistratura gode di forti garanzie di indipendenza e autonomia, implicano "l'abbandono delle parti nelle mani del giudice". Si tratta di un processo di impianto pubblicistico, incentrato più che "sulla domanda di giustizia delle parti, sull'esercizio d'autorità da parte del giudice". Tale dottrina ritiene necessaria la definitiva abrogazione del codice e l'adozione di norme di ordinamento giudiziario che consentano ai giudici di gestire un numero contenuto di cause. È indispensabile varare un processo capace di coniugare efficienza e garanzie, vale a dire regolato dall'organo pubblico, ma flessibile alle caratteristiche della causa trattata e, soprattutto, ordinato al diritto delle parti di ottenere giustizia.*

ritenendo che solo il legislatore sia obbligato ad attuarli, ma convincersi che, tali principi vincolano direttamente l'esercizio della funzione giurisdizionale. Il giudice, infatti, allo scopo di rendere effettivi i principi del giusto processo, ha l'opportunità di utilizzare strumenti come l'interpretazione della legge (nel modo maggiormente conforme alla Costituzione), la questione di pregiudizialità costituzionale (quando non sia possibile dare nemmeno una interpretazione della norma conforme a Costituzione), la disapplicazione di regole processuali in contrasto con essi.

Nel processo civile e amministrativo questi principi, pertanto, sono dotati di immediata precettività. Nel processo penale, a norma dell'articolo 111 comma III, è la legge che deve assicurarne le specifiche garanzie.<sup>310</sup>

Il progetto di legge n. 1082 S ha come finalità l'accelerazione del processo civile, da attuarsi sia mediante la riforma strutturale del rito che mediante l'introduzione di strumenti alternativi al giudizio. L'incremento dell'efficienza del sistema giustizia, infatti, è perseguito attraverso lo snellimento delle varie fasi processuali, misura atta a consentire l'emanazione della decisione in tempi più brevi, nonché con la previsione dell'istituto della mediazione civile finalizzata alla conciliazione stragiudiziale. Il progetto di legge delega consente il ricorso alla mediazione soltanto in relazione a diritti disponibili e senza che sia precluso il normale accesso alla giustizia.

La mediazione può essere svolta ad opera di organismi professionali indipendenti stabilmente a ciò preposti, che ottengano una apposita registrazione presso il Ministero della Giustizia in presenza di specifici requisiti da questo individuati, e soggetti a vigilanza pubblica.

Si prevede che i Consigli dell'Ordine degli avvocati possano istituire presso i Tribunali, e per particolari materie presso i Consigli stessi, organismi di conciliazione.

Gli organismi di conciliazione possono svolgere la loro attività anche mediante procedimenti telematici, nonché avvalersi di esperti iscritti agli albi dei periti e consulenti presso i Tribunali.

Le parti che decidono di attivare lo strumento della mediazione beneficiano di agevolazioni fiscali.

E' previsto un obbligo per gli avvocati di rendere edotta la parte prima dell'instaurazione del giudizio della possibilità di risolvere la controversia mediante questo strumento.

Sotto il profilo dei rimedi interni al processo, il progetto in esame introduce il processo sommario di cognizione alternativo al rito ordinario, prevede la possibilità che il giudice su concorde richiesta delle parti disponga che la testimonianza sia resa in forma scritta autenticata da un pubblico ufficiale, e commina sanzioni nei confronti di coloro che determinano il protrarsi dei tempi processuali.

---

<sup>310</sup> E. Picozza, *Il "Giusto" processo amministrativo, cit.*

L'irragionevole durata dei processi viene spesso motivata con l'inadeguatezza di risorse a disposizione del sistema giustizia, piuttosto che in relazione a fattori strutturali del sistema processuale in termini di rapporto tra ragionevole durata e rimedi processuali contro i provvedimenti giudiziali. Sotto tale aspetto, bisognerebbe stabilire sino a che punto sia ragionevole la previsione dei vari mezzi di impugnazioni.<sup>311</sup> La formalizzazione da parte dell'articolo 111 del principio di ragionevole durata ne importa il suo riconoscimento come elemento qualificante dell'intera struttura del processo di ogni tipo e, dunque, come canone guida per il legislatore processuale, che deve attenersi anche mediante il contenimento dei gravami e della possibilità di ricorrervi pretestuosamente.<sup>312</sup> Oltre che sulle cause politiche, procedurali, organizzative cui si imputa la lentezza dei processi, si riflette altresì sul fatto che la formazione dei giuristi trascura le scienze sociali. Il funzionamento della giustizia è strettamente legato al modo di essere della società, che nella nostra epoca è afflitta da alti livelli di illegalità e di litigiosità. Il problema è allora quello di rendere la giustizia efficiente in una società siffatta, attraverso una politica giudiziaria non autoreferenziale ma realmente diretta a regolare le dinamiche sociali, e, pertanto attenta all'impatto della giustizia sulla società.<sup>313</sup>

I canoni del giusto processo non stanno tutti sullo stesso piano. Il principio di ragionevole durata, ha carattere sussidiario, almeno in senso logico. Non può operare se non siano già state assicurate le altre garanzie strutturali, anteposto alle quali sarebbe svuotato di significato, e potrebbe perfino condurre a modelli di giustizia sommaria. I diversi principi costituzionali del giusto processo, pertanto, devono essere adeguatamente bilanciati, componendosi in un rapporto di solidarietà che li rafforza reciprocamente, poiché essi sono strettamente interdipendenti.<sup>314</sup>

### **3. Considerazioni economiche influenti sulla domanda di giustizia**

La lentezza della giustizia, in termini di eccessivo volume di cause, dipende anche da valutazioni di ordine economico. La decisione di promuovere un giudizio, infatti, è preceduta da previsioni sulle probabilità di vincere e sui costi del giudizio. Per l'attore il valore atteso del giudizio è pari alla entità di tale probabilità rapportata al quantum che egli prevede di ottenere a seguito di una pronuncia favorevole, detratte le possibilità di soccombere e le spese di causa del convenuto, che in tal caso gli verrebbero accollate. La causa, pertanto, verrà promossa quando sia le probabilità

---

<sup>311</sup> S. La China, *Giusto processo, laboriosa utopia, cit.*

<sup>312</sup> Peroni F., *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito, cit.*

<sup>313</sup> M. Dogliani, *La categoria del tempo ragionevole nella formazione del giurista e nei programmi di riforma della giustizia, Democrazia e diritto* 2/2005.

<sup>314</sup> P. Ferrua, *Il giusto processo, Zanichelli, Bologna 2005*, 59-62.

di vincere che il quantum atteso dal giudizio sono elevati in rapporto alle spese da sostenere in caso di soccombenza. Il valore netto del giudizio è dato dalla differenza tra il valore atteso dall'attore e la perdita attesa dal convenuto. Quest'ultima è pari al rapporto tra il quantum atteso dall'attore e le probabilità di soccombenza del convenuto, sommato alle spese di causa di entrambe le parti, accollate al convenuto nel caso di sua soccombenza.

Per ciascuna delle parti il giudizio comporta un determinato costo certo e un vantaggio incerto, la cui variabilità è tanto maggiore quanto maggiormente divergenti sono le aspettative di esse in ordine all'esito del giudizio. Qualora, invece, le parti abbiano previsioni omogenee, il valore del giudizio sarebbe sempre negativo, poiché coinciderebbe con le spese giudiziali.

In base a quanto detto può affermarsi che il giudizio è costituito da un trasferimento di risorse, rappresentate dai suoi costi. Tale dispendio di risorse può essere limitato attraverso il ricorso a forme transattive di risoluzione delle liti, alternative al giudizio. Le parti sono motivate a ricorrere ad esse quando l'entità dei costi di causa è molto più elevata delle previsioni ottimistiche sull'esito del giudizio. Il giudizio, pertanto, ha luogo solo quando ciascuna parte prevede un esito a se favorevole, cioè quando le previsioni sono molto divergenti. Nel caso contrario, invece, le parti trovano più conveniente accordarsi per evitare i costi del giudizio, al quale preferiscono una transazione. Un gran numero di giudizi si lega, pertanto, all'eccessivo ottimismo delle parti e alla loro incapacità di formulare corrette previsioni, il che consegue anche alla cattiva gestione delle informazioni sui precedenti, imputabile anche agli avvocati, che possono essere interessati a promuovere comunque l'instaurazione di giudizi. Oltre che da informazioni errate, la divergenza di vedute sull'esito del giudizio dipende da asimmetrie informative. Ciascuna parte, prima del giudizio, infatti, è a conoscenza dei mezzi di prova a suo favore, ma non di quelli a favore della controparte, dei quali non è in grado di valutare la rilevanza in ordine all'esito del giudizio. Se le parti fossero obbligate a rivelarsi reciprocamente i mezzi di prova prima di instaurare il giudizio, l'eliminazione di tali asimmetrie avrebbe probabili effetti deflattivi.

Il giudizio non comporta costi soltanto a carico delle parti, ma esso è molto dispendioso soprattutto per la collettività, in quanto il funzionamento degli organi giudiziari richiede un notevole impiego di risorse. Tra le misure adottabili al fine di ridurre l'incidenza delle c.d. cause bagatellari e realizzare risparmi di costi sociali vi è l'aumento dei costi a carico delle parti sotto forma di tasse e diritti di cancelleria. L'aumento dei costi, infatti, determina diminuzione del valore atteso del giudizio, incoraggiando il ricorso a forme di risoluzione stragiudiziali.

Da un punto di vista economico, il giudizio ha la finalità di dissuadere i consociati dal tenere comportamenti indesiderati. Per perseguire questo obiettivo si pone in essere un'attività che tende ad accertare la verità, non la verità fattuale ma quella probabile, cioè capace di essere dimostrata

in giudizio attraverso determinati strumenti, costituiti dai mezzi di prova, soggetti a specifiche regole. La tutela dei diritti individuali mediante il processo pertanto, è per l'ordinamento un fine solo mediato, attraverso il quale sono attuati gli obiettivi politici generali.

Alla luce di quanto detto, le regole probatorie hanno rilevante importanza, in quanto incidono su tali fini. Lo standard della prova investe la forza del mezzo probatorio nel determinare la decisione.

Nel nostro ordinamento vige il principio del libero convincimento del giudice, in base al quale il giudice non è soggetto a precisi parametri di valutazione, ma valuta la prova "secondo il suo prudente apprezzamento", <sup>315</sup> (nell'ordinamento americano invece lo standard della prova civile è la preponderanza, e di quella penale l'assenza di ogni ragionevole dubbio, in Germania si richiede che le prove determinino nel giudice un convincimento quasi assoluto, una quasi certezza.), salvo i casi in cui determinati elementi detengono una speciale forza probatoria, come gli atti pubblici, che fanno piena prova fino querela di falso. Anche questo ha una spiegazione economica. Atti di questo tipo, infatti, sono difficili da falsificare, e la loro falsificazione sarebbe estremamente costosa.

L'eccessivo livello di cause è determinato dal fatto che la decisione del privato di intraprendere un giudizio non è affatto condizionata dalla considerazione dei costi che l'attività giurisdizionale produce a carico dello Stato, ma dipende dalla valutazione dei soli costi a carico delle parti.

Inoltre, i privati tengono conto soltanto degli effetti ex post della causa, ma non gli effetti ex ante, in termini di deterrenza dalla condotta illecita. Se il giudizio si rivela eccessivamente costoso in relazione alle aspettative dell'attore, questi si asterrà dal promuoverlo, ma contemporaneamente il convenuto si asterrà dall'interrompere una condotta potenzialmente lesiva per la collettività, che cesserebbe di tenere qualora, invece, fosse esposto agli elevati costi del giudizio. Sotto il profilo della deterrenza sociale, pertanto, la conciliazione è indesiderabile, poichè consente al convenuto di "riparare", con il minore impiego di risorse, il danno causato all'attore, piuttosto che adottare ogni precauzione in ordine alla causazione di ulteriori danni al fine di evitare altri giudizi ed ingenti spese.

Nel sistema americano, in cui non vige la regola della soccombenza, il giudizio è più costoso e, pertanto, il ricorso allo strumento conciliativo è molto più frequente. Nel nostro ordinamento, invece, tale regola disincentiva le liti temerarie, ma incentiva quelle in cui si percepiscono elevate

---

<sup>315</sup> Cfr. N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè 1995, 55. Il principio della libera valutazione delle prove dà al giudice la possibilità di non considerare ruoli esterni al processo.

Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una caratteristica tecnico-strutturale del processo che riflette il principio di imparzialità del giudice.

probabilità di vittoria.<sup>316</sup> A causa della divergenza tra i costi privati e costi pubblici delle cause, nonché tra benefici attesi dalle parti e benefici sociali in termini di deterrenza, il numero di cause che i privati trovano conveniente intentare è disallineato al numero socialmente desiderabile di cause.

Il livello socialmente auspicabile di cause coincide con un livello tale da minimizzare i costi collettivi dei giudizi. Il livello desiderabile dalle parti può essere superiore o inferiore ad esso.

Sappiamo già che i benefici privati sono costituiti dall'ammontare di ciò che l'attore otterrà in giudizio, mentre i benefici sociali si identificano con la deterrenza, cioè con gli effetti del giudizio sui comportamenti futuri potenzialmente lesivi, e sul livello di precauzioni che i potenziali danneggianti adotteranno. L'effetto deterrenza è di non poco rilievo, in quanto consente allo stato un ingente risparmio di risorse che dovrebbero destinarsi a prevenire condotte lesive e a rimediare ad esse. Si tratta di benefici che non sono oggetto di considerazione da parte dell'attore, il quale si determina ad agire o meno in giudizio soltanto in base alla sua previsione di guadagno.

Per rimediare allo sbilanciamento, quando il livello effettivo dei processi è superiore a quello socialmente desiderabile, lo Stato, in genere, introduce misure deflative (come l'aumento delle imposte connesse al giudizio). Quando il numero di cause è inferiore a quello auspicabile, la promozione di giudizi, invece, può essere incoraggiata mediante riduzione delle imposte o mediante l'estensione del principio di soccombenza. Queste politiche non sono sempre socialmente desiderabili. Nel primo caso, infatti, l'accollo di ingenti costi a carico degli attori non è equo e scoraggia dall'intentare causa, anche a detrimento degli effetti benefici per la società. Nel secondo caso, il trasferimento dei costi interamente a carico del soccombente determina un incremento del livello di cause ma, poiché l'esito del giudizio non è mai scontato, è possibile che non sia sempre il danneggiante a pagarne le spese.

Una via alternativa al processo è costituita dalla composizione stragiudiziale della lite, possibile quando l'ammontare minimo che l'attore è disposto ad accettare è inferiore all'ammontare massimo che il convenuto è disposto a pagare. La composizione è, pertanto, tanto più possibile quanto più omogenee siano le convinzioni delle parti sull'esito del processo. In tal caso ciascuna parte risparmia i costi di causa e lo stato risparmia i costi sociali. La possibilità di composizione, in particolare, sussiste finché la differenza tra il valore della causa atteso dall'attore e quello atteso dal convenuto (nel suo caso in termini di risparmio) non eccede la somma dei costi di causa di entrambi. Ad incidere sul livello di cause sono, pertanto, le convinzioni delle parti, le quali sono influenzate dal livello di informazioni a loro disposizione, spesso diseguale.

---

<sup>316</sup> L.A. Franzoni, *Introduzione all'economia del diritto*, Il Mulino, 2003, 210-221.

Il livello di cause è anche determinato dal loro valore, posto che più è elevato il valore della causa, maggiore è la sua probabilità, in quanto si amplifica la divergenza sul possibile esito, nonché dall'entità delle spese. Se le spese legali sono elevate la causa ha minore probabilità ed è più probabile la composizione, poiché la somma dei costi può superare la differenza tra le aspettative delle parti. I costi legali generalmente aumentano in base al valore delle controversie. Sul livello di cause incidono anche la propensione e l'avversione al rischio delle parti, che fanno, rispettivamente, aumentare o diminuire i processi.<sup>317</sup>

Con riguardo agli effetti della composizione, essa, oltre ad avere una funzione deflattiva, costituisce un importante strumento di privacy per le parti (ad esempio, per un'impresa convenuta in giudizio per difetti della sua produzione la composizione presenta innegabili vantaggi). La privacy delle transazioni riduce ulteriormente l'effetto di deterrenza.<sup>318</sup>

#### **4. Il Giusto processo amministrativo**

Nel processo amministrativo, una categoria di principi generali attiene alle garanzie strutturali e funzionali: l'imparzialità, la terzietà del giudice, la collegialità, il contraddittorio, la parità delle parti, la concentrazione, l'oralità e la pubblicità, l'economia di giudizio. Un altro gruppo di principi generali, invece, è relativo alla disciplina dei poteri del giudice e delle parti: il principio dispositivo, quello della domanda e dell'impulso di parte, il metodo acquisitivo ed i poteri istruttori del giudice, la regola di giudizio, il libero apprezzamento del giudice, i poteri decisorii. Nel diritto amministrativo, l'applicazione dei principi di giustizia procedurale ha addirittura anticipato la formalizzazione costituzionale delle garanzie del giusto processo, già vigenti in base al sistema CEDU. Le medesime garanzie, infatti, nel diritto sostanziale sono alla base del "giusto procedimento amministrativo", accolto nella riforma della legge 241/1990. Si tratta, in questo caso, di un principio che non è fatto oggetto di diretto riconoscimento costituzionale, ma che rappresenta un fondamentale strumento di attuazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione consacrati dall'articolo 97 Costituzione. Il principio del giusto procedimento importa la possibilità per tutti i soggetti coinvolti o interessati di partecipare al procedimento medesimo.

---

<sup>317</sup> S. Shavel, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, a cura di D. Porcini, Giappichelli Torino 2004, 351-365.

<sup>318</sup> S. Shavel, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, a cura di D. Porcini, Giappichelli Torino 2004, 373.

V. anche M. D'Antoni, *L'analisi economica del contenzioso civile*, *Politica del diritto* 2005, 327.

Il giusto processo amministrativo regolato dalla legge, come già osservato in relazione al processo ordinario, non è solo quello che rispetta la riserva di legge, ma la cui disciplina di legge rispetti e realizzi le condizioni essenziali poste dall'articolo 111 Costituzione, che costituiscono un nucleo di garanzie minime, necessarie e sufficienti affinché il processo possa qualificarsi giusto. Non è indispensabile che la legge detti una disciplina analitica e puntuale di ciascuna attività e di ogni potere in seno al processo predeterminando rigidamente ogni suo possibile svolgimento, essendo pienamente legittime norme di legge che attribuiscono al giudice ambiti più o meno ampi di autonomia nell'esercizio dei suoi poteri di direzione del processo, ai fini di speditezza ed economia di giudizio e/o di adattare il rito alle finalità sostanziali che il processo tende a soddisfare. Con riguardo alla garanzia del contraddittorio, non si considerano legittime discipline processuali che, anche limitatamente ad una o più fasi del giudizio, non prevedono alcuna forma minima di contraddittorio fra le parti in condizioni di effettiva parità. L'osservanza effettiva di tale principio, infatti, non può essere del tutto differita a momenti processuali successivi.

Il diritto di difesa tutelato dall'articolo 24 Costituzione implica non solo che sia assicurato il contraddittorio, ma che sia rimosso ogni ostacolo, procedurale ed economico, alla tutela in giudizio di diritti e interessi legittimi del cittadino. Le norme processuali non possono creare disparità tra cittadino abbiente e cittadino indigente.

Dal giusto processo scaturisce, com'è noto, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che involge la problematica relativa all'attuazione del giudicato amministrativo e, più in generale, dell'esecuzione nei confronti della pubblica amministrazione.<sup>319</sup>

Si rileva la presenza di istituti del processo amministrativo che presentano problemi di compatibilità con il principio del giusto processo; la possibile notificazione del ricorso ad uno solo dei controinteressati, ad esempio, non appare sufficientemente garantista del contraddittorio, inoltre contravviene al principio di economia processuale rendendo più probabile la proposizione di opposizione di terzo e di appello da parte del controinteressato pretermesso. Appare in molti casi squilibrato a favore della pubblica amministrazione anche il regime dei termini processuali; facoltà della pubblica amministrazione, come quella di costituirsi in giudizio in un termine non perentorio e di depositare memorie (alle quali il ricorrente, non ha facoltà di replicare) fino a dieci giorni prima dell'udienza di merito e fino all'udienza per la trattazione della domanda di sospensione (le stesse facoltà sono date al controinteressato), sono ritenute in contrasto con il principio di parità delle armi.

---

<sup>319</sup> Virga P., *Diritto Costituzionale*, cit. 475 e ss.

Presenta un serio problema di compatibilità con i dettami del giusto processo la mancata previsione di obbligo di motivazione dell'ordinanza che decide sull'istanza di sospensione, provvedimento avente generalmente natura anticipatoria rispetto alla decisione di merito.

La motivazione di un provvedimento giurisdizionale che disciplina provvisoriamente il rapporto controverso, costituisce, infatti, alla luce dell' articolo 111 Costituzione, una imprescindibile garanzia di attuazione del giusto processo, che rileva anche ai fini della effettività del diritto alla tutela giurisdizionale - di cui il diritto d'impugnare costituisce proiezione - in quanto la parte trae dalla motivazione argomentazioni di critica avverso la decisione censurata.

Il principio di parità delle armi opera anche nella fase di istruzione probatoria, specie nei casi in cui le incombenze istruttorie devono essere compiute dalla pubblica amministrazione.

Si impone allora l'esigenza di garantire il contraddittorio nelle attività di verifica, ispezione, sopralluogo, e di prevedere che le perizie e le consulenze tecniche siano effettuate da soggetti terzi, garantendo la partecipazione delle parti in contraddittorio.

Il rispetto del principio del contraddittorio non si accontenta della formale garanzia di partecipazione al giudizio delle parti "tradizionali", ma richiede che ad ogni soggetto titolare di una posizione soggettiva rilevante sia consentita la possibilità di intervenire. Le norme del processo amministrativo sulla chiamata in giudizio e sull'intervento del controinteressato possono essere integrate con gli articoli 106 e 107 del codice di procedura civile, che disciplinano, rispettivamente, l'intervento su istanza di parte e l'intervento per ordine del giudice.

Il ricorso in analogia alle norme dettate per il processo civile può essere ammesso anche in altri casi in cui le disposizioni siano compatibili con il processo amministrativo. La caratteristica di tale processo, infatti, prescindendo dalla natura della situazione giuridica azionata (diritto soggettivo o interesse legittimo), è costituita dalla sua finalità di dirimere controversie coinvolgenti gli interessi pubblici. A differenza del processo civile, esso non ha ad oggetto situazioni liberamente disponibili dalle parti, ma materie soggette ai principi dettati dall'articolo 97 Costituzione. L'integrazione della disciplina del processo amministrativo con l'applicazione dei principi generali del giusto processo deve attuarsi, pertanto, in considerazione di tale fondamentale differenziazione tra i due processi.<sup>320</sup> Sotto il profilo del rispetto del principio di ragionevole durata nel processo amministrativo, la riforma adottata con la legge 205 del 2000 ha operato un rafforzamento dell'effettività del diritto ad una celere definizione del giudizio, attraverso la previsione di riti abbreviati, di decisioni in forma semplificata, della riduzione di

---

<sup>320</sup> E. Picozza, *Il "Giusto" processo amministrativo, cit.*

alcuni termini, dell'introduzione di procedimenti sommari di condanna pecuniaria, del nuovo regime dei "motivi aggiunti", ecc.<sup>321</sup>

Il diritto alla ragionevole durata non è condizionato dalla previsione di mezzi sollecitatori a carico delle parti,<sup>322</sup> come l'istanza di prelievo.<sup>323</sup> La Cassazione Sezioni Unite ha affermato, infatti, con pronuncia 23.12.2005 n. 28507 che il termine di conclusione del processo amministrativo decorre dalla sua instaurazione, e non dalla data dell'eventuale presentazione dell'istanza di prelievo.<sup>324</sup> Quanto detto induce a ritenere che il rispetto del principio di ragionevole durata non è valutabile soltanto in termini di idoneità della norma processuale, ma soprattutto in relazione alla diligenza dimostrata dal magistrato amministrativo, da valutarsi in rapporto alla complessità del caso ed alla condotta delle parti. Il fatto che la parte non si avvalga degli strumenti acceleratori che sono nella sua disponibilità, come appunto l'istanza di prelievo, non esime il giudice dal dovere di pronunciarsi celermente sulla domanda, né trasferisce sulla parte la responsabilità della violazione di quel precetto. Si osserva che il principio di ragionevole durata dovrebbe legarsi alla previsione normativa di criteri di valutazione della durata, differenziati in base alle diverse tipologie processuali. Nel nostro ordinamento non sussistono regole che consentono di definire con esattezza e in via astratta la ragionevole durata di un processo. In base alla costante giurisprudenza della Suprema Corte, ogni vicenda deve essere, pertanto, valutata nella sua specificità, in relazione alla complessità del caso e del comportamento concretamente tenuto dal giudice e dagli altri soggetti. Sul punto soccorrono i criteri affermatasi nella giurisprudenza europea, il cui richiamo è

---

<sup>321</sup> *Prima della riforma del 2000 e di quella dell'articolo 111 Costituzione, la giurisprudenza CEDU riteneva operante l'articolo 6 comma 1 in seno al processo amministrativo soltanto quando questo aveva un oggetto patrimoniale o si fondava su un lamentato pregiudizio patrimoniale. In considerazione della "patrimonialità", infatti, il giudizio amministrativo era sussunto nella dimensione civilistica. Successivamente, la tutela in esame fu estesa ad ogni processo in ordine a posizioni giuridiche soggettive seriamente riconosciute dall'ordinamento, ancorchè nell'ambito di una sfera di discrezionalità riservata all'organo pubblico (interessi legittimi).*

<sup>322</sup> G. Guzzardo, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia "celere"*, cit.

<sup>323</sup> Cfr. E. Picozza, *Il processo amministrativo*, cit. 251-253.

*L'istanza di prelievo differisce dall'istanza di fissazione dell'udienza per la trattazione del merito del ricorso, che deve essere presentata entro due anni a pena di perenzione o decadenza. A tale domanda, per ragioni di celerità, si accompagna in genere l'istanza di prelievo, avente ad oggetto la dichiarazione di urgenza del ricorso da parte del Presidente del Tar o della sezione. Si rileva criticamente che la disciplina processuale non predetermina i presupposti e le condizioni di ammissibilità di tale richiesta. In virtù del principio della libertà delle forme e di quello di economia processuale, la domanda di prelievo che sia presentata entro il termine biennale, è equiparata alla domanda di fissazione udienza, specie qualora sia stata presentata un'originaria domanda di fissazione udienza.*

<sup>324</sup> M. Mengozzi, *Il diritto all'equo indennizzo per l'irragionevole durata del processo trova il suo fondamento direttamente nella CEDU*, cit.

operato dalla legge Pinto, dal momento che essa individua il fatto costitutivo del diritto all'equa riparazione *per relationem*, con riferimento all'articolo 6 comma 1 CEDU.<sup>325</sup>

Dalla considerazione in base alla quale la ritardata definizione del processo incide sul godimento dei diritti sostanziali, potrebbe affermarsi, ad esempio, che, in tema di diritti fondamentali, deve osservarsi un criterio particolarmente severo nel valutare il diligente rispetto del principio di ragionevole durata, così come il giudice dovrebbe essere tenuto ad una speciale rapidità quando sia chiamato a decidere questioni semplici. Il principio dovrebbe ritenersi violato altresì ogni qualvolta la condotta del giudice risulti passiva o negligente, mentre dovrebbe escludersi ogni responsabilità qualora, invece, l'eccessiva durata sia giustificabile dalla oggettiva complessità strutturale del procedimento. A tale proposito, deve rilevarsi che il principio di ragionevole durata deve essere realizzato anche mediante un'organizzazione giudiziaria efficiente. Si prestano, infatti, ad essere valutati quali presupposti della violazione del principio in esame non soltanto condotte riferibili esclusivamente al singolo magistrato ma altresì all'organizzazione dell'ufficio giudiziario in genere, nonché, ancora più in generale, alla complessiva organizzazione del sistema giustizia. Dalla normativa e dalla giurisprudenza CEDU emerge, infatti, a carico degli Stati un "obbligo di risultato", che impone l'adozione di un'organizzazione adeguata e capace di prevenire l'inerzia delle autorità giurisdizionali, al fine di assicurare una celere amministrazione della giustizia.<sup>326</sup>

## **5. Considerazioni su garanzie giurisdizionali ed efficienza della giustizia**

In conseguenza del processo d'integrazione europea, nel quale si inserisce la riforma del titolo V della Costituzione e la riforma dell'articolo 111, il nostro sistema giustizia si inserisce entro un più complesso "sistema pluriordinamentale" nell'ambito del quale i più tradizionali principi, come quello di separazione dei poteri e di indipendenza ed autonomia della magistratura, possono assumere sfumature nuove, in relazione ai principi sopranazionali.

Il riconoscimento della funzione giudiziaria quale potere dello Stato si origina, com'è noto, dalle elaborazioni del Montesquieu contenute ne "l'Esprit des lois". Gli organi giudiziari verticistici sono garanti della supremazia della legge, in quanto svolgono la funzione nomofilattica, e sono investiti del controllo di costituzionalità delle norme di legge. I giudici non si presentano più

---

<sup>325</sup> G. Guzzardo, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia "celere"*, cit. Sul punto v. anche M. A. Sandulli, *Diritto europeo e processo amministrativo*, cit.

<sup>326</sup> Cfr. G. Guzzardo, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia "celere"*, cit. Con risoluzione interinale 114/2005 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha invitato il Governo del nostro Paese a fare del rispetto del sistema CEDU una priorità effettiva, al fine di garantire il diritto a un processo equo entro un termine ragionevole.

quali semplici esecutori della legge, ma sono titolari di garanzie di indipendenza, che i vari ordinamenti assicurano con forme diverse a seconda dei vari assetti dell'ordine giudiziario.

In Italia l'autonomia e l'indipendenza della magistratura sono oggetto di riconoscimento costituzionale. Si osserva però che le riforme istituzionali degli ultimi anni hanno riscoperto l'importanza del fattore rappresentativo-elettivo nella individuazione di poteri preminenti, determinando, in particolare, il potenziamento dell'Esecutivo nei confronti degli altri due poteri, specialmente quello giudiziario. La problematica dell'indipendenza del potere giudiziario dall'Esecutivo è stata affrontata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha stabilito che la presenza di giudici di nomina politica non è di per sé sufficiente a farne desumere la carenza di indipendenza. (sentenza 14 dicembre 1980 sul caso dei giudici aggregati della Corte costituzionale scelti dal Parlamento).<sup>327</sup> Nei sistemi di civil law, in cui i giudici si limitano ad applicare la legge, essi sono reclutati ed inquadrati quali funzionari dello Stato con uno status particolare di indipendenza e autonomia. Queste garanzie costituiscono fondamentali principi di democrazia, in quanto sono finalizzate ad assicurare l'imparzialità degli organi giudiziari, indispensabile condizione della legittimazione e dell'accettazione da parte dei consociati della funzione svolta dai giudici, dato che costoro non sono dotati di legittimazione rappresentativa. L'indipendenza del giudice dal potere legislativo ed esecutivo è requisito imprescindibile, nei regimi democratico-costituzionali, per la qualificazione del giudiziario come potere dello stato. Il giudice è indipendente in quanto è soggetto esclusivamente alla legge e a null'altro che ad essa. In Italia l'indipendenza della magistratura è fortemente garantita dalle norme di salvaguardia dei valori fondamentali dell'ordinamento, proclamati nella prima parte della Costituzione, e si lega, in particolar modo, al rispetto del principio di uguaglianza.

L'istituzione della magistratura amministrativa, competente a risolvere determinate controversie tra cittadino e Pubblica Amministrazione, risponde all'esigenza, oltre che di assicurare tutela al cittadino nei confronti delle amministrazioni pubbliche, di salvaguardare una rigida distinzione di competenze tra i vari poteri statali. La salvaguardia dell'indipendenza del giudice è attuata con garanzie diverse a seconda del tipo di organizzazione giudiziaria entro la quale egli opera. Negli ordinamenti di civil law, caratterizzati da un'organizzazione burocratica della magistratura, assume particolare importanza l'indipendenza interna, affinché il giudice, socializzato all'interno dell'organizzazione, non sia controllabile da giudici di grado superiore. Le magistrature dei paesi di common law, invece, risultano maggiormente influenzabili dai poteri politici al momento

---

<sup>327</sup> G. Floridia, *Giustizia: non (solo) spirito di servizio ma servizio pubblico essenziale*, cit.

del reclutamento, che avviene tra soggetti già professionalmente socializzati, ma dopo la nomina sono del tutto indipendenti<sup>328</sup>

Merita menzione l'affermazione in base alla quale sono da rinvenire nelle garanzie della magistratura elementi che concorrono all'insoddisfacente livello di efficienza del sistema giustizia, strettamente legato alla "autoqualificazione della magistratura come potere dello stato anziché come esercizio professionale di una funzione al servizio dei cittadini". In base a queste tesi, è auspicabile una trasformazione del ruolo giudiziario da potere dello stato a professione intellettuale esercitata in funzione dei risultati.

Si rileva come l'indipendenza finisca con il costituire è una garanzia posta non a beneficio diretto dei cittadini ma dei giudici. Se ben si riflette, infatti, a parte un numero limitatissimo di processi, nella stragrande maggioranza dei casi al cittadino non interessa affatto che il giudice sia indipendente, ma solo che espliciti efficientemente le sue funzioni. La valorizzazione dell'indipendenza, invece, consente di svincolare il magistrato da forme di controllo dell'efficienza da parte dell'organizzazione entro la quale è inserito, compreso il suo vertice organizzativo, Il Consiglio Superiore della Magistratura, che non è in grado di garantire l'efficiente gestione del sistema giustizia in un ordinamento in cui, non solo l'intero corpo giudiziario, ma ciascun giudice rappresenta un potere dello Stato.

Può costituire un ostacolo all'efficienza anche la garanzia posta dall'articolo 24 Costituzione, che riconosce il diritto di agire e resistere in giudizio, qualora la sua attuazione importi l'obbligo di dare risposta a ogni domanda di giustizia, senza prevedere alcun criterio atto a preselezionare le domande davvero meritevoli di accedere alle aule di giustizia. Negare risposte giurisdizionali alle ipotesi di marginale natura e valore costituirebbe uno strumento di deflazione del contenzioso, utile all'attuazione del valore costituzionale di efficienza.

Analoghe considerazioni possono farsi in relazione all'articolo 25 Costituzione, a norma del quale, "nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge". In base a tale norma costituzionale sembrerebbe che la risoluzione di ogni controversia debba necessariamente essere affidata all'autorità giurisdizionale. Il ricorso al giudice, invece, dovrebbe più opportunamente essere limitato alla soluzione di quei casi che richiedono un'elevata professionalità intellettuale, mentre le materie più semplici, le ipotesi routinarie a ridotto margine di valutazione discrezionale potrebbero affidarsi ad altre professionalità qualificate.<sup>329</sup>

---

<sup>328</sup> Cfr. AA. VV., *La Magistratura nello Stato Costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, cit., 5, 28 e ss., 55 e ss., 361 e ss., 468, 497. V anche G. Floridia, *Giustizia: non (solo) spirito di servizio ma servizio pubblico essenziale*, cit.

<sup>329</sup> G. Floridia, *Giustizia: non (solo) spirito di servizio ma servizio pubblico essenziale*, cit.

Un grave ostacolo all'efficienza è costituito dall'assenza di specializzazione. La specializzazione è avversata dai magistrati per ragioni corporative, in quanto da essa deriverebbe un vincolo alla mobilità di sede e funzioni, nonché la necessità di un costante aggiornamento.<sup>330</sup>

La crisi della giustizia è conseguente al fatto che essa oggi non si identifica più nel semplice riconoscimento dei diritti, ma nella loro effettiva attuazione, compito che il sistema giustizia non è stato finora in grado di svolgere. L'assolvimento di tal funzione richiede che i giudici si pongano al servizio della Costituzione, della legge, e dei cittadini. Il loro ruolo, infatti, non può più essere solo di anacronistici garanti dell'efficacia delle norme, bensì della loro effettività in termini di attuazione delle aspettative sociali. Alla visione formale giuspositivistica del diritto si è sostituita una visione funzionale, in base alla quale la norma giuridica non è soltanto ciò che prescrive, ma anche il modo in cui viene applicata ed i risultati che produce. Si rivelano necessarie, così come è avvenuto per i procedimenti amministrativi, misure di razionalizzazione dei procedimenti giudiziari, che includano nuovi modelli organizzativi, forme partecipative degli interessati e dei controinteressati all'amministrazione della giustizia, sistemi di monitoraggio della capacità del sistema, ecc.

Il sistema giustizia non può essere affidato interamente allo spirito di un corpo autonomo, ma la giustizia va amministrata in modo funzionale e non autoreferenziale.<sup>331</sup>

---

<sup>330</sup> G. Floridia, *Giustizia: non (solo) spirito di servizio ma servizio pubblico essenziale*, cit.

<sup>331</sup> Cfr. Gambino, Morchella, *L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, cit. Sul punto v. anche, S. Gambino, *Il diritto a un giudice autonomo e indipendente – ri-forma di Stato e sistema di giustizia nell'ottica interna, comparata e comunitaria*, *Democrazia e diritto* 3/2005.

## PARTE SECONDA

\*\*\*\*

### L'AMMINISTRAZIONE

#### Cap. 1 LA RIFORMA DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

##### 1. Premessa.

Secondo il modello voluto dal Costituente, la pubblica amministrazione è diretta a soddisfare gli interessi dei cittadini, finalità per la quale ispira la sua organizzazione e il suo funzionamento a criteri di efficacia ed efficienza. L'articolo 97 Costituzione, infatti, proclama il principio di buon andamento ed imparzialità, prevedendo che i pubblici uffici siano "organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". A norma dell'articolo 98, gli impiegati pubblici sono al servizio esclusivo della Nazione.<sup>332</sup> Il principio costituzionale di buon andamento o buona amministrazione impone l'adozione delle misure mediante le quali possano essere soddisfatti al meglio quegli interessi che, trascendendo l'ambito riservato ai singoli, sono affidati alla cura di apparati pubblici.

La Costituzione sancisce il dovere per le amministrazioni pubbliche di agire per il bene comune, nonché l'obbligo per il legislatore di organizzare gli uffici pubblici con modalità tali da assicurarne il raggiungimento. La realizzazione degli obiettivi di buona amministrazione richiede che il principio di buon andamento informi ogni aspetto della funzione amministrativa, e cioè l'organizzazione, lo svolgimento concreto delle attività pubbliche, il sistema dei controlli, ecc.<sup>333</sup>

---

<sup>332</sup> V. Cerulli Irelli, *Principi ispiratori della riforma amministrativa: verso un'amministrazione al servizio dei cittadini*, in *Costituzione e Amministrazione*, cit. 334, 335, 336, 339, 340.

<sup>333</sup> Cfr. B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, Il Mulino 1999, 463.

*I controlli si attuano anche mediante l'autoresponsabilizzazione dei burocrati in ordine al contenuto del loro ruolo, ai doveri verso i cittadini e verso gli organi di direzione politica, nonché mediante l'azione, individuale o collettiva, dei destinatari dei servizi pubblici. Il dover rispondere a qualcuno è, infatti, un incentivo alla buona amministrazione.*

Il principio di buona amministrazione<sup>334</sup> si affianca al tradizionale principio di legalità dell'azione pubblica, cui conferisce un nuovo e più pregnante significato, in base al quale la legalità dell'azione amministrativa non si ossequia semplicemente attraverso il rispetto formale delle norme di legge, ma allorché l'attività posta in essere dal soggetto pubblico realizzi in maniera soddisfacente i bisogni concreti della comunità; si parla allora di "legalità di risultato".<sup>335</sup> Il principio di buona amministrazione è stato oggetto di autonomo riconoscimento da parte della giurisprudenza comunitaria. I suoi contenuti concreti sono stati individuati sia in principi tradizionalmente legati all'esercizio dell'attività amministrativa, come l'imparzialità - alla quale si connettono i doveri di lealtà, attenzione, correttezza - che in obblighi più direttamente finalizzati ai risultati dell'azione pubblica, quali quello di diligenza. La buona amministrazione è ricondotta anche al novero dei diritti di difesa, concretandosi in un rafforzamento di altri diritti, come il diritto d'accesso e il diritto di essere sentiti. Essa, inoltre, deve informare non solo il rapporto tra amministrazione e cittadino ma altresì i rapporti tra soggetti pubblici, tutelando in tal caso indirettamente l'interesse dei singoli; in tale senso è concretato attraverso obblighi di reciproco scambio, informazione, collaborazione, ecc.

Questo principio è acquisito in seno al diritto comunitario in quanto riconosciuto tra le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri.<sup>336</sup>

## **2. La riforma dell'amministrazione pubblica alla luce dei principi di New Public Economy**

L'insufficiente raggiungimento degli obiettivi di efficienza e buon andamento, costantemente osservato nella pubblica amministrazione italiana, incapace di adeguarsi all'evoluzione del contesto politico, sociale ed economico, nazionale ed internazionale, e all'ampliamento dei compiti pubblici - incapacità acuita dalla perenne crisi della finanza pubblica -<sup>337</sup> ha dato inizio ad un processo di riforma della pubblica amministrazione, divenuto, a partire dagli anni novanta un autonomo obiettivo di politica pubblica.<sup>338</sup> In considerazione del fatto che l'amministrazione pubblica è al servizio degli interessi della comunità governata, si stabilisce l'obiettivo di

---

<sup>334</sup> Per Casetta il buon andamento non deve essere confuso con il dovere funzionale di buona amministrazione a carico dei pubblici dipendenti, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè nona ediz. Milano 2007, 51.

<sup>335</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 463.

<sup>336</sup> A. Serio, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, *Riv.ital.di dir.pubb.comunitario*, 1/2008.

<sup>337</sup> *Il management pubblico*, a cura di L. Laperuta, ed. Simone, 2006, 6.

<sup>338</sup> S. Cassese, *L'Età delle riforme amministrative*, *Riv.trim.di dir.pubb.* 1/2001.

rafforzarla e conferire ad essa un ruolo più attivo nella guida del Paese. Il buon funzionamento degli apparati pubblici, infatti, condiziona la capacità complessiva del sistema sociale, influenzando in maniera determinante, al pari e forse maggiormente di altri elementi quali la produttività, la tecnologia, il livello culturale, ecc. sulla capacità del Paese di affrontare più efficacemente la sfida internazionale.

Questo obiettivo impone l'eliminazione delle cause durevoli di malfunzionamento dell'amministrazione pubblica radicate nella realtà istituzionale.<sup>339</sup>

Trovano allora ingresso nel nostro Paese teorie provenienti dal mondo anglosassone, come la New Public Management,<sup>340</sup> la cui idea centrale è di applicare al settore pubblico le categorie economiche dell'imprenditoria privata, la concorrenzialità, l'economicità, che dovrebbero determinare il miglioramento delle prestazioni della pubblica amministrazione.

Si afferma l'idea che debba modificarsi il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, da intendersi non più, sempre e soltanto, in termini autoritativi, ma in senso paritario.<sup>341</sup>

L'ingresso in ambito pubblico di principi imprenditoriali, infatti, determina il riconoscimento di un diverso ruolo al cittadino, non più solo amministrato, non più solo utente, ma ora cliente della pubblica amministrazione,<sup>342</sup> nell'ambito del nuovo rapporto non più concepito esclusivamente in termini di potere-soggezione, ma anche e soprattutto di reciproci diritti e doveri.<sup>343</sup>

I primi processi di riforma della pubblica amministrazione in senso manageriale si osservano nei paesi di common law, ove sono favoriti dall'assenza di rigide norme formali, già a partire dagli anni settanta. In tale periodo va infatti affermandosi la New Public Economy, una corrente di tipo pragmatico che lega il rilancio del sistema economico all'incremento del livello di efficienza e di produttività del settore pubblico, obiettivo da ottenersi mediante il reclutamento nella pubblica amministrazione di managers privati, capaci di trasferire la cultura, i metodi e le tecniche sperimentati con successo nelle aziende.<sup>344</sup>

---

<sup>339</sup> V. Cerulli Irelli, *Costituzione e Amministrazione Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, cit., 343-346, Seminario IISA -Istituto Italiano di Scienze Amministrative (San Marino 22 giugno 2000).

<sup>340</sup> *Il management pubblico*, a cura di L. Laperuta, cit. 6.

<sup>341</sup> M. D'Auria, *Resoconto del Convegno su "Dieci anni di riforme amministrative"* Roma 27 maggio 2004, *Riv.trim. di dir.pubb.* 1/2005.

<sup>342</sup> S. Cassese, *L'Età delle riforme amministrative*, cit.

<sup>343</sup> Cfr. B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 340 341 *La trasformazione del cittadino in cliente o consumatore però può anche percepirsi come segno di affievolimento del sistema dei diritti e dei doveri verso lo Stato, e come ostacolo ad un sistema trasparente di relazioni tra Stato e cittadini.*

<sup>344</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 195, 196.

*I principali strumenti della New public management sono: il downsizing, ovvero la suddivisione dei ministeri in strutture unitarie più ridotte, dotate di autonomia e responsabilità;*

Nei paesi di civil law, invece, le riforme amministrative sono più lente poiché la presenza di un complesso sistema normativo richiede che siano precedute da adeguate riforme istituzionali e della struttura amministrativa.<sup>345</sup>

Attraverso l'opera riformatrice, il "baricentro" della disciplina dell'organizzazione e del funzionamento della pubblica amministrazione si sposta verso i risultati, perseguiti e valutati mediante l'uso di criteri manageriali. Il ritrovato interesse verso gli esiti dell'azione pubblica implica, inoltre, che essa non si può più svolgere in forma impersonale ed irresponsabile, ma deve essere imputabile a soggetti determinati, a persone fisiche che se ne assumono le relative responsabilità. Attraverso l'istituzione della figura del responsabile del procedimento, ad opera della legge 241/1990, infatti, tutti i comportamenti amministrativi, anche omissivi, sono riferibili a persone fisiche individuate, le cui responsabilità sono valutate alla stregua dei criteri di ragionevolezza, efficacia, tempestività.<sup>346</sup>

La figura del responsabile del procedimento attiene alla funzione di organizzazione ed è finalizzata alla concreta e moderna attuazione del principio posto dall'articolo 97 comma II Costituzione, che esprime la chiara consapevolezza del Costituente intorno alla impossibilità di separare il buon andamento dalla netta enucleazione degli ambiti di competenza dei funzionari. L'aspetto funzionale-organizzativo di tale figura risulta anche dal collegamento tra la legge 241/90 e il d.lgs 165/2001, in cui la garanzia di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa è correlata alla "attribuzione ad un unico ufficio, per ciascun procedimento, della responsabilità complessiva dello stesso"; conseguentemente rientrano nelle attribuzioni dei dirigenti il coordinamento, la direzione e il controllo delle complessive attività (e non dei singoli atti) dei responsabili dei procedimenti. L'istituzione del responsabile del procedimento, infatti, non ha il fine di configurare nuovi compiti o una nuova qualifica in capo ai funzionari preposti a tale incarico ma di introdurre un nuovo e diverso modo di organizzare e di svolgere le ordinarie

---

*l'introduzione di logiche di mercato in forma di gare competitive per i servizi pubblici, basate su criteri non formali, ma sostanziali, come il prezzo o il rapporto qualità prezzo; il ricorso a forme contrattuali di affidamento dei servizi pubblici a soggetti esterni; l'introduzione di sistemi di misurazione e valutazione delle performances, come indicatori di efficacia dei servizi, efficienza nell'impiego delle risorse, economicità della gestione; la diffusione di sistemi di reporting, che consentono di acquisire informazioni a posteriori sull'attuazione dei programmi e il raggiungimento dei risultati al fine di intervenire tempestivamente sulle parti dell'amministrazione che non funzionano in modo soddisfacente; l'introduzione di sistemi di gestione del personale caratterizzati da flessibilità, mobilità e collegamento della retribuzione con il merito e con i risultati raggiunti.*

<sup>345</sup> E. Borgonovi, *Principi e sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni*, Egea editore 2005, 197-199.

<sup>346</sup> *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, a cura di M.V. Lupò Avagliano, editore Franco Angeli 2001, 9-20.

mansioni. Dal punto di vista interno al procedimento, tale funzionario assicura il coordinamento, l'economicità, la concentrazione, la partecipazione degli interessati. Dal punto di vista esterno, egli assume la veste di interlocutore unico e qualificato nei confronti dei cittadini interessati. La legge di riforma n. 80/2005 rinforza questi elementi, stabilendo che l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, se diverso dal funzionario responsabile del procedimento, non può discostarsi dai risultati dell'istruttoria da questi condotta se non indicandone espressamente le motivazioni nel provvedimento conclusivo.

L'imputazione della responsabilità del procedimento ad un funzionario specificamente e nominativamente individuato, inoltre, non introduce una nuova forma di responsabilità a carico degli organi pubblici, né è riferibile alle tradizionali figure di responsabilità del diritto pubblico e privato ma, come già detto, individua un nuovo modo di essere dell'azione pubblica, non più anonima sul piano esterno, ed organizzata in modo economico, coordinato, concentrato e partecipato sul piano interno <sup>347</sup>

### 3. Le leggi di riforma

Oltre alla citata legge 241/1990, che costituisce un' importante riforma della regolamentazione generale dell'azione amministrativa poiché ha dettato la disciplina del procedimento amministrativo in base a principi di imparzialità, trasparenza, partecipazione, <sup>348</sup> fondamentali

---

<sup>347</sup> C. Franchini, M. Lucca, T. Tessaro, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Maggioli edit. 2005, 78-80.

<sup>348</sup> Cfr. V. Cerulli Irelli, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione - Convegno Associazione Italiana Professori di diritto amministrativo*, Roma 22 marzo 2002, in *Costituzione e Amministrazione*, cit. 385-392.

*La legge 241/1990 ha anche introdotto elementi di democraticità nell'esercizio della funzione amministrativa attraverso la previsione di varie forme di partecipazione al procedimento. Non ha avuto però l'effetto di incrementare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione pubblica, poichè le garanzie contemplate, come il diritto di accesso, gli obblighi di comunicazione a carico della pubblica amministrazione, l'obbligo di motivazione a pena di illegittimità, ecc. costituiscono altrettanti aggravamenti del procedimento.*

*V. anche L. Rinaldi, Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, Giappichelli, Torino, 2002, 21. La Corte Costituzionale, infatti, ha affermato che la partecipazione dei privati al procedimento determina la previsione di norme di condotta eccessivamente minuziose che, anziché aumentare le garanzie determinano il ristagno dell'azione amministrativa (sentenza n. 234/1985).

*Sul punto v. anche Franchini, Lucca, Tessaro, Il nuovo procedimento amministrativo, cit. 95. La nuova normativa sulla partecipazione si pone in potenziale conflitto con i principi di efficacia, efficienza, semplificazione, valorizzazione dei risultati. Si è dato allora rilievo al profilo funzionale della partecipazione procedimentale, in termini di arricchimento dell'azione amministrativa; escludendo ad esempio l'obbligo della comunicazione ex articolo 7 legge 241/90 nei casi in cui l'informativa agli interessati in ordine all'avvio del procedimento non*

tappe normative del processo di riforma della pubblica amministrazione italiana sono state: la legge 142/1990 sull'ordinamento degli enti locali; la legge 15 marzo 1997 n. 59, che opera il generale decentramento delle funzioni amministrative riservando allo Stato soltanto materie tassativamente indicate, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza; la legge costituzionale n. 3/2001, che, rovesciando il rapporto centro-periferia, attribuisce rango costituzionale alla competenza generale degli enti locali riservando allo Stato soltanto funzioni residuali.<sup>349</sup>

Particolare importanza rivestono le leggi n. 50 e n. 127 del 1997, c.d. Bassanini, che hanno introdotto un importante complesso normativo di riforma della Pubblica Amministrazione allo scopo di rimediare alle più evidenti disfunzioni e dare piena attuazione ai principi costituzionali sul suo funzionamento, sino ad allora rimasti inattuati.

I fattori cui maggiormente veniva imputata l'insoddisfazione dei cittadini e degli operatori economici intorno al funzionamento dell'apparato pubblico erano individuati nell'eccessivo centralismo statale, nella lunghezza e complessità delle procedure amministrative, nell'irrazionale organizzazione amministrativa, realtà che si legavano alla mancata o incompleta attuazione di alcune norme e principi costituzionali, come l'articolo 5 che prevede lo sviluppo delle autonomie locali e del decentramento amministrativo.

La riforma Bassanini interviene nel rendere effettivi tali principi costituzionali attraverso quattro fondamentali direttrici: il decentramento di funzioni amministrative dello Stato alle Regioni e agli enti locali; la semplificazione dell'azione amministrativa e dei rapporti tra cittadini e amministrazione; la riorganizzazione dell'amministrazione centrale dello Stato; la riforma e la contrattualizzazione del pubblico impiego.

Il secondo punto prosegue un processo riformatore della materia dei procedimenti amministrativi e di semplificazione dell'attività amministrativa avviatosi con la legge 241/1990 e proseguito con la legge 537/1993. La semplificazione dei procedimenti amministrativi implica la sostituzione della disciplina di fonte legislativa con una disciplina dettata da regolamenti e rispondente a determinati principi posti dalla legge 59/1997 come modificata dalla legge 191/1998: riduzione del numero delle fasi procedurali e delle amministrazioni che intervengono nel procedimento,

---

*presenti alcuna utilità nei confronti dell'azione amministrativa. La partecipazione, infatti, come ha precisato il Consiglio di Stato Ad. Plen. n. 20/1992, non è prevista dalla legge soltanto allo scopo di tutela degli interessi dei privati ma risponde anche all'interesse pubblico al corretto e imparziale svolgimento del procedimento. L'articolo 21 octies della legge 80/2005, pertanto, prevede che la mancata comunicazione di inizio procedimento non determina, ex se l'automatica annullabilità del provvedimento se l'amministrazione dimostra che il contenuto di esso non avrebbe comunque potuto essere diverso.*

<sup>349</sup> M. Savino, *Le riforme amministrative in Italia*, Riv.trim.di dir.pubb. 1/2005.

riduzione dei termini per la conclusione dei procedimenti, riduzione del numero dei procedimenti amministrativi e accorpamento di procedimenti, accelerazione delle procedure di spesa e contabili, soppressione di procedimenti non più rispondenti alle finalità e agli obiettivi di settore definiti dalla legislazione di settore, e dei procedimenti che comportino per l'amministrazione e i cittadini costi più elevati dei benefici conseguibili.<sup>350</sup>

Tra i principali obiettivi di riforma v'è stato il superamento del centralismo che caratterizzava l'organizzazione amministrativa.

L'amministrazione centralista presenta un minor grado di efficienza, in quanto comporta necessariamente procedure rigide, complesse e formalistiche, disciplinate da invasive e inderogabili norme di diritto pubblico. Ad essa si è sostituito, pertanto, un modello di amministrazione decentrata, che scaturisce dall'affermazione del principio di sussidiarietà introdotto dalla riforma del titolo V della Costituzione e vigente anche in ambito comunitario, in base al quale le decisioni politico-amministrative devono essere adottate dai centri di direzione più vicini ai cittadini che ne sono interessati, principio idoneo ad ispirare anche forme più accentuate di federalismo politico, oltre al mero riconoscimento delle autonomie locali.

Oggetto di riforma è stata pure la distribuzione di competenze nell'organizzazione statale, prima caratterizzata, secondo una logica partitocratica, dalla concentrazione dei compiti politici e amministrativi e delle relative responsabilità in capo ai ministri. Questo sistema si poneva in contrasto con il principio di imparzialità dell'amministrazione e con il tecnicismo che deve presiederne l'operato affinché essa possa incidere efficientemente entro un moderno e ormai globalizzato sistema statale. A tale assetto, pertanto, se ne è sostituito un altro, basato sul principio di separazione tra politica e amministrazione, che è stato attuato affidando alla competenza esclusiva dell'autorità amministrativa i compiti di amministrazione attiva, ed istituendo le Autorità amministrative indipendenti, organi con funzioni a carattere regolativo e sanzionatorio nei relativi specifici settori, dotati di indipendenza e esenti da forme di influenza.<sup>351</sup>

Con il d.lgs 29/1993, modificato dal d.lgs 80/1998, e, successivamente, dal d.lgs 165/2001, si riserva ai dirigenti delle pubbliche amministrazioni la funzione di amministrazione concreta, mentre agli organi di direzione politica si attribuiscono poteri di indirizzo e di controllo sui risultati. I dirigenti agiscono con le capacità dei managers privati.<sup>352</sup>

---

<sup>350</sup> V. Cerulli Irelli, *Principi ispiratori della riforma amministrativa: verso un'amministrazione al servizio dei cittadini*, in *Costituzione e Amministrazione*, cit. 334, 335, 336, 339, 340.

<sup>351</sup> V. Cerulli Irelli, *intervento al Seminario IISA -Istituto Italiano di Scienze Amministrative (San Marino 22 giugno 2000)*, in *Costituzione e Amministrazione*, cit. 343-346.

<sup>352</sup> *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, a cura di M.V. Lupò Avagliano, cit., 9-20.

La separazione tra politica e amministrazione ha, pertanto, trasformato il rapporto tra potere politico e amministratori da vincolo di subordinazione a potere di indirizzo e controllo.

Le scelte operative sono, infatti, di competenza dei dirigenti della pubblica amministrazione, che ne assumono le relative responsabilità, mentre gli organi di direzione politica sono competenti alla definizione degli obiettivi amministrativi e alla verifica dei risultati della gestione amministrativa e della conformità di questa alle direttive generali impartite.

L'autorità politica non ha il potere di ingerirsi nelle concrete scelte di gestione, che devono sottostare soltanto ai principi di imparzialità e di buon andamento posti dall'articolo 97 Costituzione.<sup>353</sup>

Il cambiamento nel modo di intendere la pubblica amministrazione, che si sostanzia nel riconoscimento di essa come organizzazione al servizio di cittadini-clienti e finalizzata al soddisfacimento dei loro bisogni, si lega, come abbiamo già accennato, al recepimento in ambito pubblico dei principi dell'economia di mercato. La trasformazione della cultura amministrativa in senso manageriale ha determinato, in seno alla burocrazia pubblica, il trasferimento del potere dai ruoli più elevati delle gerarchie amministrative, prima preposti a decidere dall'alto il livello dei servizi pubblici, ai funzionari addetti a forme di più diretto contatto con il pubblico e perciò maggiormente idonei a decidere sui servizi da erogare.<sup>354</sup>

Si osserva però che importare nella pubblica amministrazione la cultura manageriale richiede l'impiego di una larga parte delle energie e delle risorse a disposizione della burocrazia. I vertici amministrativi, infatti, sono soggetti a pressioni molto forti affinché gestiscano la loro organizzazione efficacemente per aumentarne la produttività e l'efficienza. Tali stimoli non sempre rispecchiano una genuina volontà di miglioramento delle performances pubbliche, ma possono nascondere l'intento di frenare la partecipazione della burocrazia ai processi decisionali, da assoggettare in toto all'esclusivo controllo degli attori politici. La managerialità ed i suoi sistemi di verifica basati sulla misurazione dei rendimenti possono, infatti, costituire un efficace strumento di controllo della politica sulla pubblica amministrazione.<sup>355</sup>

Ulteriori riforme amministrative sono state costituite dalla delegificazione e dalla semplificazione dell'azione amministrativa. Mediante la delegificazione, nella disciplina della funzione

---

B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 339, 340. Si osserva che l'introduzione di criteri e mentalità manageriali nei quadri amministrativi ha trasformato la figura del funzionario pubblico in quella del dirigente aziendale piuttosto che favorire lo sviluppo di ruoli somiglianti a quello del consulente pubblico o del policy maker.

<sup>353</sup> M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit., 9-20.

<sup>354</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 442.

<sup>355</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit. 339 340.

amministrativa si fa arretrare la fonte legislativa a favore della più snella fonte regolamentare. La semplificazione, invece, è l'introduzione di misure di snellimento che rendano più elastica, rapida e flessibile l'azione amministrativa, anche mediante la liberalizzazione di alcune attività non più soggette a preventive autorizzazioni o licenze, ed altresì mediante l'uso di strumenti privatistici in vasti settori di azione amministrativa.<sup>356</sup>

Le riforme, benché abbiano coinvolto i tre livelli, istituzionale, del sistema amministrativo, del management, non hanno prodotto i risultati positivi sperati, in quanto è carente la cultura di gestione del cambiamento in contesti pubblici.<sup>357</sup>

Il cambiamento della pubblica amministrazione, infatti, non si può operare soltanto attraverso gli interventi normativi, i quali sono destinati a rimanere lettera morta se si inseriscono in un contesto legislativo e culturale inadeguato e rigido, attento al solo rispetto del principio di legalità formale. Si è osservato che uno dei problemi della pubblica amministrazione è il fatto di essere retta esclusivamente da norme cogenti di diritto pubblico, la cui inosservanza determina inevitabilmente l'illegittimità degli atti. L'introduzione e, soprattutto, la corretta attuazione delle riforme dovrebbe imporre il ripensamento del principio di legalità dell'azione amministrativa. La legalità dell'azione pubblica, infatti, se intesa come stretta osservanza di ogni norma legislativa e regolamentare anziché (soltanto) come inderogabile rispetto delle norme fondamentali e, soprattutto, di quelle maggiormente congrue con gli obiettivi specifici da perseguire, è in grado di paralizzarne di fatto l'efficiente funzionamento. All'interno delle norme di diritto pubblico bisogna allora distinguere le norme cogenti da quelle derogabili, affinché l'azione amministrativa non sia più solo diretta al rispetto della legge ma alla produzione di risultati utili per la collettività, sottoposti a forme specifiche di controllo che si affiancano a quelle di legittimità.<sup>358</sup>

#### **4. L'Organizzazione amministrativa italiana prima delle riforme**

Prima degli anni novanta, non si erano avuti nel nostro ordinamento significativi interventi di riforma dell'Amministrazione pubblica. Questa, pertanto, a parte l'aumento del numero dei ministeri e degli enti pubblici, e l'ampliamento delle loro dimensioni strutturali, era rimasta sostanzialmente quella disegnata dalla legge Cavour del 1853. E' di tutta evidenza quanto tale assetto strutturale potesse essere inadeguato alla società attuale.

---

<sup>356</sup> V. Cerulli Irelli, *Seminario IISA -Istituto Italiano di Scienze Amministrative (San Marino 22 giugno 2000)*, in *Costituzione e Amministrazione*, cit. 343-346.

<sup>357</sup> E. Borgonovi, *Principi e sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni*, cit., 197 1999.

<sup>358</sup> V. Cerulli Irelli, *Intervento Convegno Cogest, L'innovazione amministrativa fra regole e risultati (SSPA, 12 marzo 1999)*, in *Costituzione e Amministrazione*, cit. 347-351.

La riforma Cavour era stata chiamata ad adeguare l'organizzazione amministrativa dello Stato Sabaudo ai principi liberali recepiti dallo Statuto Albertino. Essa, pertanto, segnava il passaggio da uno Stato patrimoniale, essenzialmente diretto ad amministrare gli interessi regi, ad uno Stato democratico-liberale, fondato sulla legittimità del potere e sulla assoluta neutralità in ambito economico e sociale.

I ministeri erano individuati quali strutture titolari della generalità delle competenze amministrative ed ai Ministri si riconosceva un duplice ruolo, quello di organi di Governo fiduciariamente legati al Parlamento nonché di Capi delle strutture amministrative e titolari delle relative competenze di amministrazione attiva.<sup>359</sup> Il ministro era posto al vertice dell'amministrazione burocratica del proprio dicastero, della cui attività era politicamente responsabile. Egli concentrava su di sé tutte le competenze esterne afferenti allo specifico ramo di amministrazione, anche nel caso in cui il ministero era dotato di una complessa articolazione interna (la legge prevedeva che i ministeri potessero essere strutturati in direzioni generali). Gli uffici interni ai ministeri (anche le direzioni generali) erano privi di competenze proprie ma operavano esclusivamente su delega ministeriale nell'ambito di uno stretto rapporto gerarchico. Questa situazione permane sino al D.P.R. 3/1957 (T.U. impiegati civili dello Stato), che attribuisce ai direttori generali dei ministeri una competenza propria ad emanare atti vincolati dell'amministrazione centrale.<sup>360</sup>

All'inizio del XX secolo, in conseguenza dello sviluppo industriale e dell'emersione di questioni sociali, lo Stato acquista connotazioni maggiormente interventiste. Esso, infatti, non si limita più a garantire soltanto la salvaguardia dei diritti fondamentali, ma si incarica di assicurare il godimento di livelli minimi di benessere sociale attraverso l'intervento in settori prima assolutamente riservati all'ambito dell'iniziativa privata. Questo nuovo ruolo dello Stato determina nell'età giolittiana lo sviluppo della pubblica amministrazione. L'interventismo statale prosegue nell'età fascista. Negli anni trenta si assiste, in particolare, alla "esplosione" dell'istituzione di enti pubblici, molti dei quali creati per conferire veste pubblica ad interessi di tipo particolaristico e corporativo.

Con la Costituzione repubblicana si afferma lo Stato del welfare. All'assunzione di una vastissima gamma di nuovi compiti e funzioni non si accompagnano però adeguate modifiche delle strutture amministrative, ma si opera soltanto l'incremento delle loro dimensioni e della loro complessità organizzativa, nonché l'aumento degli organici. La struttura organizzativa prevalente rimane quella gerarchica, un sistema piramidale di divisione di compiti tra unità organizzative di

---

<sup>359</sup> R. D'Amico, *Manuale di scienza dell'amministrazione*, Ed. Lavoro, Roma 1992, 46-56.

<sup>360</sup> P. Colombo, *L'intervento del ministro sugli atti di gestione*, Maggioli 2004, 44-47.

diverso livello sottoposte ad un'autorità verticistica.<sup>361</sup> La legge delega per il riordinamento dell'amministrazione dello Stato 249/1968, inattuata, prevedeva l'attribuzione ai direttori generali del potere di emanare atti discrezionali di limitato rilievo. La legge 775/1970 riconosce ai direttori generali il potere di emanare provvedimenti discrezionali di carattere non generale, e ai direttori di divisione la competenza ad emanare provvedimenti discrezionali di minore importanza. Il d.lgs 748/1972 sulla dirigenza statale, proseguendo sulla stessa linea, attribuì specifiche competenze amministrative ai funzionari inquadrati nelle qualifiche dirigenziali<sup>362</sup>

## 5. Il nuovo principio di legalità.

Il principio di legalità costituisce il punto di incontro tra il potere amministrativo e la garanzia dei diritti individuali propria dello Stato di diritto. Esso è riconosciuto tra i principi cardine dell'attività amministrativa e segna il passaggio dall' "amministrazione privilegiata", tipica dello Stato ottocentesco, all' "amministrazione di garanzia" della Costituzione del dopoguerra.

Il principio di legalità si lega tradizionalmente ad un modello di pubblica amministrazione caratterizzato dal carattere autoritativo delle funzioni esercitate.<sup>363</sup> La legittimazione delle decisioni giuridicamente vincolanti, infatti, secondo il pensiero liberale, è strettamente legata al fatto che i procedimenti si svolgano secondo norme giuridiche.<sup>364</sup>

E' impossibile rinunciare a ragionare in termini "di legalità" e, dunque, ad applicare tale principio nell'ordinamento positivo. Le trasformazioni che si sono avute nel nostro sistema amministrativo, tuttavia, richiedono di dare una nuova sistemazione al criterio regolativo del rapporto tra legge ed esercizio dei pubblici poteri. Il primato della legge,<sup>365</sup> nello stato democratico e pluriclasse, è espressione della sovranità popolare, cui anche l'esercizio di poteri amministrativi d'imperio deve sottostare. Nel nostro ordinamento questo principio è riconosciuto espressamente per la prima volta nei confronti dell'amministrazione pubblica dalla legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo, nel momento in cui si riconosce al giudice ordinario il potere di disapplicare gli

---

<sup>361</sup> R. D'Amico, *Manuale di scienza dell'amministrazione*, cit., 46-56.

<sup>362</sup> P. Colombo, *L'intervento del ministro sugli atti di gestione*, cit., 44-47.

<sup>363</sup> B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, *Dir.amm.* 1/2008.

<sup>364</sup> N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, cit., prefaz.

<sup>365</sup> Cfr. L. Cimellaro, *Il principio di legalità in trasformazione*, *Diritto e società*, 6/2007.

*Il principio del "Rule of law", segna nell'ordinamento inglese il passaggio dall'assolutismo monarchico al potere del Parlamento.*

*Cfr. M. Dogliani, Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima, Dir. pubb. 1/2008.*

*Successivamente tale canone rappresenterà l'affermazione del diritto all'ultima parola del Parlamento nei confronti del Governo.*

atti della pubblica amministrazione ritenuti illegittimi <sup>366</sup>(art. 5). Nel diritto amministrativo ad un certo punto questo principio perde in parte la propria centralità sia per ragioni legate all'inadeguatezza dello strumento legislativo, non più in grado di disciplinare in modo generale e astratto la complessità dei vari settori di intervento pubblico - di fatto paralizzato dalla c.d. giungla legislativa - che in considerazione dell'assunzione da parte della pubblica amministrazione di vari compiti di intervento sociale ed economico, fattori cui si lega l'arretramento della legge nel sistema delle fonti e l'abbandono del modello di attività autoritativa a favore di modelli maggiormente partecipativi. La legalità assume il carattere di "mero parametro del lecito". L'interventismo induce l'adozione di strumenti di diritto privato nella disciplina di un'attività amministrativa che appare sempre più spesso frutto di contrattazione con i soggetti interessati. L'amministrare non si configura più come esecuzione della legge, finalizzata al solo contemperamento - operato unilateralmente dall'autorità pubblica nell'esercizio di poteri di imperio - tra la realizzazione dell'interesse statale e la garanzia dei diritti individuali, ma come gestione degli interessi collettivi e prestazione di servizi a favore della comunità. Funzioni soggette al rispetto di svariati principi, e nei confronti delle quali, pertanto, la legalità non costituisce che uno dei vari parametri. <sup>367</sup> Il processo di riforma della pubblica amministrazione, ormai in atto da diversi anni, ha determinato il superamento di istituti e concezioni tradizionali, modificando sotto vari aspetti il volto della pubblica amministrazione mediante la razionalizzazione e la riorganizzazione degli apparati pubblici, la riforma del lavoro pubblico, della contabilità e del bilancio pubblici, il ridimensionamento della presenza pubblica nelle attività economiche - sottoposte comunque a forme privatistiche e alle regole di concorrenza - il decentramento e la conseguente riforma delle strutture organizzative centrali e periferiche e del sistema dei rapporti tra centro e periferia. Tutti i profili di riforma si collegano al nuovo modo di intendere la pubblica amministrazione in un paese di democrazia avanzata, e cioè come struttura di servizio degli interessi della collettività, per il soddisfacimento dei quali deve operare in base a criteri di efficienza, efficacia, economicità, per produrre migliori risultati a minori costi. L'azione pubblica deve essere valutata in base a tali criteri. Si tratta di concezioni rivoluzionarie rispetto alla tradizionale visione dell'amministrazione come attività da porre in essere soltanto al fine di dare attuazione ed esecuzione alla legge, i cui effetti sono valutati soltanto sotto il profilo della legalità degli atti da cui dipendono.

Abbiamo già accennato come una accezione formalistica del principio di legalità non sia in linea con i principi di imparzialità e di buon andamento, nonché con i canoni di efficienza, efficacia ed

---

<sup>366</sup> L. Cimellaro, *Il principio di legalità in trasformazione*, cit.

<sup>367</sup> B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit.

economicità da essi derivanti.<sup>368</sup> Il principio di legalità costituisce un fondamento dello Stato di diritto e come tale deve intendersi richiamato dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea. Esso è fondamento e titolo dell'esercizio dei pubblici poteri, che devono sottostare alla legge, la quale rappresenta, pertanto, uno strumento di limitazione e di controllo giurisdizionale dell'attività autoritativa.<sup>369</sup>

La legalità, pur costituendo, pertanto, un indiscutibile valore di riferimento dei comportamenti amministrativi, oggi si coniuga con i principi di efficienza ed efficacia, anche essi aventi fondamento costituzionale nel principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97, nel quale sono sussumibili altresì i principi di economicità e sana gestione finanziaria. La pubblica amministrazione, per attuare questi obiettivi, per produrre responsabilmente ed attraverso un'azione flessibile utili risultati per la comunità, non può più essere soggetta ai vincoli del legalismo formale ma ad un principio di legalità inteso in senso moderno, non più soltanto come rispetto del "giusto procedimento" ma come "legalità di risultato". Questo nuovo modo di intendere il principio di legalità coincide con una visione sostanzialistica di buona amministrazione, tesa al soddisfacimento dei bisogni concreti dei cittadini, e non semplicemente ricondotta al perseguimento di parametri di matrice economica.<sup>370</sup> E' stato osservato, infatti, come gli obiettivi finalistici legati all'interventismo siano stati perseguiti, anziché mediante reali "forme di governo democratico dell'economia", soltanto mediante l'imposizione di modelli competitivi.<sup>371</sup>

La legalità di risultato, infatti, disgiunta dalla buona amministrazione, produce esiti fuorvianti poiché un'azione giudicata astrattamente conforme agli obiettivi di fatto può risultare difforme all'interesse pubblico concreto.<sup>372</sup> La trasformazione del principio di legalità si lega alla trasformazione della funzione amministrativa; da una originaria concezione (Zanobini) che la definiva come attività posta in essere dallo Stato attraverso il provvedimento - costituente il modo tipico di esercizio della funzione – al fine di curare in modo immediato gli interessi pubblici rientranti tra i suoi fini o da esso assunti come tali, si è giunti ad una nozione che ricomprende ogni attività riferibile, anche indirettamente, allo Stato in quanto diretta alla "realizzazione dell'ordinamento", a prescindere dal regime giuridico che la regola e dalle forme organizzative in

---

<sup>368</sup> F. Salvia, *La Buona Amministrazione e i suoi limiti*, Diritto e società, 2004, 551.

<sup>369</sup> S. Spuntarelli, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, *Dir.amm.* 1/2008.

<sup>370</sup> F. Salvia, *La Buona Amministrazione e i suoi limiti*, Diritto e società, 2004, 551.

<sup>371</sup> B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit.

<sup>372</sup> Cfr. F. Salvia, *La Buona Amministrazione e i suoi limiti*, cit. In campo sanitario, ad esempio, l'obiettivo del contenimento della spesa può risultare pregiudizievole rispetto al perseguimento dell'interesse sottostante, cioè la cura della salute dei cittadini.

cui si svolge. Ad assumere rilievo è, pertanto, “l’effettività dell’esercizio della funzione”, che determina l’affiancarsi alle forme autoritative di nuovi modelli convenzionali e di prestazioni di servizi.

Assume preminenza, rispetto al principio di legalità, l’esigenza di tutelare beni e valori nuovi, alla luce dei quali individuare i concreti interessi da proteggere. Al superamento della limitata visione in base alla quale la pubblica amministrazione è una mera esecutrice della legge corrisponde un ampliamento della discrezionalità dell’azione amministrativa, che ha ora il potere di individuare in concreto l’interesse pubblico primario. Da questa caratteristica discende che il potere pubblico non trova legittimazione soltanto nella legge ma nella sua idoneità a perseguire e realizzare il suo fine, non quello astrattamente previsto dalla norma giuridica ma quello concretamente individuato come effettivamente rispondente all’interesse della comunità. L’azione amministrativa, nelle sue rinnovate forme e modalità di esercizio, si pone, pertanto, quale attività creativa di scelta della regola da applicare al caso concreto.<sup>373</sup> (si può azzardare, in base a questa impostazione, un limitato parallelismo tra la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità giudiziaria, solo che la prima è diretta alla cura di interessi concreti, la seconda alla soluzione di una controversia)

La Corte di giustizia europea, infatti, ha riconosciuto il principio in base al quale la norma che affida un compito all’autorità amministrativa deve interpretarsi nel senso che a tale autorità debbano riconoscersi anche poteri non espressamente attribuiti, ma che siano diretti e coerenti con il raggiungimento dell’obiettivo. Il principio di legalità è così rimodulato in relazione alla funzionalizzazione dell’azione amministrativa. Sappiamo già come l’attuazione del principio di buon andamento ed i connessi principi di efficacia ed efficienza abbiano costituito i temi cardine delle riforme amministrative, che si basano sul rilievo dei risultati dell’azione non in relazione al singolo atto o provvedimento ma all’esito complessivo dell’attività, confermando l’affermazione della “cultura del risultato”.

L’amministrazione pubblica “al servizio della persona” importa un maggior rilievo del principio di buon andamento rispetto a quello di imparzialità. La legge 80/2005 di riforma della 241/90 sul procedimento amministrativo, infatti, assume come criterio regolativo del procedimento il principio di semplificazione piuttosto che quello di partecipazione, indicando chiaramente il superamento della impostazione che legava l’organizzazione e l’azione amministrativa al rispetto della legalità e delle garanzie, a favore un sistema incentrato sull’attenzione verso il più efficiente perseguimento dei fini pubblici. I due principi del buon andamento e dell’imparzialità sono in realtà complementari; attraverso il procedimento amministrativo si dimostra che “la vera efficienza si raggiunge mediante l’imparzialità e la vera imparzialità implica efficienza”. Il

---

<sup>373</sup> L. Cimellaro, *Il principio di legalità in trasformazione*, di L. Cimellaro, cit.

procedimento, infatti, ha la funzione di individuare e organizzare gli interessi che assumono rilievo nell'ambito dell'esercizio dell'azione amministrativa al fine di selezionare l'interesse pubblico primario ed assicurarne il perseguimento, temperandolo nei limiti del possibile con gli altri interessi.<sup>374</sup> Ciò che distingue il procedimento amministrativo da altri procedimenti è proprio il fatto che la sequenza degli atti di cui è composto è ordinata a raccordare una pluralità di interessi.<sup>375</sup>

Il raggiungimento di risultati utili, sia in termini di prestazioni di servizi che del compimento di atti giuridici, sia dal punto di vista dei tempi che della qualità dei "prodotti", consente di definire l'efficienza, al cui rispetto sono preposti gli istituti di controllo di gestione.

Un'altro principio dell'azione amministrativa, collegato ai precedenti, è costituito, come già accennato, da quello di sana gestione finanziaria, rinvenibile in diverse disposizioni costituzionali (artt. 81, 97, 100, 119). Questo elemento oggi ha assunto rilievo centrale in considerazione dei vincoli alla spesa pubblica imposti dal sistema comunitario. Sono preposti a verificarne il rispetto i tradizionali istituti di controllo finanziario e contabile facenti capo alla Corte di Conti, cui sono soggetti anche gli enti territoriali, seppur riconosciuti autonomi.

Il superamento del vecchio principio di legalità dovrebbe importare il tramonto dell'idea che l'azione amministrativa debba essere necessariamente disciplinata solo da norme di diritto pubblico. Le fonti normative di diritto amministrativo, infatti, sono molto corpose, e regolano puntualmente i procedimenti. Si tratta di norme prevalentemente legislative a natura cogente, la cui violazione comporta immancabilmente illegittimità degli atti amministrativi sui quali incide, anche quando si tratti di inosservanze formali che non influiscono sulla cura degli interessi amministrati.

Tali rigidità potrebbero superarsi qualora nei rapporti di diritto pubblico si ammettesse, ove possibile, l'uso della normativa di diritto comune. (per esempio ai rapporti che si originano da atti di concessione potrebbe applicarsi indifferentemente la comune disciplina del contratto di locazione). Il ricorso alla regolamentazione imperativa dovrebbe limitarsi ai casi in cui il diritto comune non risulti idoneo al raggiungimento di determinati effetti o risultati concreti. Presupposto dell'utilizzo degli ordinari istituti civilistici in ambito amministrativo, così come di ogni riforma tesa alla semplificazione e allo snellimento dell'azione amministrativa, deve essere sempre il rispetto dei principi che regolano l'azione pubblica, soggetta in alcune fasi, come quella

---

<sup>374</sup> Franchini, Lucca, Tessaro, *Il nuovo procedimento amministrativo*, cit. 97.

<sup>375</sup> *Istituzioni di diritto amministrativo*, Di M.S. Giannini, seconda edizione a cura di Mirabelli-Centurione, op. cit., *La procedimentalizzazione dell'attività amministrativa discrezionale è indispensabile proprio in considerazione del fatto che a dover essere procedimentalizzata è la comparazione dell'interesse primario con gli interessi secondari coinvolti.*

di scelta del contraente, all'evidenza pubblica e a specifici controlli. Il legislatore è intervenuto sul punto, assoggettando l'azione amministrativa negoziale in materia di servizi pubblici alla giurisdizione amministrativa. (art. 7 legge 205/2000).

Si tratta pur sempre, infatti, di attività non soggette al diritto comune, e che, in quanto ordinate al perseguimento di obiettivi stabiliti con legge, finalizzate alla regolazione di interessi pubblici, sottoposte a forme particolari di controllo, devono sottostare ai vincoli imposti dal rispetto dei principi sull'esercizio dei pubblici poteri.<sup>376</sup>

L'applicabilità del modello negoziale alla funzione amministrativa fu espressa nella Relazione della prima Commissione permanente della Camera dei deputati sul disegno di legge 3890 approvato dal Senato il 10 aprile 2003.<sup>377</sup>

## 6. L'imparzialità

L'articolo 97 Costituzione attraverso il principio di legalità impone una "specificata modalità giuridica" all'amministrare, modalità che si identifica nell'adozione di quelle misure maggiormente idonee ad assicurare l'imparzialità delle scelte amministrative. L'amministrare in base al principio di legalità, pertanto, implica l'applicazione del criterio di imparzialità.<sup>378</sup>

L'imparzialità, come il buon andamento, investe sia il momento organizzativo che quello dell'attività amministrativa vera e propria, mentre il secondo è rivolto ai risultati la prima ha ad oggetto lo svolgimento dell'attività amministrativa.<sup>379</sup>

Essa costituisce una proiezione del principio di uguaglianza,<sup>380</sup> così come il principio di ragionevolezza, e si lega strettamente al principio democratico e pluralista in quanto importa la sostituzione di un'amministrazione accentrata e gerarchica con un'organizzazione decentrata, le cui competenze sono distribuite tra vari centri di responsabilità.<sup>381</sup> Il rispetto del principio di imparzialità della funzione amministrativa fa sì che questa non possa svolgersi in modo arbitrario ma debba obbedire alle sue finalità predeterminate e porsi in essere attraverso procedimenti

---

<sup>376</sup> *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione - Convegno Associazione Italiana Professori di diritto amministrativo, Roma 22 marzo 2002, in Costituzione e Amministrazione, cit. 385-392.*

<sup>377</sup> Franchini, Lucca, Tessaro, *Il nuovo procedimento amministrativo, cit. 99.*

<sup>378</sup> S. Spuntarelli, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare, cit.*

<sup>379</sup> V. Cerulli Irelli, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione, Intervento Convegno Associazione Italiana Professori di diritto amministrativo, Roma 22 marzo 2002, in Costituzione e Amministrazione, cit. 385-39.*

<sup>380</sup> E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo, Cedam, 2006, 96.*

<sup>381</sup> G. Conti, *Organizzazione gerarchica e Stato democratico, Cedam, Padova, 1989, 160, 162. L'attuazione del buon andamento è collegata con il rispetto di canoni come imparzialità e decentramento, che reggono l'attività della pubblica amministrazione.*

razionali e trasparenti, nell'ambito dei quali sono valutati tutti gli interessi meritevoli di tutela coinvolti nell'azione pubblica.<sup>382</sup>

Il principio di imparzialità è oggetto di differenti valutazioni in relazione ai diversi ambiti di azione amministrativa, in particolare bisogna distinguere le attività provvedimentali con effetti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari, nelle quali rientrano tutte le funzioni volte ad attribuire vantaggi agli interessati, come le procedure concorsuali, e le attività tese, invece, all'emanazione di provvedimenti restrittivi della sfera giuridica dei destinatari. Nel primo caso la giurisprudenza amministrativa adotta quale criterio di imparzialità essenzialmente il rispetto della parità di trattamento tra tutti i partecipanti al procedimento, affinché possa operarsi una corretta valutazione e comparazione delle posizioni di coloro che aspirano ad ottenere uno specifico vantaggio. Attraverso questo criterio la scelta dell'amministrazione si dirige sul candidato più idoneo alla realizzazione dell'interesse pubblico cui è finalizzata l'attribuzione del beneficio. Nei settori degli appalti pubblici, il principio di imparzialità, sotto la spinta dell'ordinamento comunitario, acquista un ulteriore significato, molto prossimo a quello del principio di concorrenza.

Nella seconda ipotesi, invece, il canone di imparzialità si qualifica come limite al potere discrezionale, e implica l'adozione di criteri di massima che presiedano allo svolgimento dell'azione amministrativa, la quale deve svolgersi secondo forme predeterminate e proceduralizzate. Queste misure hanno la finalità di garantire la corretta formazione della volontà del soggetto pubblico. Attraverso la comparazione e il contemperamento tra interessi pubblici e interessi privati e l'utilizzo del canone di proporzionalità - in base al quale, la realizzazione dell'interesse pubblico non deve avvenire a costo di un sacrificio sproporzionato dell'interesse privato - si garantisce, anche in questo caso, il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico (e, a parere di chi scrive, si espone l'azione amministrativa ai minori rilievi possibili)

Il principio di imparzialità costituisce, pertanto, per i soggetti pubblici e per i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, uno "strumento di razionalizzazione delle scelte costituzionalmente imposto". Esso è parte del principio di legalità ma opera nell'esercizio

---

<sup>382</sup> V. Cerulli Irelli, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, Convegno Associazione Italiana Professori di diritto amministrativo, Roma 22 marzo 2002, in *Costituzione e Amministrazione*, cit. 385-392.

*L'imparzialità, infatti, non impone sempre e comunque il sacrificio dell'interesse privato a fronte dell'interesse pubblico, poiché quest'ultimo a volte è prevalente solo sotto il profilo formale.*

dell'attività amministrativa non direttamente disciplinata dalla legge, regolando l'esercizio di attività discrezionale.<sup>383</sup>

## **7. Efficienza, efficacia, economicità dell'azione pubblica.**

A partire dagli anni novanta si è avviato un imponente processo di riforma della pubblica amministrazione con lo scopo di accrescerne la funzionalità, razionalizzarne l'organizzazione, incrementarne la competitività

Gli interventi di politica economica e sociale tesi ad aumentare la capacità produttiva del sistema economico ed il livello di soddisfacimento dei bisogni della collettività adottati dai vari sistemi governativi includono misure che, pur non potendosi tecnicamente definire di politica economica e sociale, giocano un ruolo determinante nel processo di crescita, tra esse quelle che investono il comportamento degli apparati amministrativi pubblici, la cui azione è frenata dalla vischiosità delle procedure e dalla inefficienza dell'organizzazione.

La realizzazione dei prescritti obiettivi richiede, invece, che le amministrazioni, nei loro rapporti con il sistema produttivo, adottino procedure snelle e rapide, regole chiare e trasparenti, infrastrutture e servizi efficienti, e, nei rapporti con il cittadino - non più amministrato ma cliente dei servizi pubblici - siano in grado di offrire servizi efficienti e qualificati.

Il miglioramento e l'adeguamento dei servizi della pubblica amministrazione assume così la qualità di importante strumento di politica economica..

Tra le finalità del processo riformatore, come detto, v'è quella di aumentare l'efficienza della pubblica amministrazione. L'efficienza non si identifica con la produttività, che è una capacità che dipende dalla efficienza. Differisce anche dal rendimento, che si riferisce ai singoli momenti del processo produttivo. Si distingue dall'economicità, che è la capacità di produrre il massimo risultato al minor costo. L'efficienza racchiude tutti questi elementi. Essa si definisce come il rapporto tra tutti i fattori e le risorse produttive impiegate ed i risultati ottenuti.

L'evoluzione delle forme di intervento pubblico ha imposto l'introduzione della verifica dei risultati dell'attività amministrativa, incidendo sul tradizionale sistema di controllo sugli atti della pubblica amministrazione. I controlli investono sia il razionale ed economico impiego delle risorse che il livello di soddisfazione dei cittadini destinatari dei servizi, e sono finalizzati, oltre

---

<sup>383</sup> S. Spuntarelli, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, cit.

che a indicare il livello di efficienza raggiunto, a produrre informazioni utili a determinare l'adozione di idonee modifiche gestionali.<sup>384</sup>

In base alla concezione di Vilfredo Pareto una realtà efficiente è quella in cui non è possibile migliorare contemporaneamente la situazione di tutti i consociati, in altri termini quando non è possibile migliorare la situazione di qualcuno senza far peggiorare quella di altri. Si tratta di una nozione non iniqua dell'efficienza.<sup>385</sup> La razionalità pubblica guida le decisioni collettive verso l'efficace raggiungimento di obiettivi di bene pubblico. Essa nasce nel periodo illuminista in uno con l'esigenza che le decisioni di interesse pubblico non siano soggette ad arbitrio ma siano collegate ad obiettivi trasparenti e controllabili dalla collettività.<sup>386</sup> Il criterio paretiano giudica efficiente, pertanto, quell'allocazione di risorse che permette il massimo soddisfacimento dei bisogni. Sono, invece, inefficienti le situazioni in cui non tutte le risorse sono sfruttate al meglio, ed è possibile che qualcuno possa migliorare la propria posizione senza detrimento per altri. In tal caso, infatti, le risorse disponibili del sistema sono sottoutilizzate (esempio classico: se un mezzo di trasporto viaggia con alcuni posti vuoti, la salita di altri passeggeri determina vantaggi senza corrispondenti pregiudizi, poiché non richiede l'impiego di nuove risorse ma il miglior uso delle risorse già disponibili) L'inefficienza si verifica, pertanto, quando si può accrescere il vantaggio senza costi aggiuntivi, situazione che è indice di un uso non ottimale delle risorse.

Si tratta di un criterio esente da implicazioni etiche, in quanto scarta come inefficiente soltanto ciò che è fonte di spreco, senza entrare nel merito della divisione dei vantaggi.

L'efficienza paretiana è configurabile solo in un mercato in concorrenza perfetta, in cui il livello dei prezzi è fissato a seguito dell'incontro tra venditori e acquirenti, nessuno dei quali può singolarmente influire in modo determinante su di esso. Ciascun operatore economico persegue i propri fini personali, ma il prezzo, come "una mano invisibile" regola il mercato e l'allocazione delle risorse.<sup>387</sup>

Un altro modo di individuare le soluzioni efficienti, specie in ambito pubblico, si basa sul criterio di compensazione, originatosi dalle teorie di Hicks e Kaldor. Esso si fonda sull'analisi costi-benefici, espressi in termini monetari, e considera efficienti le soluzioni che massimizzano i vantaggi al netto dei costi. Le scelte, pertanto, sono efficienti se la somma dei benefici supera la somma dei costi.

---

<sup>384</sup> M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit., 9-20.

<sup>385</sup> L.A. Franzoni, *Introduzione all'economia del diritto*, cit., 14.

<sup>386</sup> L.A. Franzoni, *Introduzione all'economia del diritto*, cit. 19.

<sup>387</sup> L.A. Franzoni, *Introduzione all'economia del diritto*, cit. 25.

A differenza del criterio paretiano, neutrale rispetto agli obiettivi distributivi, questo criterio è influenzato dal c.d. effetto di reddito, che, legandosi alla situazione economica di partenza degli operatori, incide sulla compensazione poichè favorisce coloro che, disponendo di maggiori somme di denaro, possono acquisire maggiori utilità. Questo criterio di efficienza, pertanto, in un sistema di diseguale distribuzione del reddito, accentua l'iniquità della distribuzione di risorse, con conseguenze pericolose quando dal mercato si passa al campo delle decisioni pubbliche.

Si osserva che, poichè attraverso la modulazione dell'imposizione fiscale si incide sulla distribuzione dei redditi, in fin dei conti è l'autorità pubblica a decidere i redditi elevati e, di conseguenza, la distribuzione delle risorse del sistema.<sup>388</sup>

L'equità negli scambi coincide con il tradizionale equilibrio sinallagmatico, che si ha quando il valore di mercato dei beni ceduti è uguale a quello dei beni ricevuti..

L'equità investe le misure adottate per sanare il conflitto tra interessi divergenti, risolto dalla scienza economica attraverso una funzione di benessere sociale, che attribuisce i vantaggi maggiori a coloro che sono in grado di trarne maggiore utilità. Quando l'utilità marginale del reddito è decrescente il criterio utilitarista offre soluzioni egualitarie poichè, attribuendo i vantaggi a coloro che ne necessitano maggiormente, fa aumentare il benessere sociale. La funzione di benessere sociale utilitarista è quella che assegna pesi diversi alle utilità individuali, attribuendo maggiore importanza agli individui con utilità più bassa.<sup>389</sup>

Ulteriori criteri di valutazione dell'efficienza delle scelte pubbliche sono il consequenzialismo e il welfarismo. Il primo prevede che esse siano giudicate soltanto in base alle loro conseguenze anziché alle procedure seguite per arrivarvi. Il secondo attribuisce maggior peso ai loro effetti sul benessere degli individui, in termini di soddisfacimento dei loro bisogni. I beni sono strumenti per ottenere delle utilità piuttosto che per la realizzazione di libertà. L'efficienza in termini consequenzialisti e welfaristi, a differenza della neutrale efficienza paretiana, si pone in contrasto con l'equità.<sup>390</sup>

Secondo l'impostazione di Marshall, qualunque cambiamento, normativo o economico, introduce benefici a favore di qualcuno e svantaggi a carico di altri. Se il valore dei miglioramenti supera l'ammontare di quanto sarebbero disposti a pagare coloro che subiscono i pregiudizi può affermarsi che si è prodotto un miglioramento economico, in quanto, in sede di comparazione costi-benefici, il valore dei vantaggi supera quello dei danni. In tali termini si misura l'efficienza delle scelte, che ricorre allorchè il beneficio è attribuito a colui che gli conferisce maggior valore massimizzandone l'utilità. La principale critica a questo modo di intendere l'efficienza consegue

---

<sup>388</sup> L.A. Franzoni, *Introduzione all'economia del diritto*, cit. 30, 31.

<sup>389</sup> L.A. Franzoni, *Introduzione all'economia del diritto*, cit. 32, 33.

<sup>390</sup> L.A. Franzoni, *Introduzione all'economia del diritto*, cit. 39.

alla espressione della misura dei benefici e dei danni in termini monetari, senza tener conto che il valore della stessa quantità di moneta differisce in base alle condizioni economiche dei soggetti considerati. Questa nozione di efficienza non attiene alle problematiche sulla distribuzione dei redditi. Altra obiezione si lega al fatto che l'efficienza delle scelte è valutata soltanto in base a criteri consequenziali, cioè in relazione agli effetti senza considerazione alcuna per altri principi, come quello di giustizia. Ulteriore critica consegue alla valutazione di tali effetti in base alle convinzioni personali dei soggetti interessati, di tal che essi assumono un valore relativo.<sup>391</sup>

L'efficacia è il grado di raggiungimento degli obiettivi, cioè il rapporto tra risultati e obiettivi.

L'efficienza è il rapporto tra le unità di risorse impiegate e le unità di prodotto ottenuto.

Essa rappresenta il livello di produttività o di rendimento delle risorse, o, in altri termini, l'ammontare di risorse per una determinata quantità di risultato (efficienza in senso stretto). Tale rapporto può essere espresso in quantità fisiche o in valori monetari. Il concetto di efficienza assume particolare importanza in riferimento all'impiego del capitale monetario.

In relazione a ciò, va chiarito che l'efficienza non coincide con la riduzione dei costi ma implica una razionale relazione tra due quantità, quella della produzione ottenuta e quella del capitale impiegato. Indiscriminati tagli alla spesa pubblica, pertanto, non costituiscono valide soluzioni al problema dell'inefficienza, che può essere accertato e valutato soltanto in base al rapporto tra risorse e quantità e qualità di output prodotti. La decisione di ridurre le risorse disponibili deve, pertanto, accompagnarsi alla revisione della quantità e qualità degli output attesi.<sup>392</sup>

L'economicità attiene, invece, alla sola dimensione economica, essa investe i vari aspetti della gestione e rappresenta la dimensione economica dell'efficacia e dell'efficienza. E' valutabile in termini di confronto tra grandezze, in particolare tra risultati e obiettivi, tra costi e ricavi in una prospettiva di lungo periodo, tra input ed output. Il primo punto ha ad oggetto la misurazione dei risultati. Il secondo aspetto investe l'equilibrio economico – reddituale, o autosufficienza economica, condizione indispensabile alla sopravvivenza di una organizzazione. Esso richiede che i costi di gestione siano ripianati mediante ricavi, senza necessità di ricorrere al prelievo fiscale e/o all'indebitamento a carico delle generazioni future. Il terzo aspetto dell'economicità implica il razionale impiego e la massimizzazione delle risorse scarse, e si identifica con la produttività o rendimento dei fattori.

L'equilibrio tra costi e ricavi è condizione necessaria ma non sufficiente di economicità, in quanto gli scambi di mercato generano entrate e uscite temporalmente sfalsate, in cui i flussi monetari in

---

<sup>391</sup> D.D. Friedman, *L'ordine del diritto, perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino 2004, 45-58.

<sup>392</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, Giuffrè 2004, 49, 50, 78-81.

uscita precedono quelli in entrata. Altra condizione di economicità è, pertanto, l'equilibrio patrimoniale, vale a dire la preventiva copertura del fabbisogno finanziario, generalmente garantita mediante l'attribuzione di specifiche risorse finanziarie precostituite. Ulteriore requisito di economicità è l'equilibrio nella gestione monetaria, cioè la corrispondenza tra le continue entrate ed uscite di moneta, alle quali si lega la liquidità disponibile. Tutte queste condizioni di economicità sono strettamente legate e interdipendenti le une dalle altre, in quanto operano in relazione a ciascun aspetto della gestione.<sup>393</sup>

Le misure tese all'aumento dell'efficacia dell'azione pubblica investono il livello della domanda, i tempi di attesa per l'accesso ai servizi, il grado di soddisfazione degli utenti.

Le misure di efficienza hanno, invece, ad oggetto il rendimento e i costi dei servizi.

L'economicità investe il risultato economico di lungo periodo, valutato non in considerazione del solo dato economico di sintesi (avanzo, disavanzo, pareggio) ma in relazione ad un determinato sistema di valori, come la qualità e la quantità di bisogni soddisfatti in rapporto al sacrificio sostenuto dalla collettività.<sup>394</sup> Essa è definibile come "efficienza economica", ed il suo contenuto si differenzia in relazione ai diversi soggetti economici. Per l'impresa coincide con la massimizzazione del valore di scambio nel lungo periodo, per la pubblica amministrazione con la massimizzazione dell'utilità sociale della sua azione e con il consenso sociale ottenuto mediante essa, per gli enti no profit con la massimizzazione dei servizi erogati, per le famiglie con la massimizzazione dei bisogni soddisfatti.

Secondo la teoria economico aziendale, per ogni organismo, pubblico o privato, l'efficienza rappresenta la migliore possibile combinazione economica delle risorse in una certa condizione. Riguardo alla pubblica amministrazione si distingue: l'economicità della gestione, cioè la capacità di soddisfare i bisogni pubblici nel lungo periodo imponendo alla collettività un sacrificio economico accettabile; l'efficacia dell'azione, vale a dire la coerenza tra qualità e quantità dei bisogni soddisfatti, che costituisce il risultato finale dell'azione; l'efficienza nell'impiego delle risorse, che rappresenta il rapporto tra quantità e qualità delle risorse impiegate e quantità e qualità delle prestazioni e servizi prodotti.<sup>395</sup>

---

<sup>393</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 78-86.

<sup>394</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 91,92.

<sup>395</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 88-92.

## 8. Cause ostative all'efficienza

Oggi non è più possibile che le norme possano regolare compiutamente ogni aspetto della complessità dell'attività amministrativa, obiettivo al quale in passato era legato il principio di legalità, che mirava a prevenire gli abusi da parte dell'azione amministrativa piuttosto che a garantirne la bontà dei risultati. La legalità, nell'accezione tradizionale di legalismo, rappresenta la prima causa di inefficienza e di inidoneità della macchina amministrativa a realizzare i moderni e complessi compiti pubblici, che richiedono la revisione sia delle strutture organizzative della burocrazia che delle sue "premesse di valore".<sup>396</sup> Si è denunciato, infatti, che alla base delle croniche inefficienze e dell'immobilismo della pubblica amministrazione vi è il fatto che essa agisce non al fine di soddisfare i bisogni dei cittadini ma allo scopo di applicare la legge, così come la giurisdizione. Si tratta, si ripete, di un compito non più in linea con le funzioni dello stato moderno, che non si limitano alla protezione dei cittadini ma si estendono alla fornitura - con metodi propri della gestione di attività economiche - di sempre maggiori, e qualitativamente elevati, beni e servizi alla collettività.

I funzionari richiedono però istruzioni precise alle quali riferire la loro azione, mentre il legislatore non è più in grado di emanare tutte le norme che sono indispensabili alla pubblica amministrazione per funzionare; è questa un'altra ragione di inefficienza della pubblica amministrazione. Inoltre, l'attività amministrativa, a differenza di quella giudiziaria, non è soddisfatta con l'emanazione di un provvedimento ma necessita il compimento concreto di una conseguente attività pratica, che non sempre la pubblica amministrazione è in grado di svolgere direttamente. Spesso, pertanto, essa per lo svolgimento dei suoi compiti si avvale di soggetti separati costituiti ad hoc, come gli enti pubblici, che una volta costituivano il parastato, oppure le aziende autonome, oppure di enti privati attraverso le c.d. esternalizzazioni. L'incapacità della pubblica amministrazione di attendere direttamente ad una parte dei suoi compiti si lega al suo originario ruolo di esecutrice di norme anziché di produttrice di beni e servizi.

Il rendimento della pubblica amministrazione coincide immediatamente con il massimo grado di soddisfazione dei cittadini per i servizi erogati, e mediamente con il consenso politico ottenuto attraverso una efficiente macchina pubblica.<sup>397</sup>

Un aspetto critico dell'efficienza attiene al rapporto della pubblica amministrazione con i suoi agenti; si tratta generalmente di un rapporto di lunga durata, che investe l'intera vita lavorativa del dipendente, e che è caratterizzato, oltre che dalla stabile incardinazione nella struttura

---

<sup>396</sup> G. Freddi, *Scienza dell'amministrazione e politiche pubbliche*, NIS, 1989, 25.

<sup>397</sup> G. Freddi, *Scienza dell'amministrazione e politiche pubbliche*, cit., 26 e ss.

organizzativa, dalla certezza che l'organizzazione continuerà ad esistere e dalla irrilevanza degli obiettivi raggiunti ai fini degli incentivi sia economici che professionali.

La stabilità dell'organizzazione non fornisce nemmeno a questa validi motivi per attribuire incentivi, per investire sui dipendenti valorizzandone la professionalità e motivarli al miglioramento delle prestazioni. Il vincolo di clan tra l'amministrazione e i suoi dipendenti si basa su sentimenti solidaristi, pertanto le condotte negligenti ricevono sanzioni soltanto in rari casi.<sup>398</sup>

Il buon funzionamento dell'organizzazione amministrativa si lega strettamente alle<sup>399</sup> caratteristiche delle risorse umane di cui essa dispone. Rivestono, pertanto, molta importanza i processi di reclutamento del personale. Essi sono riconducibili a due modelli, quello del merit-system, fondato sulla capacità e idoneità professionale dei candidati, e quello dello spoil-system, basato sulla selezione fiduciaria, maggiormente idonea a garantire l'attuazione delle politiche di intervento pubblico.

## **9. La pubblica amministrazione come organizzazione**

Come in ogni organizzazione, nella pubblica amministrazione l'efficienza è altresì ostacolata dall'iperconformismo, vale a dire dalla cieca osservanza di norme, procedure e metodi teoricamente strumentali all'aumento di efficienza; la stretta adesione a regole inizialmente concepite come mezzi infatti, diviene talora un fine. La trasposizione dei fini è un fenomeno diffuso nella società moderna, in cui attività che un tempo rappresentavano dei mezzi per

---

<sup>398</sup> Cfr. R.W. Scott, *Le Organizzazioni*, Il Mulino, 1985, 38, 298-300.

<sup>399</sup> Cfr. B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 463.

*Il primo sistema garantisce l'assoluta neutralità del dipendente pubblico, la cui azione è guidata esclusivamente da criteri di legalità e razionalità. La selezione, pertanto, è attuata con criteri oggettivi che consentono l'accertamento delle capacità, come il concorso pubblico. Il secondo sistema si basa, invece, sulla considerazione che l'attività diretta a dare attuazione alle scelte politiche non può avere natura del tutto neutrale ma deve essere posta in essere da soggetti legati fiduciariamente agli organi di direzione politica e, pertanto, in grado di garantire la coerenza dell'azione pubblica agli obiettivi stabiliti. Diversamente, potrebbe esservi il rischio che le politiche di intervento pubblico siano boicottate da un contropotere che non condivide la linea politica vigente. Lo spoil-system però si avvicina molto ad un modello clientelare, in cui i politici utilizzano le nomine amministrative in cambio di consensi. L'inconveniente presentato dal merit-system è costituito dalla possibilità che mediante esso siano scelti soggetti in possesso di validi titoli formali ma non di sostanziale professionalità. Anche tale sistema, inoltre, può essere clientelare, poiché il processo di selezione è sempre influenzabile dagli organi di direzione politica, ad esempio attraverso la composizione delle commissioni di concorso.*

*Si tratta in entrambi i casi di applicare con correttezza le regole che governano i processi di selezione.*

soddisfare i bisogni primari dell'uomo divengono autonome finalità. Gli scopi di ciascuna organizzazione costituiscono per questa il suo fine principale, ma per il resto della società rappresentano dei mezzi o delle funzioni specializzate. I problemi sorgono quando ai fini originari se ne sostituiscono di nuovi, che non presentano più relazione alcuna con i primi, in tal caso le strutture organizzative non sono in grado di adeguarsi rapidamente ed instaurare nuove connessioni mezzi-fini, si ripiega, pertanto, sull'iperconformismo. L'introduzione di sistemi organizzativi caratterizzati da elevati livelli di autonomia, indipendenza e responsabilità delle varie unità e dei singoli funzionari, l'attenuazione del principio gerarchico, la previsione di processi decisionali allargati e di forme di comunicazione e confronto con la base dell'organizzazione sono individuati come strumenti idonei ad aumentare la capacità della pubblica amministrazione di adeguare la propria risposta alle nuove e più evolute finalità sociali.

400

La sostituzione dei fini si realizza ogni qualvolta un'organizzazione modifica i suoi obiettivi sostituendo ai suoi fini originari, per i quali dovrebbero legittimamente impiegarsi le risorse a disposizione e verso i quali dovrebbe dirigersi l'azione, altri e diversi fini. La forma più elementare di sostituzione è rappresentata dalla trasposizione o distorsione dei fini, che si verifica allorché viene ribaltato l'ordine logico tra mezzi e fini. Tale fenomeno investe in primo luogo lo stesso rapporto tra l'organizzazione ed i suoi fini; l'organizzazione, infatti, non è che un mezzo per il raggiungimento di determinati fini, tuttavia nel corso dei processi di acquisizione delle risorse umane e finanziarie può determinarsi la formazione di centri di interesse autonomi rispetto alle finalità dell'organizzazione, rispetto ai quali sia l'organizzazione che i suoi fini sono in realtà utilizzati allo scopo di conseguire vantaggi.<sup>401</sup>

La sostituzione dei fini può avvenire sia ai vertici dell'organizzazione che alla base. Quest'ultima ipotesi si verifica, nelle grandi organizzazioni burocratiche, sotto forma di rigida osservanza delle regole procedurali, che sono applicate puntigliosamente in modo fine a se stesso, come in precedenza osservato. In tal caso il soggetto agente anziché assumersi responsabilità di scelta in ordine al perseguimento dei fini dell'ente agendo in coerenza con gli scopi primari, orienta la sua condotta al solo rispetto delle forme, trasformandolo in obiettivo organizzativo.<sup>402</sup>

Da tali osservazioni trae vita la considerazione in base alla quale una delle cause di inefficienza della pubblica amministrazione risiede nel fatto che la primaria esigenza dell'organizzazione pubblica è legata alla sua stessa sopravvivenza, finalità cui è principalmente ordinata la sua struttura e la sua attività.

---

<sup>400</sup> R.W. Scott, *Le Organizzazioni*, cit., 382, 383.

<sup>401</sup> E. Gross A. Etzioni, *Organizzazioni e società*, Il Mulino, 1987, 38,39.

<sup>402</sup> E. Gross A. Etzioni, *Organizzazioni e società*, cit.1987, 41, 42.

La sopravvivenza dell'organizzazione e delle strutture atte a garantirla si trasforma dal mezzo per realizzare determinati obiettivi di benessere esterno in fine autonomo, mentre acquisisce importanza residuale il soddisfacimento delle richieste di beni e servizi da parte dei cittadini; l'efficienza dell'organizzazione anziché valutarsi in termini di realizzazione degli scopi dichiarati finisce con l'identificarsi con la sua capacità di sopravvivenza, obiettivo effettivo che assorbe la maggior parte delle risorse a disposizione.

Si tratta di una teoria posta alla base della concezione weberiana di burocrazia. L'amministrazione burocratica costituisce per Weber un sistema affidabile ed efficiente in quanto affidato a soggetti dotati di specifiche capacità di governo della cosa pubblica. Il buon funzionamento dell'amministrazione e, dunque, dell'intera società, dipende dalle competenze dei burocrati.

Il possesso di tali capacità specialistiche determina l'acquisizione da parte loro di un autonomo potere,<sup>403</sup> fenomeno che si osserva anche nelle società per azioni, nelle quali i managers detengono il reale potere decisionale mentre la proprietà (azionisti) deve sottostarvi; la burocrazia è un tipico esempio di trasposizione dei rapporti di potere. Nei sistemi autoritari lo spostamento è dall'alto verso il basso, nei sistemi democratici dal basso verso l'alto, dal popolo al corpo amministrativo.

In ogni organizzazione si stabilisce un'oligarchia governativa, anche negli enti che nascono allo scopo di difendere gli interessi della loro base, come sindacati e partiti politici. La scarsa attenzione delle organizzazioni pubbliche nei confronti dei reali interessi del pubblico destinatario di beni e servizi, annovera tra le sue cause, pertanto, la maggiore sensibilità dei burocrati ai propri interessi e a quelli dei soggetti capaci di sostenerli. L'efficienza di un'organizzazione, infatti, per quanto i suoi obiettivi siano formulati in termini di interesse generale, è sempre valutata in relazione agli interessi di un gruppo.

Le organizzazioni che mirano ad ottenere benefici per i propri iscritti, ad esempio, si adoperano per assicurarsi sempre maggiori risorse che sono sottrarre al resto della società. Si osserva, pertanto, che le organizzazioni che perseguono interessi particolaristici, ancorché condivisi da ampie fasce della società, operano a discapito della società nel suo complesso, e costituiscono la principale causa di stagnazione economica.

Ogni organizzazione, inoltre, istituisce un proprio autonomo sistema di interessi che la rende insensibile anche agli interessi dei suoi membri singolarmente considerati.

---

<sup>403</sup> *Per una completa analisi della burocrazia, anche secondo il pensiero di Weber, v. M. Albrow, "La burocrazia", Il Mulino 1973, in particolare pp. 45-61.*

Costoro, infatti, perdono il controllo delle loro risorse, conferite all'organizzazione che le utilizza per il raggiungimento dei suoi fini, mentre gli interessi individuali divengono irrilevanti e non sono realizzabili, se non mediatamente, attraverso l'organizzazione.

La molteplicità di interessi contrapposti e la scarsità di risorse disponibili determina conflitti all'esito dei quali sopravvivono solo le organizzazioni più vecchie, in quanto al loro interno coesistono vari livelli di interessi e, pertanto, la loro sopravvivenza, trasformatasi da mezzo in fine, è conforme all'interesse di più gruppi.<sup>404</sup>

---

<sup>404</sup> R.W. Scott, *Le Organizzazioni*, cit., 336 e ss., 376 e ss.

## **Cap. 2. LA SEPARAZIONE TRA POLITICA E AMMINISTRAZIONE**

### **1. Il principio di separazione**

Il tema della separazione o distinzione tra politica e amministrazione e del rapporto tra gli organi appartenenti alle due sfere si impone con il tramonto dello stato autoritario e il conseguente sviluppo di una articolata organizzazione amministrativa preposta alla cura degli interessi della collettività, ai membri della quale si riconosce la titolarità di corrispondenti diritti a determinate prestazioni pubbliche. Al soddisfacimento di tali bisogni riconosciuti meritevoli di cura pubblica è preposto un corpo di funzionari, i quali, al fine di garantire il corretto assolvimento dei loro compiti e, pertanto, la puntuale tutela degli interessi pubblici, devono essere tenuti esenti da qualsivoglia forma di influenza.

Il principio di separazione tra politica e amministrazione si affaccia già nel IXX secolo ed è presente nel pensiero di Weber. Nell'Ordinamento italiano, tuttavia, esso è recepito soltanto in tempi molto recenti. Come abbiamo già accennato, l'organizzazione amministrativa del Regno d'Italia, disegnata in gran parte dalla legge Cavour, unificava nella figura ministeriale il ruolo di responsabilità politica e la funzione di capo dell'amministrazione burocratica nella quale si strutturava ciascun dicastero. Gli uffici ministeriali erano organizzati in un sistema rigidamente gerarchico di sottoposizione al ministro, sistema che non fu oggetto di modifica alcuna nemmeno a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Dopo più di un secolo, il T.U. impiegati civili dello Stato del 1957 introdusse una prima riforma di portata assai blanda e marginale.

L'organizzazione amministrativa comincia ad essere interessata da interventi normativi di sostanziale riforma a partire dal D.P.R. 748/1972, che istituisce la dirigenza statale, attribuendo ai funzionari inquadrati nelle relative qualifiche autonomi compiti che includono l'esercizio di poteri discrezionali, mentre riserva al ministro generali e residuali competenze di amministrazione attiva, ampi poteri di intervento, nonché la funzione di indirizzo, da esercitarsi attraverso l'emanazione di direttive generali e l'adozione di programmi che vincolano i poteri di amministrazione concreta attribuita ai dirigenti. Il rispetto degli atti ministeriali di indirizzo e programmazione si lega alla previsione di una specifica forma di responsabilità a carico dei dirigenti.

Questa normativa rappresentava un primo serio tentativo di introdurre nel nostro ordinamento positivo il principio di separazione tra politica e amministrazione. Il primo passo di un lungo

cammino. Il D.P.R. citato, infatti, manteneva in capo al ministro importanti occasioni di ingerenza nell'amministrazione sotto forma di residui poteri gestionali nonché di facoltà di intervento e sostituzione nei confronti dei dirigenti, poteri che si esprimevano concretamente negli istituti dell'annullamento d'ufficio, della revoca, della riforma o modifica di atti dirigenziali, dell'avocazione o preventiva riserva a sé di singoli affari, in relazione a fattispecie predeterminate.

Inoltre, l'introduzione di tale principio non fu accompagnato dalla revisione delle tradizionali strutture organizzative di tipo scalare proprie del sistema gerarchico, la cui modifica doveva rendersi invece indispensabile in conseguenza del nuovo sistema di competenze.

L'effettiva operatività del principio posto alla base della riforma fu altresì paralizzata da ragioni di ordine pratico. Era carente, infatti, nella mentalità della classe burocratica la propensione ad assumersi responsabilità dirette derivanti dall'adozione di atti discrezionali di immediato rilievo esterno. Elemento questo, determinato anche dal fatto che la normativa consentiva l'accesso alle qualifiche dirigenziali anche a funzionari non dotati di adeguata cultura e formazione, anziché favorire l'ingresso di nuovo personale con maggiore preparazione. Specularmente, anche gli organi politici non favorirono l'efficacia delle nuove norme, omettendo il più delle volte di adottare i necessari atti di indirizzo in base ai quali doveva modellarsi la concreta attività di gestione, che veniva così di fatto ad essere paralizzata.<sup>405</sup>

Il principio di separazione tra politica e amministrazione, pertanto, fino alle riforme degli anni novanta fu quasi del tutto disapplicato. Gli organi del potere politico esercitavano intensi poteri di gestione amministrativa, così come i vertici burocratici interferivano in varie modalità nelle attività di indirizzo politico.<sup>406</sup> Carattere allarmante, in particolare, aveva assunto nel nostro Paese la degenerazione del sistema politico, fenomeno che faceva sì che i partiti al potere si "impadronissero" di fatto degli apparati amministrativi, nominando ai loro vertici personale fiduciario, ripartendosi le sfere di influenza (c.d. lottizzazione), gestendo la spesa pubblica a proprio piacimento. L'adozione da parte dell'ordinamento di strumenti idonei a contrastare tali fenomeni avvenne dopo che essi erano sfociati in gravi episodi di corruzione messi a nudo da indagini giudiziarie (ad es. tangentopoli).<sup>407</sup>

Un contributo all'affermazione di un nuovo rapporto di distinzione tra i ruoli politici e quelli amministrativi fu dato anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 453 del 1990, in cui venne ritenuta contrastante con il principio di imparzialità la predominante presenza nelle commissioni di concorso di rappresentanti politici e sindacali anziché di soggetti esperti delle

---

<sup>405</sup> P. Colombo, *L'intervento del ministro sugli atti di gestione*, Maggioli, 2004, 72-77.

<sup>406</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit. 239 240 241.

<sup>407</sup> M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, seconda edizione a cura di Mirabelli-Centurione, cit., 83.

materie oggetto delle prove di esame, al fine di garantire il carattere esclusivamente tecnico del giudizio.

Negli stessi anni il legislatore fece propri tali principi introducendo un nuovo modo di amministrare basato sulla distinzione tra l'elemento politico e l'elemento tecnico; mediante l'attribuzione ai dirigenti di autonomi poteri di gestione viene consacrata la fine del modello gerarchico e la nascita del rapporto di direzione.<sup>408</sup>

Il rapporto di direzione presenta, rispetto a quello gerarchico, una minore intensità dell'influenza dell'organo sovraordinato nei confronti dell'attività di quello subordinato; al potere del primo di impartire ordini si sostituisce la capacità di emanare indirizzi e direttive, cui l'organo destinatario può uniformarsi con un certo margine di discrezionalità valutativa, potendo anche motivatamente disattendere tali atti. La differenza si riflette anche sui controlli, che nel rapporto gerarchico investono il puntuale adempimento mentre nel rapporto di direzione hanno ad oggetto il risultato complessivo. Caratteristica della direzione, inoltre, è l'assenza di poteri di revoca, riforma, avocazione e di decisione dei ricorsi gerarchici, attribuzioni proprie all'organo gerarchicamente sovraordinato.<sup>409</sup>

Le riforme hanno attribuito agli apparati amministrativi "attitudini decisionali", in quanto le potestà di decisione sono state trasferite dagli amministratori, cioè dai titolari degli uffici di comando delle organizzazioni pubbliche, agli uffici di vertice degli apparati, secondo un fenomeno che viene definito "autonomizzazione delle burocrazie".<sup>410</sup>

Il principio di separazione tra politica e amministrazione costituisce uno strumento per l'attuazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione posti dall'articolo 97 della Costituzione, e perseguiti, sempre secondo il disposto della norma costituzionale, mediante la sottoposizione dell'organizzazione degli uffici pubblici a disposizioni di legge e la predeterminazione nell'ordinamento degli uffici delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità proprie dei funzionari. Il principio di responsabilità di funzionari pubblici è previsto anche dall'articolo 28.

Attraverso la predeterminazione normativa delle competenze di funzionari pubblici assunti per concorso si esclude che la pubblica amministrazione venga controllata da soggetti che assommano funzioni politiche e competenze amministrative.<sup>411</sup>

---

<sup>408</sup> L. Rinaldi, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, cit., 25, 26, 36, 37.

<sup>409</sup> C. D'Orta, *Politica e amministrazione, la dirigenza pubblica*, Cedam Padova 1994, 27, 28.

<sup>410</sup> M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, seconda edizione a cura di Mirabelli-Centurione, cit. 84.

<sup>411</sup> *Sulla crisi dell'accentramento gerarchico*, v. G. Marongiu, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Cedam Padova 1988, 37, 47, 116, 117. Attraverso il meccanismo

Il principio di responsabilità dei funzionari può operare solo allorché sia a costoro imputabile una sfera predeterminata di attribuzioni ad essi riservate, il che costituisce condicio sine qua non di buon esercizio della funzione amministrativa.<sup>412</sup>

## 2. La teoria del Nigro sull'organizzazione

La corrispondenza tra il buon andamento e la “giuridicizzazione” della separazione delle competenze e dell'organizzazione amministrativa è ripensata nelle teorie del Nigro, esposte in “Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione”. Questo autore, identificando il buon andamento con l'efficienza, vale a dire con l'idoneità dei mezzi prescelti in relazione ad un determinato scopo, afferma che questa è tanto più facilmente raggiungibile quanto il mezzo sia maggiormente adattabile alle esigenze da soddisfare. L'imparzialità richiede che l'attività amministrativa sia strutturata stabilmente mentre il buon andamento richiede che sia elastica, sia nel contenuto (in tal caso la conformità agli obiettivi è garantita attraverso il corretto esercizio della discrezionalità), che nell'organizzazione.<sup>413</sup> Nigro, infatti, anziché assoggettare la pubblica amministrazione alla rigida predeterminazione di competenze e di schemi organizzativi, riconosce ad essa la titolarità di una propria “funzione di organizzazione”.

Si trattava di una teoria mirante a sottrarre al Governo il potere di organizzare la pubblica amministrazione, e che, ponendo un collegamento tra attività e organizzazione amministrativa, anticipava le basi teoriche delle riforme amministrative degli anni novanta, incentrate sul principio di separazione tra politica e amministrazione inteso quale principale strumento per l'attuazione dell'imparzialità.

Il principio di imparzialità e quello di buon andamento finiscono con il saldarsi nella teoria del Nigro allorché l'autore chiarisce il significato della riserva di legge contenuta nell'articolo 97. Nel momento in cui si riconosce alla pubblica amministrazione il potere di organizzarsi in conformità dei propri compiti alla riserva ex articolo 97 non può che attribuirsi la natura di una “riserva di

---

*della competenza, l'ordinamento scompone i vari momenti dell'azione amministrativa, distribuendo i relativi poteri non solo al fine di effettuare una più razionale divisione del lavoro ma, piuttosto, di realizzare i principi fondamentali della pubblica amministrazione: legalità, imparzialità, funzionalità. Il principio di competenza e la sua esclusività e inderogabilità superano l'unità fittizia della personalità statale, ponendo al centro l'organo quale titolare dell'attività e corrispondente centro di responsabilità.*

<sup>412</sup> Cfr. Lucifredi, *La nuova Costituzione italiana*, soc. editr. libreria Milano 1951, 246, 247.

*Ove, invece, le responsabilità siano “diffuse” tra più organi o tra più livelli di organi, esse divengono “evanescenti”.*

<sup>413</sup> *Sul rapporto tra buon andamento e imparzialità v. anche M. S. Giannini, Istituzioni di diritto amministrativo, seconda edizione a cura di Mirabelli-Centurione, cit., 262, 263.*

indirizzo” in ordine alla funzione organizzativa. L’ articolo 97 così, combinandosi con l’articolo 95 Costituzione, chiarisce che sono riservate alla legge le norme relative agli elementi fondamentali dell’organizzazione, materia sulla quale insiste una riserva di legge assoluta (art. 95), mentre sussiste una riserva di legge relativa in materia di organizzazione dei pubblici uffici (art. 97, i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge), sulla quale può concorrere, pertanto, il potere governativo regolamentare. L’ambito di influenza del Governo nella organizzazione dei pubblici uffici è così limitato.

In particolare, la riserva assoluta si ritiene attinente agli aspetti organizzativi direttamente connessi con la funzione di ciascun ministero relativa alla delimitazione degli interessi affidati alla sua cura, mentre non vi rientrano gli atti di organizzazione con i quali si attribuiscono specifiche competenze e responsabilità in ordine ad obiettivi predeterminati.<sup>414</sup> L’attività di indirizzo organizzativo è, dunque, ripartita tra Legislatore e Governo, mentre la funzione organizzativa appartiene agli organi amministrativi e dipende dalle competenze di amministrazione attiva, alle quali è strumentale.<sup>415</sup> Si tratta della prima formulazione del principio di flessibilità, che, ripreso nel Rapporto Giannini (Rapporto sui principali problemi dell’amministrazione pubblica, presentato il 26 novembre 1979 dal Ministro della Funzione Pubblica, Massimo Severo Giannini) troverà espresso riconoscimento nel d.lgs 165/2001.<sup>416</sup>

L’articolo 2 del d. lgs. 165/2001 prevede, infatti, che le Amministrazioni, mediante atti organizzativi adottati secondo i rispettivi ordinamenti (c.d. atti di macro-organizzazione) e in base ai principi generali fissati dalla legge, definiscano le linee fondamentali di organizzazione degli uffici ed individuino gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento degli stessi. Alle amministrazioni è altresì riconosciuta la competenza di adottare ogni determinazione organizzativa (c.d. atti di micro-organizzazione) finalizzata ad attuare i principi di efficienza, efficacia, economicità, flessibilità, imparzialità, trasparenza, cui deve attenersi tutta l’organizzazione nel suo complesso, in modo da risultare funzionale ai compiti attribuiti e agli obiettivi programmati.

---

<sup>414</sup> M. Cresti, *Efficienza e garanzie nell’evoluzione dell’organizzazione statale, Interventi nuova serie 16/2005, 42 e ss.*

<sup>415</sup> M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione, Milano, 1966, 84 e ss.*

<sup>416</sup> M. Cresti, *Efficienza e garanzie nell’evoluzione dell’organizzazione statale, cit., 47, 50.*

### **3. La separazione nelle leggi di riforma. Il ruolo dei dirigenti, gli incarichi, lo spoil-system**

In ossequio alla Costituzione, la legge delega 421/1992 vincolava il Governo al rispetto del principio “della separazione tra i compiti di direzione politica e quelli di direzione amministrativa”, principio ribadito anche dalla legge 59/1997. Il d. lgs 29/1993, attuando la delega, introdusse una marcata separazione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, di competenza degli organi di governo, i quali fissano gli obiettivi e i programmi da attuare e verificano la rispondenza dei risultati della gestione agli indirizzi impartiti, ed il potere di gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, attribuito ai dirigenti mediante il riconoscimento di autonomi poteri di spesa e di organizzazione delle risorse. La distinzione tra politica e amministrazione viene rafforzata con il d. lgs 80/1998, in cui viene soppresso il potere del Ministro di revocare, riformare o avocare o comunque adottare atti di competenza dei dirigenti, se non nei casi di inerzia o grave inosservanza delle direttive generali e, comunque, sempre attraverso la nomina di un commissario ad acta. Si afferma così un modello di organizzazione amministrativa che attribuisce al management pubblico autonomi poteri gestionali, e agli organi di direzione politica (competenti alla nomina e revoca dei dirigenti fiduciarmente legati al Governo) solo funzioni di indirizzo.

Il d.lgs 29/1993 è sostituito dal d.lgs 165/2001 - Norme sul rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, che attribuisce in generale ai dirigenti pubblici “l’adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l’amministrazione verso l’esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa”. Ai dirigenti sono conferiti “autonomi poteri di spesa , di organizzazione delle risorse umane, strumentali, di controllo”, attribuzioni che possono essere derogate solo nei casi espressamente previsti dalla legge. Ogni norma che attribuisca ad organi di governo la competenza di adottare atti di gestione e provvedimenti amministrativi deve interpretarsi nel senso che tali funzioni sono riconosciute ai dirigenti.

Non va taciuto tuttavia che tale principio è reso inoperante allorché l’emanazione di direttive generali e programmi sia omessa o ritardata o qualora gli obiettivi siano individuati in modo impreciso o contraddittorio, determinando inazione da parte degli organi amministrativi, impossibilitati in tali condizioni ad esercitare i poteri loro demandati dalle norme. Una particolare ipotesi ricorre allorché uno specifico obiettivo di azione pubblica si ponga in contrasto con l’interesse pubblico generale.

Si osserva inoltre che l'introduzione nel diritto positivo di un sistema di amministrazione basato sulla separazione tra politica e amministrazione accompagnato dalla attribuzione di un complesso di competenze in capo ai dirigenti pubblici non è sufficiente senza la previsione della garanzia di adeguati e concreti spazi di autonomia decisionale. A tal fine l'articolo 3 del d.lgs 29/1993 ha previsto che le attribuzioni dei dirigenti possono essere derogate soltanto ad opera di specifiche disposizioni di legge.<sup>417</sup>

Nel nostro Ordinamento le funzioni di amministrazione attiva sono assegnate ai dirigenti delle strutture di secondo livello in cui si articola l'organizzazione ministeriale, cioè gli uffici dirigenziali generali. Costoro sono posti in posizione di imparzialità e indipendenza rispetto agli organi di direzione politica. I dirigenti dei dipartimenti, che costituiscono strutture di primo livello dell'organizzazione ministeriale<sup>418</sup> invece, sono legati da stretto rapporto fiduciario con il Governo; per costoro il sistema di conferimento e revoca degli incarichi è basato sullo *spoils system*. Essi, infatti, a norma della legge 145/2002, c.d. Frattini, cessano automaticamente dall'incarico, se non confermati, decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo. La loro funzione consiste nel tradurre l'indirizzo politico governativo in indirizzo dell'attività amministrativa.

In materia di *spoils system* la Corte Costituzionale è intervenuta con le sentenze 103 e 104 del 2007.

---

<sup>417</sup> L. Rinaldi, "Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato, cit., 89.

<sup>418</sup> Il d. lgs 30 luglio 1999 n. 300 "Riforma dell'Organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 legge 15 marzo 1997 n. 59" ha dettato norme per il riordino, la soppressione e la fusione di ministeri. Esso individua i dipartimenti quali strutture di primo livello dell'organizzazione ministeriale, ad eccezione del Ministero degli Affari Esteri, della Difesa, delle Comunicazioni, e del Ministero per i beni e le attività culturali, in cui le strutture di primo livello sono costituite dalle direzioni generali. La creazione dei dipartimenti risponde alla volontà di accorpare le funzioni (dipartimentalizzazione), in contrapposizione alla frammentazione e al caos di competenze che caratterizzavano il preesistente assetto organizzativo. Il dipartimento è titolare di compiti, anche strumentali, su grandi aree di materie omogenee, di funzioni di indirizzo e coordinamento delle strutture sottordinate, nonché di organizzazione e gestione delle risorse. Ad esso non sono, invece, assegnate competenze di amministrazione concreta, né poteri organizzativi nei confronti degli uffici sottostanti.

I poteri provvedimentali ed organizzativi sono riconosciuti ad altre strutture, le direzioni generali, che nei ministeri articolati in dipartimenti costituiscono uffici di secondo livello. Nei confronti di questi, il dipartimento, come abbiamo visto, non si pone quale struttura verticistica di distribuzione del potere, ma in funzione di indirizzo, controllo, coordinamento.

A norma dell'articolo 4 co. 4 d.lgs 300/1990, e dell'articolo 2 d.lgs 165/2001 l'individuazione degli uffici dirigenziali generali e degli uffici dirigenziali di base è delegificata, in conformità con la riserva di legge relativa posta dalla Costituzione in materia di organizzazione di uffici pubblici (art.97); i primi sono individuati mediante decreti governativi, i secondi mediante decreti ministeriali. Si tratta di atti di c.d. macro-organizzazione con i quali la pubblica amministrazione esercita la sua funzione organizzativa.

Con la prima sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità di norme di leggi regionali di Lazio e Sicilia (combinato disposto art. 71 co. 1, 3 e 4 lett. A legge Regione Lazio 11 nov. 2004 n.1 e art. 96 legge Regione Sicilia 26 marzo 2002 n. 2) nelle parti in cui riproducendo sostanzialmente il dettato della legge 145/2002 (applicabile solo ai dirigenti delle amministrazioni statali e non di quelle regionali), facevano dipendere la durata degli incarichi dirigenziali (nel caso di specie, gli incarichi di Direttore generale di ASL e di Aziende ospedaliere) alla durata in carica degli organi di indirizzo politico. In tali norme la Corte ha ravvisato violazione dell'articolo 97 Costituzione sotto il profilo del buon andamento e dell'imparzialità.

L'attuazione dell'imparzialità, secondo le argomentazioni esposte, nel nostro ordinamento è ricercata attraverso la garanzia che i pubblici funzionari siano indipendenti dal potere politico.

Tale indipendenza è garantita, mediante gli articoli 51, 97 co. 3 e 98 Costituzione, sottraendo le nomina alla discrezionalità del potere politico ed assoggettandole, invece, ad oggettivi criteri capaci di assicurarne la rispondenza all'interesse pubblico, criteri che sono derogati soltanto in un caso, per gli incarichi dirigenziali che importano diretta collaborazione con l'organo di indirizzo politico, i c.d. incarichi apicali,<sup>419</sup> attribuiti intuitu personae proprio al fine di assicurare la corretta attuazione delle linee generali dell'azione amministrativa definite in sede politica (secondo quanto affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza 233/2006). Il principio di efficienza però, sempre secondo gli insegnamenti della Corte, si attua (anche) attraverso la regolarità e la continuità dell'azione amministrativa, che non può essere pregiudicata dagli avvicendamenti politici. Il principio di continuità consiste nell'obbligo della pubblica amministrazione di funzionare in modo ininterrotto sia in condizioni di normalità che di straordinarietà. Da esso discendono gli istituti della prorogatio degli organi e del funzionario di fatto.<sup>420</sup> In base ad affermati orientamenti della Corte, inoltre, la natura privatistica del rapporto di

---

<sup>419</sup> Si tratta, , in base all'articolo 19 d. lgs 29/1993 e succ. mod., degli incarichi di segretario generale, di direttore di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali, e degli incarichi di livello equivalente. Essi sono attribuiti con decreto del Presidente della Repubblica su deliberazione del Consiglio dei Ministri e proposta del ministro competente. Gli incarichi dirigenziali generali, invece, sono attribuiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del ministro competente. Gli altri incarichi dirigenziali sono attribuiti dal dirigente generale ai dirigenti del proprio ufficio.

Cfr. M. Cresti, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*, cit., 215, 216, 220.

*I dirigenti titolari di incarichi apicali presentano sia caratteri manageriali tesi all'attuazione di obiettivi politici che i tradizionali poteri provvedimentali nonché di organizzazione degli uffici sottostanti, funzioni da esercitarsi con imparzialità e indipendenza. Si osserva che in realtà neppure i dirigenti non apicali sono completamente esenti da interferenze di tipo politico, in conseguenza della temporaneità e fiduciarietà del conferimento dell'incarico.*

<sup>420</sup> Cfr. E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 109, 110.

lavoro dirigenziale non altera l'ordinazione di questo al "perseguimento degli interessi generali (sentenza 275/2001), in relazione ai quali, i criteri di assegnazione degli incarichi devono "tenere conto anche delle attitudini e capacità professionali, e la loro cessazione anticipata deve essere conseguente alla valutazione dei risultati (sentenza 193/1992, ordinanza 11/2002). Argomentando dai principi appena esposti, la Corte ritiene di rifiutare l'idea del dirigente pubblico titolare di un incarico precario, soggetto a decadenza automatica senza neppure la previsione di un provvedimento motivato di revoca emesso all'esito di un giusto procedimento.

Le stesse considerazioni sono poste alla base della sentenza 103 del 23 marzo 2007, avente a oggetto le censure portate alla norma transitoria introdotta con l'articolo 3 co. 7 legge 145/2002 nella parte in cui prevede che gli incarichi dirigenziali generali hanno termine il sessantesimo giorno successivo alla sua entrata in vigore (c.d. spoil-system una tantum). Detta norma introduce una interruzione automatica anticipata del rapporto di lavoro dirigenziale a prescindere da una valutazione dell'attività svolta dal dirigente e senza la previsione di alcuna garanzia procedurale. In detta norma di legge la Corte Costituzionale ha rilevato violazione degli articoli 97 e 98 ritenendo che il regime di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali e la contrattualizzazione del rapporto di impiego siano ordinati ai principi di buon andamento (cui si lega strettamente, come detto, quello di continuità), efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, la cui attuazione non può verificarsi che attraverso la valutazione dei risultati conseguiti dal dirigente in un apprezzabile periodo di tempo. La cessazione anticipata del rapporto per cause indipendenti dalla responsabilità di questi, da accertarsi all'esito di un procedimento garantistico, determina l'impossibilità di esercitare l'azione amministrativa con efficienza ed efficacia.

Il giudice delle leggi è nuovamente e ripetutamente intervenuto in materia di spoil-system nel 2008.

Con la sentenza 351/2008 <sup>421</sup> è stata giudicata la legittimità della legge regionale del Lazio n. 8/2007 nella parte in cui prevede che i titolari degli organi di amministrazione di enti pubblici (nel caso di specie, i direttori generali delle A.S.L. Lazio) decaduti dalla carica in conseguenza di norme di legge successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime, possono essere, a

---

Il rispetto di tale principio è garantito anche mediante il riconoscimento di sovranità unicamente allo Stato e non agli altri enti territoriali, cosicché non sia ipotizzabile una rottura della continuità tra ordinamenti amministrativi. Si tratta di un principio risultante anche dal fatto che nelle regioni, finché non siano emanate le norme regionali, hanno vigenza, nelle materie di competenza concorrente, le norme di legge statale.

<sup>421</sup> [www.giurisprudenzacostituzionale.org](http://www.giurisprudenzacostituzionale.org).

V. *Commento di F. Di Caro*, [www.aransicilia.it](http://www.aransicilia.it).

discrezione dell'amministrazione reintegrati nella carica ovvero indennizzati mediante un ristoro economico.

In relazione a tale disposto, la Corte, ritenendo il contrasto con l'articolo 97, ha affermato che le garanzie che circondano il sistema degli incarichi non sono poste soltanto a tutela del soggetto interessato ma operano a presidio dell'interesse generale; il regime di automatica cessazione degli incarichi che non rispetti il principio del giusto procedimento e che non sia conseguente alla valutazione dei risultati ottenuti dal dirigente, oltre a contrastare con l'imparzialità, determina un ulteriore pregiudizio pubblico ove sia accompagnato da forme di ristoro economico a favore degli interessati. Alla lesione dell'interesse pubblico conseguente alla illegittima rimozione del dirigente, infatti, si aggiunge il costo aggiuntivo a carico della collettività, che rappresenta "una forma onerosa di spoil-system".

Ancora una volta viene così affermato il principio in base al quale il rapporto di lavoro dirigenziale deve essere dotato di garanzie di stabilità, con conseguente inammissibilità di discipline che introducano cause di risoluzione esterne ad esso, irrispettose di garanzie procedurali e disgiunte da ogni valutazione dei risultati., e più ancora di previsioni di forme indennitarie di tipo privatistico a favore del dirigente ingiustificatamente licenziato, ulteriormente pregiudizievoli nei confronti dell'interesse pubblico.

Altra pronuncia ha investito lo spoil-system dei dirigenti nominati tra soggetti esterni al ruolo unico della dirigenza statale. Con la sentenza 161/2008 la Corte si è pronunciata sulla legittimità dell'articolo 2 commi 159 e 161 del decreto legge 3 ottobre 2006 n. 262, convertito con legge 24 novembre 2006 n. 286, normativa che prevede che gli incarichi dirigenziali conferiti ad "esterni" cessano, se non confermati, decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo, nonché, in fase di prima applicazione, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto legge in oggetto.

La Corte ha ravvisato in tal caso la violazione degli articoli 97 e 98. Essa ha affermato, in particolare, che la natura esterna dell'incarico non altera il rapporto di lavoro dirigenziale in senso più accentuatamente fiduciario, posto che sul piano funzionale devono sempre essere tenute distinte le attività di indirizzo politico e quelle di gestione; anche il rapporto tra l'amministrazione e i dirigenti "esterni", pertanto, è assistito da specifiche garanzie orientate alla tendenziale continuità dell'azione amministrativa. La previsione di ipotesi di cessazione ex lege di tale rapporto, indipendentemente da un'accertata responsabilità dirigenziale, contrasta con il nuovo modello di azione pubblica diretto a garantire l'efficienza e l'efficacia attraverso la valorizzazione

dei risultati ottenuti dal dirigente nel rispetto degli indirizzi fissati dall'organo di direzione politica.<sup>422</sup>

La sentenza n. 390 del novembre 2008 ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con gli articoli 3 e 97, della legge regionale del Lazio n. 4/2006 il cui articolo 133 prevede la decadenza automatica dei componenti del collegio sindacale delle A.S.L. in dipendenza di mutamenti normativi che interessano l'assetto di tali organi, senza che sia contemplata, anche in questo caso, forma alcuna di contraddittorio, posto che la cessazione del rapporto costituisce un effetto automatico della disciplina legislativa e non una scelta volontaristica dell'amministrazione riferibile alle vicende del rapporto stesso. Le argomentazioni della Corte ribadiscono che le ipotesi di cessazione automatica dall'incarico dirigenziale contravvengono al principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo politico, di titolarità della maggioranza di governo, e l'azione amministrativa, che, pur essendo diretta ad attuare l'indirizzo politico di maggioranza, è vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico oggettivo. Tali principi non operano solo relativamente agli organi dirigenziali chiamati ad attuare programmi ed obiettivi ma, in misura ancora maggiore, per gli organi di controllo amministrativo-contabile delle A.S.L., deputati alla verifica del rispetto della legalità e della regolarità contabile, funzioni che richiedono una più integrale neutralità verso le autorità di indirizzo politico e, pertanto una maggiore stabilità dell'incarico, al quale deve ritenersi estraneo l'elemento fiduciario (fortemente presente, invece, negli incarichi dirigenziali apicali).<sup>423</sup>

Uno dei pilastri della riforma della pubblica amministrazione è costituito, come sappiamo dalla riforma della dirigenza, basata su una maggiore responsabilizzazione di questa in vista del raggiungimento di obiettivi da perseguirsi attraverso un'attività amministrativa svincolata dalle ingerenze degli organi di direzione politica. Consentire alla pubblica amministrazione il recesso unilaterale prima della scadenza, ed al di fuori delle ipotesi di valutazioni negative dell'operato del dirigente, significherebbe porre la dirigenza pubblica nella impossibilità di svolgere con "autonomia ed imparzialità la propria attività gestoria". La Corte respinge, in sostanza, l'idea che i criteri di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali siano basati sulla fiduciarità piuttosto che sui principi di imparzialità e buon andamento.

Si osserva, infatti, che il sistema di temporaneità degli incarichi <sup>424</sup> e lo spoil-system hanno "precarizzato" la dirigenza, assoggettandola al potere politico, che riprende così in mano la gestione amministrativa, senza assumerne le relative responsabilità. <sup>425</sup>

---

<sup>422</sup> [www.giurisprudenzacostituzionale.org](http://www.giurisprudenzacostituzionale.org). V. Commento di F. Di Caro, [www.aransicilia.it](http://www.aransicilia.it).

<sup>423</sup> [www.giurisprudenzacostituzionale.org](http://www.giurisprudenzacostituzionale.org). V. Commento di F. Di Caro, [www.aransicilia.it](http://www.aransicilia.it).

<sup>424</sup> *Il decreto legge 115/2005 ha modificato la legge 145/2002, che aveva eliminato la durata minima degli incarichi; la normativa ora vigente stabilisce che tutti gli incarichi dirigenziali, sia generali che non generali, sono conferiti con provvedimento e la loro durata non può essere*

Osserva a tale proposito il Picozza che, se la dipendenza della pubblica amministrazione dall'indirizzo politico è indispensabile a garantire la conformità tra questo e l'indirizzo amministrativo, ben altra cosa è la dipendenza dell'amministrazione dalla forza di governo, che l'articolo 97 previene attraverso il principio di neutralità e indipendenza del funzionario.

La sfiducia nella capacità dei politici di indirizzare l'attività amministrativa rischia di incrinare la necessaria conformità tra indirizzo politico e indirizzo amministrativo.<sup>426</sup>

La normativa sulla dirigenza sta in realtà mostrando delle contraddizioni che denunciano l'incompatibilità tra alcuni aspetti del New Public Management - che ha già rivelato segnali di crisi anche negli altri paesi, ove cominciano a registrarsi inversioni di tendenza rispetto ad un modello di amministrazione totalmente assoggettato alle regole del mercato e della concorrenza - ed i principi fondamentali del nostro Ordinamento. L'eccessiva importanza riconosciuta ai principi di efficienza e buon andamento ha fatto sfumare la differenza, che esiste nella Costituzione, tra valori primari dell'Ordinamento e principi fondamentali, ad essi strumentali.

Le riforme amministrative devono avere come principale punto di riferimento il rispetto e l'attuazione dei valori primari dell'Ordinamento.<sup>427</sup>

Il contenimento dell'ingerenza della politica nell'amministrazione potrebbe attuarsi, più che mediante la separazione, mediante un sistema di competenze, responsabilità e controlli interdipendenti entro un modello organizzativo non gerarchico ma di tipo reticolare su linee

---

*inferiore a tre anni e superiore a cinque. Il contratto individuale è accestivo al provvedimento e determina il trattamento economico.*

<sup>425</sup> M. Savino, *Le riforme amministrative in Italia*, cit.

V. anche S. Battini, B. Cimino, *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, Riv.trim.di dir.pubblico, 4/2007.

<sup>426</sup> E. Picozza, *I rapporti tra indirizzo politico e indirizzo della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di studi in ricordo di Giovanni Marongiu, Luiss, Roma 2004, in *Quaderni Giuffrè* n.10. Sul punto v. anche M. Occhiena, *Il nuovo responsabile del procedimento, la responsabilità del dirigente pubblico e il labile confine tra la politica e l'amministrazione*, Diritto e società, 2000, 557. Si afferma che nell'attuale sistema vi è il rischio che la dirigenza, al fine di realizzare ad ogni costo gli obiettivi fissati in sede di determinazione dell'indirizzo politico-amministrativo, e/o di compiacere gli organi di governo cui fa capo l'ente di appartenenza allo scopo di ottenere la conferma dell'incarico – esigenza particolarmente sentita ai dirigenti scelti a norma dell'articolo 19 co. 5 bis e co. 6 d.lgs 165/2001, cioè, tra soggetti estranei alle dotazioni organiche dell'ente – sia tentata anche di forzare le maglie della legittimità. Il meccanismo dell'incarico a tempo determinato, introdotto per garantire continuità tra indirizzo politico e azione amministrativa nell'ambito di un sistema basato su un principio di separazione tra politica e amministrazione, infatti, può avere esiti perversi in quegli apparati pubblici in cui i vertici politici non rinunciano alla loro influenza sulla burocrazia. E' più opportuno, pertanto, parlare di "distinzione", anziché di separazione. Accade, infatti, che dirigenti e funzionari, v. ad es. il responsabile del procedimento, siano chiamati a responsabilità in ordine a decisioni assunte sotto l'influenza degli organi politici.

<sup>427</sup> P. De Ioanna, M. Grana, *Riforma dell'amministrazione, diritti dei cittadini, ruolo della dirigenza*, Democrazia e diritto 1/2004.

orizzontali. Un importante aspetto della non interferenza è rappresentato, inoltre, dall'esigenza di svincolare la nomina dei dirigenti dalle scelte discrezionali dell'organo di indirizzo politico, assoggettandola a criteri basati esclusivamente sul merito e sulla qualificazione professionale.<sup>428</sup>

#### 4. Osservazioni sulla reale operatività del principio di separazione

Una effettiva separazione tra politica e amministrazione è illusoria. La separazione è finalizzata a far sì che le decisioni amministrative siano indipendenti da pressioni politiche di qualunque parte e vengano adottate da amministratori imparziali in quanto capaci di decidere soltanto in base al pubblico interesse. Questo principio non esclude però il pericolo che l'amministrazione sia soggetta a forme di pressione politica indirette,<sup>429</sup> così come il principio di indipendenza e di

---

<sup>428</sup> M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit., 86-130.

<sup>429</sup> Cfr. B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 239-277.

*Si osservano vari tipi di influenze: una categoria di relazioni interattive tra burocrati e gruppi di pressione è quella dei c.d. "rapporti legittimi", caratterizzata dal fatto che i gruppi di pressione divengono una realtà della vita politica e la loro azione svolta in seno ai processi di produzione ed attuazione delle direttive di governo è pubblicamente riconosciuta; vi rientrano il corporativismo o neocorporativismo, in cui un esiguo numero di gruppi di pressione viene legittimato attraverso la cooptazione o incorporazione nell'apparato statale, attraverso ad es. le varie forme di contatto istituzionale tra Governo ed organizzazioni sindacali e datoriali.*

*Altro esempio di rapporto legittimo è il pluralismo corporativo, in cui, in ciascuna area di policy, vi è una rete di relazioni tra amministrazione governativa e gruppi di pressione.*

*Altra forma di interazione legittima è quella di consultazione obbligatoria, che si ha quando le norme obbligano le autorità amministrative, prima di emanare provvedimenti, a consultare gruppi di interesse affinché esprimano la loro opinione e/o forniscano informazioni o suggerimenti all'amministrazione. Questo garantisce ai gruppi l'accesso ai centri di decisione.*

*Si ha cooptazione legittima di un gruppo di interesse quando questo viene utilizzato come agente esecutivo di pubbliche direttive. In tali casi i gruppi agiscono da soggetti quasi ufficiali del sistema politico per l'attuazione di programmi in settori nei quali posseggono particolare esperienza (per esempio consorzi agricoli che attuano disposizioni normative, ripartendo o assegnando appezzamenti di terra o intrattenendo rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione). Tra i gruppi legittimi di interesse, particolare importanza hanno i gruppi istituzionali, costituiti da istituzioni sociopolitiche di notevole rilievo, come la Chiesa, la burocrazia, le Forze Armate, le autonomie locali, ecc., che tendono a conseguire vantaggi per essi o per i loro associati e traggono fonte di legittimazione dal prestigio e dal peso sociale che l'istituzione ha conseguito.*

*Altro tipo di interazione tra gruppi di interesse e amministratori, oltre a quella legittima, è quella clientelare. Il rapporto clientelare si ha quando un gruppo di interesse diviene il naturale rappresentante di una determinata compagine sociale che costituisce il punto di riferimento dell'attività svolta dall'amministrazione. Si tratta in questo caso di una legittimazione riconosciuta soltanto ad un gruppo mentre gli altri gruppi non hanno alcun accesso ai processi decisionali, nei quali la pubblica amministrazione può, pertanto, disporre di una assai ristretta quantità di informazioni e suggerimenti provenienti dall'esterno. Questa*

imparzialità della magistratura, sebbene disegni il procedimento giurisdizionale come “sistema sociale governato soltanto dalla legge”,<sup>430</sup> non assicura che di fatto l’attività giudiziaria sia sempre esente da influenze.<sup>431</sup>

---

*forma di interazione fondata sull’assenza di legittimazione ufficiale riduce la permeabilità dell’amministrazione alle istanze dei gruppi di interesse.*

*Altro tipo di relazione tra amministrazione e singolo gruppo di pressione è quella “parenterale”, caratterizzata da vincoli di tipo familiare tra titolari del potere amministrativo e gruppo di pressione o partito di maggioranza. Questa relazione si rinviene in quei sistemi politici in cui vi è un singolo partito o fazione prevalente, che assicura accesso e legittimazione a determinati gruppi di pressione a prescindere dal loro grado di reale rappresentatività degli interessi di una parte della collettività, ottenendo il controllo dell’apparato burocratico (il sistema descritto era osservabile nel nostro paese al tempo dell’egemonia della Democrazia Cristiana).*

*Un tipo di relazione parenterale che si riscontra nei sistemi democratici si ha quando il governo imbriglia entro determinate forme organizzative segmenti della società tradizionalmente poco organizzati, che sono poi cooptati per essere utilizzati quali strumenti di controllo sociale nei rispettivi settori. Vi sono, pertanto, gruppi di interesse organizzati che sorgono per iniziativa dell’amministrazione. Il partito di maggioranza così controlla ogni segmento della società e del sistema economico sia attraverso la cooptazione di gruppi già esistenti che attraverso la creazione di nuovi gruppi ad esso vincolati.*

*Si definiscono, invece, “relazioni illegittime” quelle forme di interazione tra gruppi e amministrazioni in cui i primi rivendicano l’accesso ai processi decisionali mediante azioni di protesta, di lotta, di violenza, come ad esempio le pressioni sui governi da parte delle organizzazioni pacifiste o ambientaliste, dei movimenti studenteschi, ecc.*

<sup>430</sup> N. Luhmann. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, cit., 90.

<sup>431</sup> Cfr. N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, cit. 67-72, 75-82.

*Esempi di interazione con i gruppi di interesse si ritrovano anche nell’ambito dell’attività giudiziaria, si pensi ad esempio ai rapporti tra giudici e classe forense, specie nei piccoli centri, nei quali le reciproche condotte possono essere modellate non soltanto in relazione al singolo procedimento, ma generalizzarsi in base alla considerazione che in altri procedimenti il potere può essere diversamente distribuito. La ripetitività delle occasioni di contatto diviene così il canone regolativo dei comportamenti degli attori del processo. L’insieme dei contatti e la volontà di mantenere buone relazioni diviene un sistema normativo attraverso il quale, entro determinati limiti di tolleranza, possono essere più facilmente accettate decisioni spiacevoli, in quanto la singola decisione costituisce un fattore che si aggiunge ad altri.*

*Questi sistemi di contatto non determinano necessariamente violazione di norme giuridiche ma conferiscono legittimazione sociale al procedimento giurisdizionale, nel momento in cui filtrano la tutela offerta dal diritto temperandola con regole sociali. Si tratta di un fenomeno che determina certamente la deroga alla centralità della legge con possibili negative ripercussioni sul rispetto del principio di uguaglianza. I sistemi di contatto, inoltre, benché abbiano uno scopo di pacificazione sociale, possono indebolire ciascuna organizzazione fino a renderla ingovernabile.*

*Il presupposto dell’interazione continuata è costituito dall’assunzione di ruoli sociali, che è un processo di autoidentificazione in una altrui condotta complementare e conforme. L’immedesimazione in un ruolo importa, pertanto, aspettative di comportamenti complementari, e rende possibile l’accettazione delle decisioni.*

*Si tratta dello stesso meccanismo in base al quale lo Stato tenta di integrare i vari gruppi di interesse attraverso le varie forme di consultazione e partecipazione ai processi di assunzione delle decisioni pubbliche, al fine di ottenere l’accettazione della decisione finale. Questa, infatti,*

Alla lamentata interferenza della politica nell'amministrazione si risponde con l'osservazione che la separazione tra politica e amministrazione, dal punto di vista dei quadri amministrativi, è il principio che consente loro di far politica senza doverne rispondere.

In base alla convinzione per la quale è possibile separare le decisioni tecniche da quelle politiche, infatti, i burocrati possono occuparsi di politiche pubbliche senza subire l'interferenza di attori politici, così come i politici possono esentarsi da responsabilità in ordine ad impegnative scelte pubbliche sulle quali hanno influito malgrado risultino imputate a soggetti politicamente irresponsabili.

Le istituzioni burocratiche e l'azione amministrativa non possono essere del tutto politicamente neutrali; così come le istituzioni giudiziarie, i titolari di funzioni amministrative partecipano al processo di formazione delle decisioni autoritative portandovi propri valori anche non coincidenti con la linea politica governativa. La congruenza tra i valori espressi dagli organi politici e quelli manifestati dai titolari di funzioni amministrative rappresenta la misura del grado di efficiente rendimento del sistema amministrativo. La necessaria fedeltà dell'azione amministrativa rispetto agli obiettivi politici che traducono i bisogni sociali importa il superamento della tradizionale concezione della imparzialità, unitamente al tramonto del ruolo della amministrazione (così come della giurisdizione) come mera esecutrice. I funzionari della pubblica amministrazione esprimono propri valori sia nel momento in cui partecipano all'assunzione delle decisioni pubbliche che nel momento dell'attuazione di esse.

Il concetto di neutralità e mera esecutorietà della pubblica amministrazione era funzionale ad un contesto economico di tipo liberista proprio dello stato ottocentesco, che si limitava a regolare senza intervenire ed in cui il Governo aveva il completo controllo dell'amministrazione, perfetta esecutrice delle decisioni assunte in sede politica.

Questi presupposti mutano radicalmente con l'avvento della democrazia di massa e l'interventismo statale, che determinano l'incremento quantitativo e qualitativo delle finalità pubbliche e dei compiti statali, rivelando l'inadeguatezza della struttura burocratica e la necessità di un'organizzazione maggiormente articolata e complessa. Le nuove funzioni di intervento e di negoziazione tra contrapposti interessi non possono, infatti, essere svolte dalla pubblica amministrazione attraverso un unico modello organizzativo, ancorché riformato, ma occorre differenziare le strutture organizzative in base alle funzioni che esse sono chiamate a svolgere.

Questo non vuol dire che non si riconosca più valore al principio di neutralità della pubblica amministrazione e al carattere strumentale di essa nei confronti del raggiungimento dei fini

---

*anche se sfavorevole, è accettata più facilmente dagli interessati qualora sia stata assunta con il loro contributo.*

pubblici - elementi che costituiscono garanzia di certezza, prevedibilità e affidabilità dello Stato di diritto di cui la pubblica amministrazione costituisce la principale proiezione contro ogni abuso di potere - ma che il compito della pubblica amministrazione moderna non è più solo quello di applicare la legge e mantenere l'ordine.<sup>432</sup>

### **5. Il punto di equilibrio tra principio di separazione e soggezione all'indirizzo governativo**

Il principio di separazione tra politica e amministrazione così come accolto dalle riforme amministrative deve essere analizzato in relazione a tutti i principi costituzionali sull'organizzazione amministrativa. In particolare, deve operarsi una lettura congiunta dell'articolo 97 che, in nome del principio di imparzialità, impone la separazione delle competenze, e dell'articolo 95. Quest'ultima norma affida al Presidente del Consiglio dei Ministri il compito di dirigere la politica generale governativa e mantenere l'unità di indirizzo politico-amministrativo fissato in seno al Consiglio dei Ministri, e dichiara i ministri responsabili di fronte al Parlamento, sia collegialmente per atti del Governo, che singolarmente in relazione ad atti di competenza del loro dicastero. Attraverso questa norma il Costituente ha previsto un potere di influenza dell'Esecutivo e di ciascuno dei suoi membri sull'attività amministrativa svolta dai funzionari in seno a ciascun dicastero, attività che, in ossequio al principio di sovranità popolare, deve necessariamente sottostare alle scelte degli organi di direzione politica. L'apparente frattura tra l'esposto principio e quello di autonomia dell'amministrazione dalla politica, scaturente dall'articolo 97 il cui rispetto separa le scelte politiche dalle scelte amministrative, si ricompone riconducendo la separazione alla giusta dimensione mediatrice voluta dal Costituente, in base alla quale, il ministro è responsabile per gli atti del proprio dicastero nei limiti di quanto abbia su di essi potuto influire ex ante e ex post. In particolare, risponde della congruenza degli atti di indirizzo da lui impartiti con la linea politica governativa e dei controlli in ordine alla conformità tra l'attività amministrativa svolta e le direttive generali di azione da lui emanate. Quanto detto riceve conferma dall'articolo 98 della Costituzione, che pone i pubblici impiegati al servizio esclusivo della Nazione, norma che rafforza sia le previsioni dell'articolo 97, in base al quale l'amministrazione deve essere sottratta al controllo del Governo in quanto espressione di una funzione politica (anche per questo lo stesso articolo 97 prevede che agli impieghi pubblici si

---

<sup>432</sup> G. Freddi, *Scienza dell'amministrazione e politiche pubbliche*, cit., 26 e ss.

accede mediante concorso), che quelle dell'articolo 95, in base al quale l'attività amministrativa deve sottostare alle scelte di indirizzo politico,<sup>433</sup>

Il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche richiede che la cosa pubblica sia gestita secondo logiche non faziose, ed al contempo che sia soggetta soltanto alla legge ed alla volontà espressa dalla forza di governo maggioritaria, al fine di eliminare il pericolo che l'amministrazione possa essere condizionata da influenze esterne o da tendenze politiche che si manifestano al suo interno.<sup>434</sup>

---

<sup>433</sup> P. Colombo, *L'intervento del ministro sugli atti di gestione*, cit., 81-88.

<sup>434</sup> L. Rinaldi, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico, un confronto con il manager privato*, cit., 9.

### Cap. 3. LA CULTURA DEL RISULTATO

#### 1. Dall'amministrazione per procedure all'amministrazione di risultato

La necessità di soddisfare le nuove istanze avanzate dalla società nei confronti dell'apparato pubblico ha indotto l'introduzione di un nuovo modo di amministrare, basato sulla flessibilità e sull'utilizzo delle regole del mercato e della concorrenza. Questo nuovo modello di amministrazione è strettamente legato alla revisione del principio di legalità, il cui rispetto anziché costituire il fine ultimo dell'attività amministrativa diviene uno strumento per il raggiungimento dei risultati e degli obiettivi stabiliti. Il principio di legalità, nella sua accezione formalistica, infatti, risulta antitetico a quello di efficienza; l'eccesso di formalismo e di procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, infatti, finisce con il divenire fine a se stante ove disgiunto dai risultati della gestione.

Prima delle riforme la cura della cosa pubblica era condotta secondo il modello weberiano classico dell'amministrazione per procedure, basato sulla separazione della politica quale scienza dei fini dall'amministrazione quale scienza dei mezzi, separazione che escludeva gli apparati amministrativi dal potere decisionale, concentrato tutto nelle mani degli organi politici.

L'azione amministrativa prescindeva dal raggiungimento di obiettivi determinati, svolgendosi in modo procedimentalizzato, frammentario, e scoordinato. La funzione di controllo, scollegata da quella di gestione, era finalizzata alla sola verifica di regolarità formale. L'azione amministrativa era diretta a porre in essere atti amministrativi legittimi, mentre era irrilevante la gestione efficiente ed efficace. Il disinteresse verso i risultati consentiva lo svolgimento in forma impersonale dell'attività, di tal che i funzionari non erano soggetti a responsabilità, se non per fatto illecito.

Anche la struttura del bilancio era conforme al modello amministrativo. Il bilancio, infatti, aveva la sola finalità di atto di autorizzazione alla spesa, senza che gli stanziamenti in esso previsti fossero connessi a specifiche finalità pubbliche ed alla valutazione dei bisogni e delle conseguenze economiche delle scelte.<sup>435</sup>

La struttura burocratica propria delle organizzazioni razionali, secondo il pensiero di Weber, è caratterizzata dall'esercizio continuativo e strettamente regolamentato, di funzioni di ufficio.

A ciascuna funzione sono inerenti specifiche sfere di competenza, predeterminate in base ad una divisione sistematica di compiti, poteri, diritti. Gli uffici sono organizzati gerarchicamente

---

<sup>435</sup> Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit., 86-130.

affinché ogni unità sia posta sotto il controllo e la direzione dell'unità sovraordinata. L'attività si svolge secondo precise norme o regole tecniche, la cui applicazione richiede conoscenze specifiche.

Il burocrate è colui che fa parte del corpo amministrativo in quanto possiede preparazione e competenza. Vi è un'assoluta separazione tra l'organo burocratico e la proprietà dell'organizzazione, separazione posta a presidio dell'indipendenza sia del funzionario che dell'amministrazione, le cui risorse devono essere sottratte a ogni forma di controllo esterno. Le cariche in seno all'organizzazione, pertanto, sono attribuite a soggetti diversi dai "proprietari" e secondo regole di avvicendamento. Le retribuzioni sono erogate dall'ente e non dai destinatari dell'attività, allo scopo di garantire che il burocrate persegua esclusivamente i fini dell'organizzazione, la quale gli assicura, in cambio di fedeltà, la stabilità del posto e la possibilità di progredire nella carriera amministrativa. Per garantire coerenza e certezza al funzionamento dell'ente, ogni atto, regola o decisione riveste forma scritta.

Tutte le caratteristiche rinvenute nella costruzione burocratica weberiana furono teorizzate allo scopo di conferire il massimo grado di razionalità all'organizzazione amministrativa affinché essa risultasse idonea ad assicurare con indipendenza il perseguimento dei suoi fini.

I burocrati sono tenuti ad osservare ed applicare le regole, mentre i Capi delle organizzazioni burocratiche hanno il potere di individuare le finalità ed emanare le norme dirette al loro raggiungimento. Questi ultimi sono generalmente organi elettivi il cui carisma è in grado di garantire l'osservanza delle regole ed il rispetto dei fini organizzativi da parte dei membri dell'organizzazione medesima. Il carisma riscontrato nelle organizzazioni burocratiche non è di natura personale, ma investe la qualificazione tecnica inerente alla carica. Le organizzazioni basate sul carisma personale, invece, non sono razionali; in tal caso il Capo non è sostituibile e quando egli viene meno deflagra una grave crisi organizzativa (esempi di tal genere si riscontrano negli stati totalitari)<sup>436</sup>

Per Weber il modello burocratico costituisce una modalità del rapporto tra società e sistema economico che si basa su due elementi, la legittimità e l'amministrazione; ogni potere deve essere fondato sulla legittimità ed esprimersi e funzionare attraverso un'amministrazione. Il potere legittimo è carismatico quando poggia sull'influenza personale di un Capo, è tradizionale quando si fonda su regole consuetudinarie, è razionale, infine, qualora si basi su norme di legge formali e astratte, caso in cui deve dotarsi di un apparato amministrativo burocratico. La burocrazia di Weber è una costruzione ideale in cui spicca il carattere di neutralità del funzionario pubblico, il

---

<sup>436</sup> E. Gross A. Etzioni, *Organizzazioni e società, cit.*, 133-137.

quale opera senza nutrire alcun interesse nei confronti delle situazioni concrete che è chiamato a trattare.

La burocrazia si afferma in conseguenza di alcune caratteristiche degli Stati moderni, nei quali si assiste, in particolar modo, ad un incremento quantitativo e qualitativo dei compiti amministrativi e ad un processo di democratizzazione che consente l'accesso ai ranghi amministrativi a chiunque sia in possesso delle relative competenze anziché ai soli appartenenti alle tradizionali classi privilegiate.<sup>437</sup>

Il modello burocratico weberiano diviene inadeguato a soddisfare i crescenti bisogni della società moderna, nell'ambito della quale lo Stato acquista, oltre al tradizionale compito di emanare atti legittimi, la funzione di erogare servizi diversificati e complessi nonché prestazioni qualitativamente e quantitativamente soddisfacenti.

Le riforme amministrative registrano così l'instaurarsi di un nuovo rapporto tra amministrazione e cittadino, nell'ambito del quale la prima si pone quale centro fornitore di prestazioni piuttosto che come soggetto regolatore posto in posizione di supremazia. Questo nuovo modo di intendere la pubblica amministrazione rafforza la sovranità del cittadino, rendendola effettiva attraverso i canoni sostanziali di efficienza, efficacia, economicità. Alla luce dei nuovi principi, gran parte dell'attività amministrativa si svolge in forma consensuale piuttosto che provvedimentoale-autoritativa, imponendo anche la revisione delle strutture organizzative, che devono diventare funzionali agli obiettivi; divengono inidonee le tradizionali strutture gerarchiche, rivelandosi maggiormente appropriate alle nuove finalità più moderni modelli strutturali di tipo orizzontale.

Nell'ambito di una nuova cultura e di un sistema di valori in cui ciò che conta è come le funzioni sono svolte, la gestione della cosa pubblica non può farsi dipendere dalle procedure, ma, al contrario, queste devono essere modellate in relazione ai bisogni da soddisfare. Secondo i criteri originatisi dalle teorie di New Public Management, le decisioni pubbliche sono assunte a seguito di pianificazione strategica. Programmazione e gestione costituiscono così due momenti di un unico processo di policy making, che preludono ad una terza fase, la valutazione. La programmazione risponde a criteri di razionalità e flessibilità. La pianificazione strategica si connette anche alla nuova struttura del bilancio dello Stato, caratterizzata da una stretta relazione tra risorse e obiettivi, prestabilita proprio grazie agli strumenti di programmazione, che consentono di indirizzare preventivamente il sacrificio fiscale su progetti e obiettivi. Si pone così una diretta correlazione preventiva tra la spesa pubblica, la cui finalità non è più determinata in base ad atti successivi, ed i benefici che essa produrrà a favore dei cittadini. Il controllo

---

<sup>437</sup> R. D'Amico, *Manuale di scienza dell'Amministrazione*, cit., 106-109.

democratico si svolge in termini di comparazione costi-benefici, attraverso il raffronto tra prelievo fiscale e risultati dell'azione pubblica.

La logica degli obiettivi deve guidare anche l'interpretazione delle numerose normative di riforma, le quali diversamente, disgiunte dai loro obiettivi, si rivelano controproducenti in quanto accrescono la stratificazione normativa.

Si tratta, infatti, di cambiamenti non realizzabili soltanto attraverso nuove norme, ma anche e soprattutto mediante una modifica della mentalità e della cultura della pubblica amministrazione che coinvolga profondamente i suoi attori. Coloro che sono chiamati ad applicare le nuove norme, infatti, devono dotarsi di strumenti adeguati in termini di preparazione, motivazione, capacità decisionale, e professionalità – abilità misurabili in termini di servizi concretamente resi ai cittadini.<sup>438</sup>

## **2. L'ampliamento dei compiti pubblici e l'intervento dello Stato nell'economia.**

Il progresso economico e sociale ha indotto il riconoscimento di taluni bisogni qualificanti ed irrinunciabili per il rispetto della dignità della persona umana, quali fonti di altrettanti diritti riconosciuti dallo stato.<sup>439</sup> Il riconoscimento di un bisogno come diritto implica l'inversione della relazione tra titolare del bisogno e responsabile della sua soddisfazione; la garanzia dei diritti alla sicurezza sociale, alla salute, all'istruzione, ecc. impegna lo Stato a produrre ed erogare il relativo servizio secondo condizioni precisate nelle norme, modalità in relazione alle quali i margini di discrezionalità degli organi pubblici, sia politici che amministrativi, sono molto limitati.

L'esistenza di diritti nei confronti dell'amministrazione pubblica determina corrispondenti doveri di azione da parte del soggetto pubblico, in rapporto ai quali gli spazi di autonomia discrezionale della pubblica amministrazione investono: l'accertamento della sussistenza dei presupposti del diritto, l'organizzazione dell'attività di erogazione delle prestazioni o dei servizi, la possibilità di garantire più elevati livelli di qualità e di efficienza dei servizi.<sup>440</sup>

Dalla crisi economica degli anni trenta, lo Stato si sostituisce alla famiglia, nel ruolo di principale azienda erogatrice di servizi. La crisi, infatti, fa sorgere la necessità che il soggetto pubblico assuma il compito di assicurare la giustizia sociale ed il benessere economico. Si afferma così lo

---

<sup>438</sup> M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione*, cit., 86-130.

<sup>439</sup> *L'elevazione di un bisogno al rango di diritto può avvenire secondo due differenti modelli, quello europeo del welfare totale e quello americano liberista, c.d. intervento pubblico residuale o liberista. Nel primo caso il soggetto pubblico definisce il contenuto del diritto in via generale in relazione a tutta o a larghissime fasce della popolazione. Nel secondo caso, invece, lo Stato interviene solo quando il cittadino non è in grado di soddisfare da solo quel bisogno.*

<sup>440</sup> E. Borghonovi, *Principi e sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni*, cit., 39 40 41.

Stato Sociale che, ampliando la categoria di ciò che attiene al servizio pubblico ed estendendo i compiti della pubblica amministrazione, interviene direttamente nel sistema economico con lo scopo di garantire l'equilibrio sociale attraverso la riallocazione della ricchezza. L'ampliamento dei compiti pubblici non è però accompagnato da adeguate riforme gestionali ed organizzative, con la conseguenza che si determina un crescente aumento della spesa pubblica, finanziato da relativi incrementi della pressione fiscale e del debito pubblico. La realizzazione dei numerosi nuovi obiettivi di natura pubblica, infatti, viene operata prescindendo da ogni considerazione degli aspetti di gestione economica ed efficiente, l'intervento statale viene giustificato in qualunque settore di attività in cui si ravvisi una qualche finalità pubblica o un qualche interesse pubblico, consentendo, tra l'altro, ai gruppi di interesse dotati di rappresentanza politica di rendersi protagonisti dell'economia del paese senza necessità di rispettare i principi della concorrenza; un elevato livello di corruzione si annida, pertanto, tra politici, imprenditori, amministratori.

Nello stato sociale il servizio pubblico è concepito solo in termini monopolistici e di gratuità o quasi gratuità (cioè a tariffe non di mercato, destinate a non coprire i costi), ed implica un rapporto non paritetico tra ente erogatore ed utente, ma di subordinazione.

Il carattere pubblico di alcune prestazioni è legato al valore sociale ad esse attribuito, che ne giustifica l'erogazione sottocosto allo scopo di renderle accessibili a tutti e il conseguente sacrificio sopportato dalla collettività sotto forma di tributi. In tale situazione, nessuna altra azienda può trovare conveniente entrare in quel mercato poiché esso non opera secondo criteri di efficienza. La sopravvivenza di ogni azienda, infatti, si lega al sacrificio economico che i destinatari dei beni prodotti sono disposti a sopportare, mentre l'azienda pubblica non addossa i costi sui consumatori ma sull'intera collettività.

L'intervento statale in economia sotto forma di gestione diretta si giustifica altresì in quei settori (come i trasporti, le telecomunicazioni, l'energia, ecc.) economici il cui esercizio richiede l'impiego di ingenti capitali fissi, presentando, di contro, prospettive di reddito di lungo periodo. L'espletamento di attività con tali caratteristiche, capaci di disincentivare l'iniziativa di operatori privati, viene garantito alla collettività anche in considerazione degli ulteriori benefici sociali che esso comporta, ad esempio in termini di impiego di forza lavoro.<sup>441</sup>

Sono dette di pubblica utilità quelle aziende che operano in settori talmente rilevanti per l'interesse generale, da rendere indispensabile l'intervento statale, sotto forma di gestione diretta

---

<sup>441</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche, cit.*, 37-45.

da parte di imprese pubbliche, o soltanto in termini di controllo e regolazione delle attività svolte da società private (c.d. golden share) <sup>442</sup>

L'azione pubblica tesa a garantire a tutti i cittadini il soddisfacimento di determinati bisogni si è nei fatti dimostrata inefficace a realizzare gli obiettivi perseguiti, e inefficiente nell'utilizzo delle risorse, determinando l'insoddisfazione dei cittadini nei confronti delle prestazioni pubbliche e la crescita del disavanzo della finanza pubblica.

Il cattivo andamento della pubblica amministrazione è riconosciuto tra le cause della crisi economica della seconda metà degli anni settanta, nella quale ebbe un peso considerevole l'inflazione originatasi dall'aumentata emissione di moneta, misura cui si ricorreva, unitamente all'incremento della pressione fiscale, per fronteggiare il dissesto finanziario dello Stato. <sup>443</sup> Si assiste, pertanto, al tramonto del monopolio pubblico, sostituito dall'affidamento della produzione e della distribuzione di servizi pubblici e di pubblica utilità a soggetti privati, ed all'ingresso nei settori di attività prima riservati al soggetto pubblico di forme di liberalizzazione e concorrenzialità che riducono l'ambito del controllo politico sull'economia.

### **3. Le Organizzazioni professionali nella pubblica amministrazione**

Vi sono fini amministrativi la cui realizzazione richiede il compimento di attività di elevata complessità tecnica. In questi casi è necessario, oltre il ricorso a strutture organizzative di maggiore complessità, l'impiego di personale dotato di specifiche competenze, di professionisti. Questi settori della pubblica amministrazione si strutturano, pertanto, come organizzazioni professionali, in quanto si avvalgono di personale qualificato al quale si riconosce un certo prestigio sociale, (ad es. magistrati, docenti universitari, medici).

Si tratta di settori caratterizzati da processi lavorativi autonomi, non frammentati e strettamente interdipendenti tra loro. Si distinguono due modalità organizzative, una nella quale i professionisti, oltre a svolgere la loro attività tecnica in totale libertà, operano entro strutture dotate di autonomia, concorrendo a determinarne gli obiettivi e individuare i mezzi per il loro raggiungimento, ad esempio gli ospedali, le università, ecc. l'altra è quella, normalmente presente nelle strutture amministrative, delle organizzazioni professionali eteronome, nelle quali il nucleo tecnico, vale a dire i settori che svolgono le attività cui l'ente è istituzionalmente preposto, è subordinato alle strutture amministrative. Vi sono in tal caso numerosi livelli

---

<sup>442</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, 37-45.

<sup>443</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit., 37-45.

gerarchici, poiché l'elevata complessità tecnica accresce la quantità di informazioni da gestire, e le attività sono esercitate utilizzando lo strumento della delega.<sup>444</sup>

Nelle organizzazioni vi è una costante tensione tra lo staff, composto da coloro che svolgono esclusivamente attività di natura tecnica, e la line, cui appartiene il personale preposto alle attività direttamente connesse con gli scopi dell'ente. Le strutture di line sono ordinate secondo il sistema scalare gerarchico, mentre le strutture di staff, in quanto strumentali alle prime, sono poste al di fuori della scala gerarchica collocandosi lateralmente rispetto ad essa.<sup>445</sup> Nelle organizzazioni che impegnano professionisti, in genere, gli appartenenti allo staff non accettano che la loro attività sia soggetta al potere organizzativo degli organi di line ed agli standards burocratici di qualità.

Nelle organizzazioni a fini lucrativi la direzione è affidata alle strutture di line in quanto perseguono il fine principale (il profitto) mentre i professionisti svolgono le attività tecniche strumentali a realizzarlo (pensiamo ad es. ad un'industria farmaceutica), nelle organizzazioni professionali vere e proprie, invece, le strutture di tipo amministrativo (line) svolgono attività strumentali, secondarie e di supporto rispetto a quelle tecniche connesse, invece, alla realizzazione dei fini dell'ente. In tali casi, pertanto, l'autorità di line, se intesa come spettanza del potere decisionale connesso con gli scopi primari dell'ente, appartiene a questi ultimi, mentre i non professionisti fanno parte dello staff con funzioni di consulenza e assistenza. Le attività specialistiche non si prestano ad essere organizzate burocraticamente, e, pertanto, nelle organizzazioni professionali si parla di strutture di line solo impropriamente, poiché solo la linea amministrativa si presta ad essere strutturata burocraticamente. Coloro che, nell'uno e nell'altro tipo di organizzazione, esercitano le funzioni di staff, ovvero di supporto rispetto a quelle direttamente connesse al raggiungimento dei fini,<sup>446</sup> sono sempre esposti al rischio di operare una sostituzione dei fini principali con quelli strumentali. Nelle organizzazioni lucrative, infatti, gli specialisti trascurano il fine di lucro, così come nelle organizzazioni professionali gli amministrativi antepongono i valori di efficienza ed economicità. In ambedue i casi è messa in pericolo la realizzazione dei fini.

Limitando il nostro esame alle organizzazioni professionali pubbliche, il problema consiste nell'attribuzione delle funzioni direttive agli uni o agli altri; ai professionisti direttamente impegnati nelle attività primariamente connesse allo scopo, oppure a coloro che organizzano le attività, procurano ed impiegano le risorse e forniscono gli indispensabili supporti all'espletamento delle prime? Ambedue le soluzioni presentano gli anzidetti elementi di criticità. Si assiste, pertanto, ed è da favorire, all'emersione di professionalità specialistiche

---

<sup>444</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 463.

<sup>445</sup> R. D'Amico, *Manuale di scienza dell'amministrazione*, cit., 243.

<sup>446</sup> R. D'Amico, *Manuale di scienza dell'amministrazione*, cit., 128.

opportunamente formate anche in discipline manageriali, come ad esempio i dirigenti scolastici, i dirigenti del servizio sanitario, ecc.<sup>447</sup>

#### 4. L'azienda "pubblica amministrazione".

L'azienda è il sistema dei processi economici svolti all'interno di un istituto economico sociale. Il funzionamento e l'amministrazione di un'azienda pubblica si distinguono da quelli di un'azienda di produzione in relazione ai differenti fini e alla diversa natura dei processi sociali, istituzionali e politici che si svolgono al suo interno (ad es. i sistemi di nomina degli organi direttivi, il regime giuridico, ecc.). Tutte le aziende hanno il fine generale di concorrere al progresso socioeconomico della comunità, ma ciascuna presenta differenti fini specifici e svolge funzioni differenti attività nell'ambito dei processi economici di produzione di ricchezza, consumo, risparmio, investimento.<sup>448</sup> L'assunzione da parte delle pubbliche amministrazioni di sfere sempre più ampie di attività è conseguenza dell'espansione dello Stato nell'economia.<sup>449</sup> Lo Stato produce le seguenti classi di prodotti: leggi e atti amministrativi; beni collettivi; beni individuali di interesse collettivo, trasferimenti finanziari, cioè raccolta di fondi mediante tributi e redistribuzione in forma di pensioni, contributi, sussidi, ecc; indirizzi, programmi e linee guida verso i soggetti economici e sociali.<sup>450</sup>

I prodotti della pubblica amministrazione sono sempre ceduti, in tutto o in parte, senza un diretto corrispettivo economico, o prezzo, o in cambio di un corrispettivo che non costituisce il valore di mercato del bene, ma che rappresenta un contributo al suo costo - si parla allora di tariffa - o un prelievo coattivo collegato alla cessione del servizio - si parla in tal caso di tassa. Il prodotto pubblico è caratterizzato, pertanto, dalla anelasticità della domanda rispetto al prezzo.

La non variabilità della domanda in rapporto al prezzo del prodotto, e, dunque, l'assenza di una comparazione costi-ricavi, determina l'impossibilità di applicare le regole dell'equilibrio economico al fine di dirigere la gestione aziendale e di valutarne gli esiti.

---

<sup>447</sup> E. Gross A. Etzioni, *Organizzazioni e società, cit.*, 218-230.

<sup>448</sup> E. Borgonovi, *Principi e sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni, cit.*, 1, 2.

<sup>449</sup> V. molto ampiamente, G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino 2009.

<sup>450</sup> *I beni collettivi sono quelli che rispondono ad un bisogno unico e indistinto della collettività, ad es. sicurezza. I beni individuali di interesse collettivo sono quelli che, seppur divisibili e fruibili individualmente, vengono prodotti da aziende pubbliche per svariati motivi, come ad esempio il fallimento di un determinato mercato, ragioni di solidarietà verso gruppi sociali più deboli che non sono in grado di soddisfare autonomamente quel determinato bisogno, volontà di rendere disponibili determinati servizi di pubblica utilità o pubblico interesse o pubblica solidarietà (ad es. vaccinazioni, elettricità, ecc.) a tutta la collettività.*

In particolare, l'assenza di un prezzo non consente di attribuire un valore alla qualità dei servizi e prodotti erogati, se non in termini di risparmio di costi.<sup>451</sup> Il livello qualitativo e l'efficienza dei servizi prodotti non ha, pertanto, rilievo sull'equilibrio economico della gestione, se non quando livelli più elevati di efficienza non si traducano in riduzione dei costi. Non opera, pertanto, in tema di servizi offerti dalla pubblica amministrazione il binomio aumento dell'efficienza-aumento dell'equilibrio economico.

La mancanza di un prezzo dei servizi pubblici implica altresì l'assenza del principale meccanismo di selezione e regolazione della domanda, cioè il prezzo. La domanda deve essere, pertanto, selezionata dagli amministratori attraverso meccanismi diversi, che implicano spesso lo sfavore del pubblico (ad es. difficoltà di accedere ai servizi, ritardi, code, ecc.) e malcontento verso l'amministrazione.

Quando i beni sono ceduti dietro un prezzo vi è coincidenza tra il soggetto che sopporta il sacrificio conseguente alla cessione di moneta ed il soggetto che usufruisce dell'utilità data dal bene acquisito, viceversa, nel caso di beni ceduti senza prezzo, o ad un prezzo non corrispondente a quello di mercato, non vi è coincidenza tra i soggetti che godono dell'utilità del bene e quelli che sopportano il sacrificio economico della loro produzione.<sup>452</sup>

Manca, pertanto, o è distorta, la consapevolezza del valore economico del bene pubblico, il che determina, specie in una società ove prevale la cultura dei diritti piuttosto che dei doveri, l'aumento della quantità domandata, ed il malcontento conseguente alla impossibilità di soddisfarla.

La mancanza di criteri di convenienza economica posti a presidio dell'azione pubblica determina che essa sia guidata da altri criteri a tutela dell'interesse pubblico. Essa, pertanto, è soggetta a svolgersi secondo schemi e procedure determinate e trasparenti, il cui rispetto consente il controllo dell'operato pubblico. Nella pubblica amministrazione, però, all'aumento della tutela formale corrisponde spesso la diminuzione della tutela sostanziale, in termini di livelli qualitativi e quantitativi dei servizi. Il necessario rispetto dei requisiti formali, infatti, costituisce ostacolo al perseguimento di obiettivi di efficienza, il che è definibile come "costo della democrazia e della trasparenza".

L'assunzione delle sole regole di correttezza formale quali indicatori di funzionalità dell'azione pubblica è propria di una visione superata in base alla quale l'amministrazione, cui non si riconosce l'identità di soggetto economico ma solo di soggetto giuridico, non ha la funzione di

---

<sup>451</sup> E. Borgonovi, *Principi e sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni*. Cit., 67- 72.

<sup>452</sup> A. Chiancone, D. Porrini, *Lezioni di analisi economica del diritto* Giappichelli, Torino 1998, 32, 33.

produrre beni economici bensì di garantire l'organizzazione politico-istituzionale attraverso prodotti di natura giuridica.

L'ampliamento dell'intervento pubblico impone, invece, che la pubblica amministrazione risponda anche a criteri di funzionalità aziendale. La sua capacità di produrre con il minor impiego di risorse beni quantitativamente e qualitativamente soddisfacenti in rapporto ai bisogni dei cittadini rappresenta una condizione indispensabile a garantire l'effettiva tutela dei diritti e degli interessi della comunità.<sup>453</sup>

Come tutte le aziende, anche quelle pubbliche devono perseguire l'equilibrio operativo tra bisogni (domanda) e risorse (offerta), l'equilibrio economico tra flussi di proventi e di spesa, e l'equilibrio finanziario tra flussi di entrate e uscite. L'equilibrio operativo e finanziario si influenzano a vicenda, nel senso che il perseguimento del secondo può determinare pregiudizio del primo, con conseguente insoddisfazione nei confronti dell'intervento pubblico. Viceversa, l'efficiente soddisfacimento dei bisogni mette in crisi la finanza pubblica, facendo emergere l'esigenza di rivedere l'equilibrio operativo mediante "ritocchi" sulla quantità e sulla qualità delle prestazioni pubbliche con l'obiettivo di attuare risparmi di spesa.

Questi problemi costituiscono gli aspetti più critici dell'attività di governo, sia in sede di scelte politiche che amministrative. E' molto difficile infatti conciliare le politiche di governo con le esigenze dell'amministrazione. L'obiettivo di ridurre la spesa pubblica e la pressione fiscale si basa sul presupposto in base al quale riducendo la spesa pubblica è possibile mantenere inalterato il livello di servizi pubblici, consumi e investimenti a condizione di eliminare gli sprechi e le inefficienze. In realtà non è facile eliminare gli sprechi, mentre è più facile che i tagli alla spesa ridimensionino in negativo gli standard di servizi.<sup>454</sup>

La gestione di un'azienda è costituita dal complesso delle attività poste in essere per il raggiungimento dei fini. Tra tali attività vi sono quelle dirette al reperimento dei mezzi finanziari necessari all'acquisizione dei fattori produttivi.

Il finanziamento della gestione degli enti pubblici si distingue, in base all'origine dei flussi di entrata, in gestione ordinaria - suddivisa, a sua volta, in gestione caratteristica (tributi, prezzi per servizi pubblici, trasferimenti e altri proventi) e gestione patrimoniale (proventi del patrimonio) - e gestione straordinaria, legata allo smobilizzo del patrimonio, ricorso al prestito, trasferimenti e proventi straordinari)<sup>455</sup> Il ricorso all'una o all'altra forma di finanziamento dipende dal tipo di ente e dal suo ruolo nell'economia. Nei sistemi in cui il soggetto pubblico non interviene nel sistema economico, l'esigenza di mezzi finanziari da parte degli enti pubblici non è elevata, e,

---

<sup>453</sup> E. Borghonovi, *Principi e sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni*, cit., 72 77.

<sup>454</sup> E. Borghonovi, *Principi e sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni*, cit., 44, 45, 46.

<sup>455</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 105 106.

pertanto, è maggiore la quota di proventi derivanti dalla gestione patrimoniale, i cui criteri mirano soltanto alla conservazione e all'incremento del patrimonio, sufficiente a garantire la funzionalità dell'ente. La dismissione del patrimonio è, pertanto, soggetta a limiti, attraverso la previsione normativa di procedure fortemente formalizzate. Si tratta di vincoli normativi che fanno parte della cultura gestionale pubblica, e che, nel mutato clima economico e sociale, ostacolano l'economicità della gestione (per esempio, le difficoltà di smobilizzo del patrimonio possono rendere necessario il ricorso al prestito, determinando aumento dell'indebitamento pubblico).

Con l'affermarsi dello Stato sociale, caratterizzato dall'intervento nell'economia, che viene governata secondo principi di equità sociale, i tributi divengono la forma primaria di finanziamento della gestione pubblica. L'attenzione alla economicità della gestione di ciascun ente pubblico è sostituita da quella verso gli effetti delle scelte di gestione sul sistema economico nel suo complesso. L'obiettivo non è più l'economicità aziendale ma l'economicità del sistema in termini di equilibrio economico socialmente sostenibile.

Con il tramonto dello Stato sociale si afferma l'idea dello Stato al servizio del cittadino.

L'esigenza di fornire prestazioni di qualità determina un accresciuta attenzione al corrispettivo della cessione dei servizi pubblici in quanto tali proventi - che divengono una quota sempre più rilevante sulle entrate pubbliche - possono contribuire al risanamento della finanza pubblica senza richiedere l'aumento della pressione fiscale (esigenza molto sentita nei paesi industrializzati). Si ha una valorizzazione del principio di correlazione tra utilità e sacrificio economico che i destinatari dei servizi pubblici devono sopportare. Dal punto di vista finanziario deve esservi corrispondenza tra fonti di entrata e loro impiego, tra spese e proventi, di tal che non debba rendersi necessario il ricorso a trasferimenti. L'erogazione di servizi pubblici in base a giudizi economici di convenienza diviene così strumento di riduzione della pressione tributaria. Questo obiettivo si pone in contraddizione con le tendenze attuali, che vedono lo stato impegnato a dismettere tutte le attività economiche e privatizzare i servizi riducendo la possibilità per la pubblica amministrazione di ottenere altri redditi, oltre i tributi.<sup>456</sup>

Una caratteristica peculiare delle aziende pubbliche è la coesistenza di due livelli decisionali, l'uno politico e l'altro economico-gestionale, il primo livello definisce gli obiettivi e le modalità del loro perseguimento, il secondo assume le scelte operative. Tra i due livelli è possibile l'emersione di situazioni conflittuali in quanto i politici, provenienti da ambienti eterogenei e legati all'incarico da un rapporto precario, sono motivati ad acquisire e mantenere il consenso, finalità in base alla quale, tra i vari bisogni pubblici, selezionano quelli da soddisfare

---

<sup>456</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 116, 117, 118.

prioritariamente. I burocrati, invece, sono dotati di specifica preparazione in campo tecnico-amministrativo e il loro rapporto con l'ente di appartenenza è dotato di una certa stabilità. Essi detengono la direzione dei processi aziendali e sono responsabili dei risultati ma la loro azione è condizionata dagli obiettivi definiti mediante criteri politici. Costoro, pertanto, sono generalmente indotti ad adottare una condotta statica, tale da comportare la minore responsabilità possibile. In tale situazione, non sono dettate ai funzionari dei livelli inferiori direttive sufficientemente incisive a valorizzare l'autonomia e la responsabilizzazione dei pubblici dipendenti.<sup>457</sup>

Nell'ambito del nuovo management pubblico si è affermata la distinzione tra indirizzo politico e gestione, in base alla quale il livello politico definisce gli obiettivi, alloca le risorse, e verifica i risultati. Agli organi politici, in quanto rappresentativi della comunità organizzata e responsabili innanzi ad essa, spetta il compimento delle scelte d'impatto, cioè maggiormente significative in termini di benessere pubblico. Ai dirigenti pubblici competono, invece, la responsabilità degli "output" in cui si concretano quelle scelte, ed i poteri di spesa.<sup>458</sup>

In ambito pubblico si distinguono, infatti, obiettivi di outcome, o di impatto, o strategici e obiettivi di output, o operativi, o di routine. I primi costituiscono gli obiettivi finali dell'azione pubblica, ed ineriscono al rapporto fiduciario tra cittadini e amministratori eletti, mentre i secondi sono i prodotti pubblici messi concretamente a disposizione dei cittadini attraverso le attività amministrative, essi sono valutati solo nell'ambito del rapporto tra politici e dirigenti, entro il quale opera la specifica responsabilità dirigenziale per i risultati.<sup>459</sup>

I risultati dell'azione pubblica si esprimono generalmente in termini quantitativi, si parla in proposito di indicatori di prestazioni attese o svolte. In relazione ai due tipi di obiettivi prima menzionati, si distinguono indicatori di impatto o di outcome e indicatori di produzione o di output.

I processi di produzione e l'utilizzazione delle risorse sono misurati, rispettivamente, mediante indicatori di efficienza e di adeguatezza.<sup>460</sup>

Gli indicatori non sono soltanto oggettivi mezzi di conoscenza, ma costituiscono strumenti di direzione. Essi, infatti, specie se associati ad un sistema di incentivi, contribuiscono ad indirizzare i comportamenti individuali verso i fini aziendali indicati sotto forma di obiettivi quantitativi.

---

<sup>457</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit. 53 -55.

<sup>458</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 58.

<sup>459</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit., 53-76.

<sup>460</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit., 90, 91.

Tra i modi di utilizzo delle misure quantitative di performance vi è il benchmarking, cioè il confronto di determinate situazioni aziendali con altre situazioni più soddisfacenti, dalle quali importare più efficienti scelte di gestione, si ha il benchmarking sui processi, sull'output, e strategico.<sup>461</sup>

## 5. I controlli

All'attività di gestione si lega strettamente quella di valutazione. La misurazione dei risultati pubblici è determinante per il risanamento della pubblica amministrazione allorché si inserisce in un più ampio processo di rinnovamento culturale che importa l'accoglimento delle logiche di governo e dei sistemi di controllo aziendali.

Un nuovo modo di intendere e gestire la pubblica amministrazione è uno degli elementi di rinnovamento che investono più in generale il ruolo dello Stato nella società moderna, pluralista e democratica. L'esigenza, avvertita sia in Italia che negli altri paesi, di introdurre un serio sistema di valutazione dei risultati delle prestazioni pubbliche è strettamente legata a quella di rimettere in sesto i conti pubblici riducendo il disavanzo e il debito statali accumulatisi in conseguenza di politiche di piena occupazione finanziate attraverso l'incremento della spesa pubblica.<sup>462</sup>

Il d. lgs 29/1993, razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa e riforma del pubblico impiego, ha previsto l'adozione da parte dei dirigenti generali di misure organizzative idonee a consentire la rilevazione e l'analisi dei costi e dei rendimenti dell'attività amministrativa (art. 18), nonché l'istituzione di organismi di controllo interni (Servizi di controllo o Nuclei di valutazione) agli apparati, con il compito di verificare, mediante valutazioni comparative dei costi e dei rendimenti, la realizzazione degli obiettivi e la corretta ed economica gestione delle risorse amministrative (art. 22 co 2). Il d.lgs 286/1999 ha disciplinato gli strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività della pubblica amministrazione.

Ogni struttura amministrativa così, proprio come l'azienda privata, ha al suo interno sistemi di controllo, che consentono di correggere le disfunzioni rilevate.

Oggetto del controllo della gestione della cosa pubblica non è più l'atto amministrativo, ma l'attività ed i suoi risultati in rapporto agli obiettivi. La legge 14 gennaio 1994 n. 20, infatti, ha previsto la soppressione del controllo preventivo di legittimità e contabile della Corte dei Conti su tutti gli atti della pubblica amministrazione, limitandolo agli atti di maggior rilievo del Governo e

---

<sup>461</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit., 95- 97.

<sup>462</sup> R. Mussari, *La valutazione dei programmi nelle aziende pubbliche*, Giappichelli Torino 1999, 8-26.

delle pubbliche amministrazioni. La funzione di controllo della Corte dei Conti si è così concentrata nel controllo successivo sull'attività amministrativa, ed ha ad oggetto sia la verifica di legittimità e regolarità dell'attività di gestione che il funzionamento del sistema di controlli interno a ciascuna amministrazione nonché la rispondenza dei risultati dell'attività agli obiettivi stabiliti dalla legge anche mediante la comparazione dei costi, temi e modalità dell'azione amministrativa.<sup>463</sup>

Il controllo ha oggi funzione di collaborazione e lo scopo di stimolare processi di autocorrezione in seno alla pubblica amministrazione anziché di limitare l'esercizio dell'attività amministrativa mediante l'adozione di misure a carattere repressivo - ripristinatorio e sanzionatorio.

Il legislatore, pertanto, nel ridefinire il sistema dei controlli interni ha separato i controlli di tipo repressivo, finalizzati a salvaguardare la legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa (controlli di regolarità amministrativa e contabile), dai controlli di tipo collaborativo - per i quali le amministrazioni devono dotarsi di apposite strutture - finalizzati ad ottimizzare la funzione amministrativa (art. 1 d.lgs 286/1999). A questi ultimi tocca la verifica dell'efficacia, efficienza, ed economicità dell'azione amministrativa - si parla allora di controllo di gestione - nonché la valutazione dei dirigenti e delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, programmi e degli altri strumenti di indirizzo, in termini di congruenza tra risultati conseguiti e obiettivi prestabiliti - si parla allora di valutazione e di controllo strategico. Queste forme di controllo non possono essere affidate agli organi preposti ai controlli amministrativo-contabili.

Ogni apparato pubblico individua le unità addette al controllo di gestione, le unità organizzative al livello delle quali si intendono effettuare le misurazioni di efficienza, efficacia, economicità, gli indicatori specifici da utilizzare per le misurazioni. Il controllo di gestione è parte integrante del processo produttivo. Nell'ambito del controllo di gestione riveste particolare importanza la rilevazione dei costi, che implica anche la verifica del corretto impiego delle risorse. Essa ha richiesto l'adeguamento dei meccanismi tradizionali di contabilità pubblica, basati sull'analisi solo finanziaria dell'esborso di spesa piuttosto che sull'impiego di essa.<sup>464</sup>

Per il corretto svolgimento di attività economica non è sufficiente l'esistenza di un sistema di controllo interno, ma occorre porre in essere un'attività ulteriore, detta di revisione aziendale o

---

<sup>463</sup> L. Rinaldi, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, cit. 109-112

<sup>464</sup> M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit., 9-20.

auditing, che comprende l'insieme dei procedimenti di controllo dei vari aspetti dell'organizzazione e della gestione, posti in essere, sulla base di standard determinati.<sup>465</sup>

In linea con il d.lgs 29/1993, la legge 59/1997 art. 17 prevede che ogni amministrazione si doti di un sistema informativo statistico di supporto al controllo interno di gestione con rilevazioni periodiche dei costi, delle attività e dei prodotti.<sup>466</sup>

La misurazione dell'efficienza può però incidere negativamente sui risultati. Vi sono infatti aspetti dell'attività di un'organizzazione che si prestano ad essere più facilmente e frequentemente oggetto di misurazioni. Il che può indurre l'organizzazione a concentrare gli sforzi di miglioramento delle performances unicamente su tali attività a svantaggio delle altre; ad esempio ad un aumento della quantità prodotta rimanendo irrilevante l'obiettivo di incremento qualitativo, al risparmio dei costi senza riguardo al suo impatto, ecc.

Bisogna pertanto ammettere che i metodi di misurazione dell'efficienza sono alquanto imprecisi poiché rischiano di concentrare l'attenzione solo su alcuni aspetti organizzativi e trascurarne altre con il rischio di determinare una distorsione dei fini, compromettendo l'efficacia e l'efficienza dell'intera organizzazione.<sup>467</sup>

## 6. Il nuovo bilancio statale

Nell'ambito di ogni organizzazione riveste grande importanza l'informazione. L'insieme di mezzi tecnici, procedure e persone preposti in modo coordinato alla produzione di informazioni costituisce il sistema informativo aziendale, che si avvale di strumenti di tipo informatico, statistico e contabile. Ogni sistema di rilevazione di informazioni che utilizza i conti è, in senso

---

<sup>465</sup> M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit., 234.

<sup>466</sup> Cfr. M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit., 86-130.

Cfr. R. Mussari, *La valutazione dei programmi nelle aziende pubbliche*, cit., 72.

*Si tratta di un sistema in cui l'amministrazione valuta i risultati dell'attività amministrativa e dei servizi pubblici secondo criteri non giuridici ma aziendalistici, alla luce dei diritti degli utenti, che divengono a loro volta controllori della bontà del prodotto pubblico misurata attraverso il rispetto della Carta dei Servizi. I soggetti individuali o collettivi che possono avanzare pretese sull'attenzione, le risorse, l'azione di una pubblica amministrazione o che possono essere condizionati dalla sua azione sono detti stakeholders. La valutazione di costoro è utile al fine di misurare la bontà dell'azione pubblica.*

*E' possibile distinguere tra stakeholders interni ed esterni, tra i primi rientrano i managers responsabili della realizzazione dei programmi e gli organi politici titolari delle funzioni di indirizzo e controllo, i secondi sono costituiti da soggetti singoli o collettivi, cittadini, elettori, utenti, contribuenti, associazioni di consumatori, sindacati, ecc.*

<sup>467</sup> E. Gross A. Etzioni, *Organizzazioni e società*, cit., 35, 37.

stretto, un sistema contabile, benché, in senso generale si definiscano contabili soltanto i sistemi che utilizzano grandezze espresse in valori monetari. La contabilità e i suoi documenti di sintesi, cioè i bilanci, costituiscono, pertanto, strumenti informativi. La contabilità finanziaria rappresenta il classico sistema informativo della pubblica amministrazione, basato sul controllo dei flussi monetari e sulla preventiva autorizzazione alla spesa. Esso, originatosi storicamente dal controllo esercitato dalle assemblee parlamentari sulle spese effettuate dal sovrano mediante i proventi dei tributi, diviene inadeguato ad uno stato investito di molteplici compiti, che interviene nelle attività economiche, in cui, pertanto, il controllo sui flussi monetari necessita di essere integrato con informazioni sul patrimonio degli enti, sui processi aziendali, sull'utilizzo delle risorse, sui risultati conseguiti.<sup>468</sup>

Nelle organizzazioni a base elettorale il bilancio di previsione rappresenta un importante mezzo di controllo democratico in ordine alla spesa pubblica e al prelievo fiscale. Nelle pubbliche amministrazioni, invece, esso è uno strumento di controllo di obiettivi e risorse, risultati e costi.

Il bilancio preventivo ha la funzione di definire gli obiettivi da assegnare alla dirigenza, allocare le risorse ed autorizzare i dirigenti alla spesa. Il bilancio consuntivo rende conto dei risultati raggiunti, dell'utilizzo delle risorse, e della buona amministrazione del patrimonio.<sup>469</sup>

Nelle aziende private l'informazione contabile ha ad oggetto lo stato della ricchezza aziendale e le sue variazioni avvenute o attese in un certo periodo, nella pubblica amministrazione, invece, essa è finalizzata a misurare l'impatto dell'azione pubblica sul benessere dei cittadini.

Tradizionalmente si individuano due modelli contabili, quello, elementare, di contabilità finanziaria o pubblica, e quello economico-patrimoniale. Il primo prende in considerazione soltanto la risorsa del capitale finanziario, senza occuparsi del modo di acquisizione e cessione di beni e prodotti. Il secondo, invece, tipico delle imprese private, è basato sulla valutazione del patrimonio in un dato momento (stato del patrimonio), e prende in considerazione le sue variazioni conseguenti ai processi di acquisizione e cessione di beni (redditi). Questi due modelli venivano tradizionalmente proposti come alternativi.

Nel nostro paese le aziende e le amministrazioni pubbliche adottano generalmente il modello di contabilità generale di tipo finanziario, denominato anche di contabilità pubblica. Esso rileva il

---

<sup>468</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit., 99.

<sup>469</sup> A Pavan, E. Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 102-109.

solo aspetto finanziario della gestione complessiva, senza fornire informazioni sui singoli fenomeni di gestione.<sup>470</sup>

La contabilità analitica, oggi estesa anche alle pubbliche amministrazioni, è propria delle imprese industriali. Essa si compone di complessi sistemi di rilevazioni quantitative, che consentono di verificare l'andamento dei processi di gestione ed acquisire informazioni specifiche intorno ad essa. A differenza della contabilità pubblica, la contabilità analitica ha ad oggetto singoli settori della gestione economica, quali i processi produttivi, le unità organizzative, l'utilizzo delle risorse, i prodotti, i costi, i ricavi, ecc.

L'analisi economica dei flussi monetari assume particolare rilievo nelle amministrazioni pubbliche, in quanto queste, a differenza delle imprese private, dispongono di fondi vincolati a determinati scopi, e non possono, pertanto, utilizzare il proprio capitale finanziario liberamente.<sup>471</sup>

La contabilità analitica concentra l'attenzione su costi e ricavi di particolari segmenti della produzione, perciò è detta anche contabilità dei costi. Essa rappresenta un importante strumento di direzione, in quanto consente di orientare le scelte in base ai criteri di economicità, nonché di valutare l'efficacia delle decisioni assunte e l'operato di coloro che hanno il potere di disporre delle risorse. Attraverso l'analisi dei costi e dei ricavi inerenti a ciascun settore produttivo si misurano l'impiego delle risorse e i risultati di ciascun segmento (contabilità analitica a costi consuntivi), e si individuano il livello desiderabile di costi e risultati ed il livello raggiungibile in rapporto agli obiettivi di efficacia ed efficienza (contabilità analitica a costi standard). Questo strumento di rilevazione contabile è parte del più generale sistema informativo, e deve essere collegato ad altri strumenti tecnico-contabili, in particolare alla contabilità generale.<sup>472</sup>

Oggi si tende a far coincidere i centri di costo con determinate ed individuate unità organizzative alle quali sono assegnati obiettivi e risorse, e alle quali è preposto un soggetto responsabile verso i vertici aziendali dei risultati conseguiti. Il centro di costo è, pertanto, una nozione organizzativa che coincide con quella di centro di responsabilità, ma non vi si identifica completamente.

Il centro di costo è finalizzato alla misurazione del costo di prodotto, il centro di responsabilità è finalizzato alla valutazione dell'attività della singola unità in termini di efficienza ed efficacia, il cui rispetto è accertato in relazione all'operato di un determinato soggetto.

---

<sup>470</sup> L. Rinaldi, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, cit., 135-138.

<sup>471</sup> Pavan, Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 172.

<sup>472</sup> Pavan, Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 172, 174, 175.

Il centro di costo costituisce l'aspetto organizzativo – strutturale dell'impiego delle risorse.

Ogni prodotto è il risultato di un insieme di attività, ciascuna delle quali implica dei costi che non sono tutti riferibili ad un unico centro di costo. Più appropriatamente, pertanto, prima di misurare il costo del prodotto imputandolo ad un centro di costo, occorre misurare il costo dell'attività e, successivamente, imputarlo al prodotto.

L'insieme delle attività concatenate, volte al raggiungimento di un obiettivo unitario costituisce un processo. Ogni centro di responsabilità attua al suo interno una pluralità di processi. Vi sono dei processi che si svolgono trasversalmente tra diversi centri.<sup>473</sup>

La gestione delle amministrazioni pubbliche viene definita in via preventiva attraverso l'approvazione dei documenti di previsione. Massima importanza hanno i bilanci di previsione, annuale e pluriennale. Il primo è lo strumento mediante il quale le assemblee elettive autorizzano le entrate e le uscite di capitale monetario. La sua approvazione autorizza gli organi esecutivi e la burocrazia a dare corso legittimamente all'attività di concreta gestione. Essa, pertanto, rappresenta un fondamentale atto di governo, soggetto alle pressioni dei vari gruppi di interesse e bersaglio del malcontento derivante dalla impossibilità di soddisfare tutte le richieste.<sup>474</sup>

Oggi si tende alla convergenza dei due modelli contabili prima esaminati. Nel settore pubblico si rivolge crescente attenzione al patrimonio, al suo razionale uso e alla sua corretta conservazione, e alle sue variazioni.

Il bilancio di previsione è proiettato al futuro, esso si basa, pertanto, sulla razionalizzazione delle decisioni dalle quali dipenderanno i risultati futuri. Il bilancio consuntivo, invece, presenta i risultati raggiunti e consente di attivare le responsabilità da essi dipendenti.<sup>475</sup>

Il sistema contabile integrato è quello che comprende la dimensione finanziaria, entro di esso il tradizionale bilancio annuale di previsione continua ad esistere come parte di un documento contabile preventivo più complesso. Quella economico – patrimoniale diviene la fondamentale dimensione contabile, come nelle aziende private, mentre l'obiettivo economico- reddituale si trasforma in vincolo di non depauperamento del patrimonio.

La gestione delle risorse in ambito pubblico ha il suo momento cruciale nella previsione delle entrate e nella destinazione dei capitali ai vari obiettivi, previsioni esenti dall'alea del mercato e basate sulla certezza di trasferimenti coattivi previsti per legge. A differenza del settore privato, in cui la previsione ha, di norma, valenza interna, nella pubblica amministrazione essa

---

<sup>473</sup> Pavan, Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 181, 184, 185, 186.

<sup>474</sup> Pavan Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 194.

<sup>475</sup> Pavan, Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 196, 198.

rappresenta strumento di controllo democratico mediante il quale può operarsi il confronto tra quanto previsto e quanto realizzato. Quest'ultima informazione è esposta nel rendiconto, che è il documento contabile che consente il rispetto e il grado di attuazione di quanto deciso. Il confronto sistematico tra preventivo e consuntivo è detto *budgetary accounting*.<sup>476</sup>

Il reporting è la sintesi del sistema informativo-contabile, in relazione all'impianto contabile, verte sui modi di acquisizione e utilizzo delle risorse, sullo stato e la dinamica del patrimonio.<sup>477</sup>

L'impianto organizzativo delle aziende prevede in genere strumenti per la produzione di informazioni e per il controllo del rispetto delle condizioni di economicità. Si tratta principalmente degli strumenti di contabilità generale e analitica e di programmazione e controllo.

La contabilità dello Stato nell'Italia postunitaria si strutturava, secondo un modello di tipo finanziario, in base alle norme del R.D. 2440 del 1923 (legge De Stefani) e del regolamento n. 827 del 1924. Le entrate e le spese si distinguevano in ordinarie e straordinarie, ed in "partite effettive" e per "movimento di capitale", in funzione della loro attitudine a modificare o meno il patrimonio netto statale. Nel secondo dopoguerra la normativa contabile assurge a dignità costituzionale, a norma dell'articolo 81 Costituzione, infatti, "le Camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consuntivo presentato dal Governo". La legge di bilancio è una legge formale in quanto con essa "non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese". "Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicarne i mezzi per farvi fronte".<sup>478</sup>

Il bilancio dello Stato esprime l'aspetto dinamico dei valori dell'organizzazione statale e di quelli posti alla base degli interventi statali nella vita economica e sociale. La legge Curti del 1964 modificò il precedente impianto del bilancio, di tipo aziendale, introducendo una classificazione di proventi e spese basata sugli effetti di essi sull'economia nazionale. Tra le spese in conto capitale rientrano non solo quelle per investimenti realizzati direttamente dallo Stato, ma altresì i trasferimenti a favore di soggetti pubblici o privati e destinati a finanziare investimenti di pubblico interesse.<sup>479</sup>

La legge n. 468 del 1978 modifica nuovamente la contabilità dello Stato. Al bilancio di previsione annuale viene affiancato un altro strumento, il bilancio pluriennale, basato sulla dimensione di cassa oltre a quella giuridica. Viene prevista l'approvazione di una legge

---

<sup>476</sup> Pavan, Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 245, 246.

<sup>477</sup> Pavan, Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 231.

<sup>478</sup> Pavan, Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 313.

<sup>479</sup> Pavan, Reginato, *Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre amministrazioni pubbliche*, cit. 314-321.

sostanziale, detta legge finanziaria, da affiancare a quella di bilancio, nella quale il Governo e il Parlamento definiscono le linee della politica economica. L'approvazione congiunta della legge finanziaria in uno con la legge di bilancio disattende di fatto il disposto del terzo comma dell'art. 81 della Costituzione.<sup>480</sup>

Il bilancio dello stato ha natura finanziaria, è strutturato in flussi di entrata e spesa.<sup>481</sup>

Con l'emanazione della legge 94/97 il bilancio dello Stato viene nuovamente riformato, la principale modifica è costituita dalla strutturazione intorno alla "unità previsionale di base", che si riferisce ad entità contabili che hanno sia valenza organizzativa - dal momento che coincidono con altrettanti centri di responsabilità amministrativa - che politica, in quanto sono soggetti ad approvazione del Parlamento. La modifica dell'articolazione del bilancio statale secondo un modello già adottato negli enti locali costituisce l'aspetto contabile della sostituzione della "logica dell'adempimento con la logica degli obiettivi". Al dirigente responsabile sono assegnati obiettivi e risorse, ed il suo operato è valutato attraverso la misurazione preventiva e consuntiva della gestione. Sino all'emanazione della legge 94/1997 il bilancio aveva carattere estremamente analitico.

Esso era giunto a contenere circa seimila capitoli, il che implicava una scarsa conoscenza dei suoi contenuti concreti. La riforma introduce invece un bilancio politico, composto da un numero più contenuto di unità previsionali di base, afferenti a nuclei di attività omogenee. Ad esso si lega il bilancio amministrativo, predisposto in base a decreto del Ministro dell'economia e finanze e articolato in capitoli, che viene solo portato a conoscenza del Parlamento, ed è modificabile senza necessità di approvazione parlamentare.

Il bilancio dello Stato si articola in tanti stati di previsione della spesa, corrispondenti ai ministeri, ed uno relativo alle entrate. Le unità previsionali di base sono ridefinite ogni anno con la legge di bilancio e sono distinte in unità di entrata e unità di spesa. Si articolano su quattro livelli.<sup>482</sup>

La legge 14 aprile 1997 n. 94 ha riformato il bilancio dello Stato, strutturandolo sulla base di funzioni obiettivo e unità previsionali di base, ed introducendo una contabilità analitica per centri di costo, atta a consentire, a norma dell'articolo. 10 co 1 d. lgs 279/1998, la valutazione economica dei servizi e delle attività prodotte, collegando le risorse con i risultati conseguiti e le responsabilità dirigenziali, allo scopo di realizzare il monitoraggio dei costi dei rendimenti e dei risultati dell'azione svolta dalle singole amministrazioni.

---

<sup>480</sup> Cfr. L. Pacifico, *La riforma del bilancio, Azienda pubblica 3/1998*.

<sup>481</sup> L. Rinaldi, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato, cit., 138-144*.

<sup>482</sup> Cfr. Petretto, *Riforma della pubblica amministrazione, riforma del bilancio ed efficienza economica, Le Regioni, 5/98*.

Le funzioni obiettivo riflettono le finalità istituzionali di ogni amministrazione. Sono individuate in relazione alla definizione delle politiche pubbliche di settore e all'esigenza di misurazione dei risultati - anche in termini, ove possibile, di servizi resi ai cittadini.

Le unità previsionali sono individuate in modo che ciascuna unità corrisponda ad un unico centro di responsabilità amministrativa, cui è affidata la relativa gestione. I centri di costo sono così corrispondenti ai centri di responsabilità amministrativa ed ai risultati da questi raggiunti.<sup>483</sup>

Il sistema di misurazione impostato in sede di bilancio di previsione dello Stato si completa in sede di bilancio consuntivo. E' stabilito, infatti, che il rendiconto generale dello Stato deve esporre, nel conto di bilancio, le risultanze della gestione delle entrate e delle spese secondo la stessa struttura del bilancio di previsione, e cioè, secondo la classificazione per funzioni obiettivo e per unità previsionali di base. Queste sono altresì suddivise per capitoli, individuati secondo il loro contenuto economico e funzionale, la cui conoscenza analitica avviene attraverso i dati dei risultati di gestione - evidenziati dal rendiconto in rapporto alle risorse impiegate e agli obiettivi fissati, sì da consentire una valutazione delle scelte amministrative anche in riferimento alla soddisfazione degli utenti - Il conto di bilancio così costituisce uno strumento di verifica dei risultati gestionali, in cui il dato finanziario diviene misuratore della produttività e della attuazione degli obiettivi.<sup>484</sup>

L'introduzione della gestione manageriale della pubblica amministrazione, in sostituzione della vecchia gestione burocratica, e la riforma del bilancio dello stato sono elementi che indicano l'inversione del tradizionale rapporto tra politica ed economia, in cui la seconda era subordinata alla prima. La politica si riteneva disporre della capacità di governare il sistema economico, facendo prevalere sui valori economici i valori etici.<sup>485</sup>

---

<sup>483</sup> V. anche L. Rinaldi, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, cit. 138-144.

<sup>484</sup> M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit., 9-20.

<sup>485</sup> M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit., 86 -130.

## 7. Considerazioni conclusive

Le riforme della pubblica amministrazione hanno sviluppato in capo all'organismo pubblico il binomio autonomia – responsabilità; all'assegnazione degli strumenti organizzativi, finanziari, operativi necessari allo svolgimento delle funzioni corrisponde, infatti, una accresciuta responsabilizzazione in ordine ai risultati dell'attività, che sono assoggettati a metodi di monitoraggio e controllo rispondenti ad un sistema di "accountability" istituzionale.

La sana gestione dell' "azienda" pubblica amministrazione" e di tutto il sistema pubblico nel suo complesso è valutata attraverso principi di economia aziendale.<sup>486</sup>

Scopo delle riforme pubbliche è stato quello di ridurre il divario tra finalità istituzionali e obiettivi concretamente raggiunti, anche e soprattutto in termini di raffronto tra standards di qualità e quantità attesi dalla società e livelli di servizi effettivamente erogati.

Le riforme sono necessarie ad adeguare la pubblica amministrazione all'evoluzione del sistema sociale ed economico, esse, pertanto, devono rapportarsi in termini di impatto su tali realtà e non di conformità ad astratti modelli di corretta gestione.

Non possono operarsi riforme semplicemente importando regole e principi di altri sistemi istituzionali, politici, sociali solo perché ritenuti più razionali.

In base al principio di unitarietà dell'azienda, infatti, la modifica di una parte soltanto della gestione (ad es. il miglioramento della tecnologia) può non produrre miglioramenti sulla gestione complessiva quando il sistema aziendale non è pronto al recepimento delle innovazioni. In tali casi la gestione globale può rimanere immutata, o anche subire peggioramenti.<sup>487</sup>

Alcune volte le riforme sono strumentali ad obiettivi diversi da quelli dichiarati oppure si sostanziano soltanto nel modificare le regole formali della pubblica amministrazione senza incidere sul suo funzionamento effettivo (c.d. riforme gattopardesche).<sup>488</sup>

L'emergenza finanziaria ha determinato un'accresciuta attenzione ai modi di acquisizione e utilizzo dei fattori produttivi. L'introduzione di logiche aziendali non trova la sua unica motivazione nell'esigenza di risanare i conti pubblici, ma si spiega anche in quanto il tramonto dello stato sociale ha indotto il riconoscimento dei principi economici quali strumenti utili anche a garantire l'equilibrio sociale. Per superare la diseconomicità della gestione della pubblica amministrazione, tuttavia, non bisogna sempre applicare il principio in base al quale *privato* è

---

<sup>486</sup> M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit. 168-169.

<sup>487</sup> M.V. Lupò Avagliano, *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, cit., 168-189.

<sup>488</sup> B. Guy Peters, *La Pubblica Amministrazione*, cit., 463.

sempre sinonimo di efficienza, qualità, libertà, economicità, mentre *pubblico* non indica che inefficienza, spreco e corruzione. I principi di buona amministrazione non sono appannaggio esclusivo delle aziende private ma di ogni tipo di azienda efficiente.<sup>489</sup> Occorre considerare, inoltre, che il perseguimento del parametro di efficienza dell'azione pubblica non può trascurare il controllo del rispetto della legalità, che continua a costituire un canone fondamentale alla luce del quale è valutata la correttezza dell'operato amministrativo, posto che il raggiungimento degli obiettivi di risultato non è sufficiente a qualificare efficiente un'amministrazione i cui atti costituiscano inevitabilmente oggetto di pronuncia giurisdizionale di annullamento per illegittimità anche solo formale.<sup>490</sup>

---

<sup>489</sup> R. Mussari, *La valutazione dei programmi nelle aziende pubbliche*, cit., 39-40.

<sup>490</sup> L. Rinaldi, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico, un confronto con il manager privato*, cit. 112.

## PARTE TERZA

\*\*\*\*

### L'EFFICIENZA DEL SISTEMA GIUSTIZIA

#### 1. La finalità del giusto processo

La regolamentazione delle garanzie del giusto processo è legata all'attenzione nei confronti dei contenuti sostanziali delle pronunce giudiziarie. In altri termini, il processo deve strutturarsi secondo i canoni che sono stati oggetto di esame nel presente lavoro, al fine di garantire la giustizia del risultato. A prescindere dal modo in cui la garanzia del giusto processo sia interpretata, o come formula riassuntiva delle varie garanzie giurisdizionali o come clausola aperta foriera di nuove garanzie, infatti, quei precetti garantiscono che, attraverso la dialettica processuale, le questioni di diritto e di fatto oggetto della controversia ricevano una giusta soluzione. Anche il principio di ragionevole durata presenta tale finalità, sia in quanto una sentenza tardiva è di per se ingiusta, sia perché il decorso di un tempo eccessivo tra l'istruzione probatoria e la decisione può incidere sulla correttezza nella valutazione delle prove.

Il giusto processo è legato direttamente alla giustizia del suo risultato. La finalità della giustizia procedurale, infatti, non è quella di garantire soltanto il rispetto dei diritti degli attori del processo in quanto tali, ma a dirimere i conflitti tra i consociati. L'obiettivo perseguito, in sostanza, è la giustizia della sentenza. La sentenza è giusta, nei limiti imposti dal carattere fallibile del giudizio, quando ha come presupposto la corretta interpretazione delle norme applicabili al caso di specie e l'esatta ricostruzione dei fatti di causa. Attraverso la giustizia procedurale l'ordinamento dichiara la connessione tra l'obiettivo di un risultato giusto e la consapevolezza della impossibilità di ottenerlo con certezza.<sup>491</sup> Se in rapporto ad ogni singolo problema vi fosse un'unica decisione giusta, le modalità procedurali sarebbero irrilevanti, poiché la giustezza della decisione non dipenderebbe dal modo in cui si è giunti ad essa; l'importanza del procedimento, invece, è data proprio dall'incertezza che investe ogni questione riguardante il diritto e la verità.<sup>492</sup>

---

<sup>491</sup> S. Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, cit. Vedi anche P. Ferrua, *Giusto processo*, cit., 59-62.

<sup>492</sup> N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, cit., 52.

## 2. L'organizzazione giudiziaria alla luce del giusto processo

Il principio del giusto processo non si presta ad una definizione unitaria bensì ad essere scomposto in un sistema di garanzie entro le quali è possibile operare una “*summa divisio*” tra un complesso di garanzie strutturali o di equità, dirette ad perseguire la giustizia dell’esito del giudizio, ed un complesso di garanzie funzionali o di efficienza, che assicurano l’idoneità del processo a fungere da strumento di efficace e tempestiva tutela.<sup>493</sup> In relazione a questo secondo profilo, può sostenersi che l’articolo 111 Costituzione in combinato disposto con l’articolo 97 ha operato la “costituzionalizzazione di un principio di efficienza del sistema giustizia.”<sup>494</sup>

L’efficiente funzionamento del sistema giudiziario si pone quale condizione imprescindibile di garanzia del buon funzionamento anche del sistema economico e sociale.<sup>495</sup>

Si è rilevato come nonostante incrementi costanti dei costi, aumentati del 44/% dal 2002 al 2006, il numero dei procedimenti pendenti e della durata media per la definizione dei processi è sempre in aumento. Si tratta di un sistema giustizia che non risponde agli standards minimi di servizio di un paese avanzato. L’inefficienza della giustizia produce diseconomie esterne in quanto la giustizia lenta si traduce nella “non giustiziabilità dei rapporti economici”, con evidenti ripercussioni sul sistema produttivo. Attraverso le prescrizioni della legge Pinto, inoltre, la ritardata definizione dei processi è fonte di costi diretti per lo Stato nonché di un vasto contenzioso che aggrava ulteriormente il funzionamento della macchina giustizia.<sup>496</sup>

L’analisi delle problematiche sulla giustizia e l’elaborazione di soluzioni da adottare mediante adeguate riforme oggi non possono essere condotte se non abbandonando le idee autoreferenziali del diritto e della giustizia a favore di concezioni funzionali, basate sugli obiettivi e sui risultati.<sup>497</sup>

Ai fini del raggiungimento di questi obiettivi e dell’attuazione dei principi costituzionali del giusto processo assume rilevanza centrale l’organizzazione del servizio giustizia, essendo l’esercizio della giurisdizione condizionato dalle scelte organizzative intorno ad esso. Tra gli elementi che determinano l’efficienza del servizio giustizia rientrano, infatti, il modulo

---

<sup>493</sup> S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 65.

<sup>494</sup> M. Sciacca, *Gli strumenti di efficienza del sistema giudiziario, i nodo critici e l’efficienza della capacità organizzativa del giudice*, [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>495</sup> G. Costantino, *Tra processo e organizzazione: per una giustizia civile tempestiva ed efficace*, *Democrazia e diritto* 4/2005.

<sup>496</sup> G. Floridia, *Geografia giudiziaria e specializzazione*, *Iustitia* 2008, 175.

<sup>497</sup> S. Gambino, *Il diritto a un giudice autonomo e indipendente – ri-forma di Stato e sistema di giustizia nell’ottica interna, comparata e comunitaria*, cit.  
V. anche sul punto Gambino, Morchella, *L’ordinamento giudiziario tra dir. comparato dir. comunitario e CEDU*, cit.

organizzativo adottato negli uffici giudiziari, nelle cancellerie e segreterie, le risorse impiegate nei servizi, ecc.<sup>498</sup>

L'inefficiente funzionamento della macchina giustizia, non solo compromette l'effettività dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento minando le stesse basi dello stato di diritto,<sup>499</sup> ma si riflette negativamente anche sull'economia e sul mercato, riducendo, in particolar modo, la disponibilità a concedere crediti e facendo aumentare i tassi di interesse, elementi ambedue dipendenti dalle probabilità che il sistema giudiziario offre concretamente di ottenere il rientro dei crediti. Le tendenze di riforma in materia di giustizia degli ultimi anni, infatti, spaziano entro vari ambiti, dalle problematiche relative al rapporto tra la magistratura e gli altri poteri dello stato e alla loro reciproca indipendenza, alla separazione delle carriere, alle riforme processuali. Un aspetto di non minore importanza è quello che investe l'organizzazione della funzione giudiziaria, profilo che ingloba questioni inerenti alla razionalizzazione della dislocazione territoriale degli uffici giudiziari, all'assegnazione e gestione delle risorse, alla ricerca di soluzioni manageriali per la gestione degli uffici.<sup>500</sup> Le riforme devono essere guidate, come lo sono state quelle amministrative, da principi di razionalizzazione, applicati sia al procedimento legislativo che alle politiche della giustizia. Proposte di riforma suggeriscono ad es. la possibilità di introdurre nell'amministrazione della giustizia, come già avviene nel procedimento amministrativo, forme partecipative degli interessati e dei controinteressati. Si incoraggia altresì l'introduzione di sistemi di monitoraggio della capacità dell'apparato giudiziario. Si auspica la semplificazione normativa anche in ambito giudiziario, come già in ambito amministrativo. Tutti rimedi pensati al fine di accrescere la capacità del sistema giustizia di assicurare adeguate risposte in tempi brevi alle aspettative promananti da una società complessa, le cui dinamiche sono regolate mediante un altrettanto complesso sistema normativo.<sup>501</sup>

L'ambito di analisi ora preso in considerazione interessa la qualità del sistema giudiziario in termini di efficienza, efficacia ed economicità del servizio, profili che si pongono in stretta connessione con una funzione giurisdizionale esercitata conformemente agli esaminati principi e garanzie vigenti in ambito sia nazionale che sopranazionale. L'efficiente organizzazione ed amministrazione del servizio giustizia non possono, infatti, non avere diretti riflessi sull'efficienza

---

<sup>498</sup> R. Chieppa, *Il giudice e il principio della divisione dei poteri*, *Iustitia*, n. 4/2000.

<sup>499</sup> G. Costantino, *Tra processo e organizzazione: per una giustizia civile tempestiva ed efficace*, *cit.*

<sup>500</sup> M. Giovannini, *Giustizia in crisi: considerazioni ai margini di un dibattito non sempre costruttivo*, *Politica del diritto*, n. 2/2004.

<sup>501</sup> S. Gambino, *Il diritto a un giudice autonomo e indipendente – ri-forma di stato e sistema di giustizia nell'ottica interna, comparata e comunitaria*, *cit.*  
V. anche sul punto Gambino, Morchella, *L'ordinamento giudiziario tra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, *cit.*

del processo ai fini della sua qualificazione come “giusto”. Particolare importanza assume la funzione di gestione, in quanto l’efficienza del servizio giustizia non può prescindere dalla efficiente organizzazione e gestione delle risorse, la quale, cooperando con la funzione giurisdizionale stricto sensu, contribuisce alla erogazione del “prodotto giustizia”. L’esercizio della funzione giurisdizionale, infatti, deve avvalersi di una struttura amministrativa rispondente a logiche gestionali efficienti.<sup>502</sup> La “questione giustizia” in Italia non abbraccia le sole problematiche sui magistrati, ma investe anche quelle inerenti le strutture, le attrezzature, l’organizzazione, le risorse. Particolare importanza rivestono le risorse umane rappresentate da personale non togato, cancellieri, ufficiali giudiziari, ed altro personale, che opera in prima linea nei rapporti con coloro che domandano giustizia ed interagisce con gli altri operatori giudiziari, rappresentando, di solito, il “primo volto della giustizia” che il cittadino si trova innanzi. Il bisogno del cittadino di ottenere dal giudice pronunce “giuste” in tempi ragionevoli passa, infatti, anche attraverso la possibilità di accedere con facilità al relativo servizio.<sup>503</sup>

### **3. Le proposte di riforma**

Varie misure in tema di organizzazione giudiziaria sono state suggerite allo scopo di incrementare il livello di efficienza del sistema giustizia in tempi rapidi e con ridotto impatto di costi, quali ad esempio l’introduzione di più rigorosi sistemi di reclutamento e aggiornamento professionale del personale, di un sistema premiante, di forme di seria valutazione delle prestazioni, il potenziamento della formazione, il migliore utilizzo delle risorse, specie di quelle informatiche, l’attivazione di URP e di analoghi strumenti di comunicazione idonei a facilitare l’esercizio da parte degli utenti dei diritti di informazione e di accesso, il ricorso a politiche di benchmarking - dirette a confrontare differenti metodi operativi al fine di estendere quelli dimostratisi più efficienti -<sup>504</sup>

Tra i progetti di riforma degli ultimi anni merita attenzione quello relativo all’istituzione dell’ufficio del processo (proposta di legge 2873, ddl Mastella), particolarmente attento al recupero dell’attenzione proprio nei confronti dei profili organizzativi del servizio giustizia. L’ufficio del processo ha la funzione di gestire i procedimenti giurisdizionali al fine di incrementare l’efficienza dell’attività giudiziaria. Esso espleterebbe tutte le attività correlate alla giurisdizione fornendo un ausilio qualificato al giudice, in particolare mediante l’effettuazione di

---

<sup>502</sup> G. Costantino, *Tra processo e organizzazione: per una giustizia civile tempestiva ed efficace*, cit.

<sup>503</sup> G. Garancini, *Il sistema giustizia, quale riforma?* Iustitia n. 4/2005.

<sup>504</sup> D. Intravaia, *Giustizia e organizzazione*, [www.dirigentiigiustizia.it](http://www.dirigentiigiustizia.it).

ricerche giurisprudenziali e dottrinali. Tale ufficio provvederebbe alla cura dei rapporti con le parti e con il pubblico, alla gestione dei flussi processuali, alla formazione e tenuta dell'archivio dei provvedimenti emessi. La composizione, il funzionamento, il coordinamento di esso verrebbero stabiliti dalla direzione dell'ufficio giudiziario, e cioè di concerto tra il magistrato capo e il dirigente preposto, di tal che ad ogni singolo ufficio giudiziario sia garantita autonomia di organizzazione e gestione.

Tale struttura organizzativa non si presenta semplicemente quale strumento di supporto all'attività del giudice, ma è frutto di una riorganizzazione coinvolgente tutte le attività che cooperano al servizio, sia quelle più strettamente legate all'esercizio della funzione giurisdizionale che quelle più latamente ad essa connesse, e tutte le professionalità impegnate nei vari processi lavorativi.

La riorganizzazione si avvale del modello partecipativo, già sperimentato con le riforme amministrative, in base al quale, ad esempio, le tabelle si trasformano da scelte interne all'apparato giudiziario in programmi fissati a seguito di confronto con l'utenza, rappresentata da movimenti di consumatori, associazioni imprenditoriali, ordini professionali, sindacati, con gli enti territoriali, con la dirigenza amministrativa e con le unità organizzative interne agli uffici giudiziari.<sup>505</sup>

#### **4. L'incremento dell'efficienza: il processo telematico**

Importantissima risorsa ai fini dell'incremento dell'efficienza del servizio giustizia è il processo telematico, la cui concreta operatività è prevista per il 2010, e che produrrà, in termini di benefici attesi: la riduzione della durata dei processi sino a sei mesi, l'accelerazione del 20-30% nella trattazione delle cause, il recupero del 30-40% della funzionalità dei servizi di cancelleria, l'accelerazione dei tempi di notifica mediamente di dieci giorni, il miglioramento della reperibilità e fruibilità delle informazioni e degli atti relativi ad una determinata causa, la semplificazione nell'organizzazione degli archivi con relativo risparmio di costi, la maggiore conoscibilità della giurisprudenza di merito (con conseguente riduzione delle c.d. cause esplorative), l'accrescimento della cooperazione tra ufficio giudiziario e attori esterni, la razionalizzazione nell'impiego delle risorse umane. Quest'ultimo obiettivo è particolarmente rilevante, in quanto il migliore utilizzo delle risorse disponibili arricchisce l'organizzazione non soltanto in termini di efficienza. Il processo telematico, infatti, consentendo l'interazione diretta tra i vari attori del

---

<sup>505</sup> G. Gilardi, *L'efficienza del processo civile tra profili di organizzazione e riforme processuali*, *Democrazia e diritto*, 2/2005.

processo, può determinare il recupero di capacità professionali dequalificate dallo svolgimento di compiti di mero segretariato, quali il front office, l'iscrizione manuale nei registri, la fascicolazione, lo spostamento fisico dei fascicoli, ecc.<sup>506</sup>

Il legislatore italiano è intervenuto per regolare l'uso di strumenti informatici e telematici al fine di accelerare e razionalizzare lo svolgimento del processo.

La legge 59/1997 riconosce validità ad atti della pubblica amministrazione e dei privati formati con strumenti informatici o telematici, e all'archiviazione e trasmissione di atti con tali mezzi. Essa demanda alla fonte regolamentare di fissare i criteri e le modalità applicative delle direttive da essa previste. Il Regolamento governativo emanato con D.P.R. 513/1997 ha disciplinato il documento informatico e la trasmissione dei documenti per via telematica. Il D.P.C.M. 8 febbraio 1999 ha stabilito regole tecniche per la formazione, trasmissione, conservazione, duplicazione, riproduzione e validazione dei documenti informatici. Il Regolamento 513/1997 è stato abrogato, in quanto confluito nel Testo Unico sulla documentazione amministrativa emanato con D.P.R. 445/2000.

Con il D.P.R.123/2001 è stato emanato il regolamento sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile e dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti. Esso disciplina il c.d. "processo telematico", in cui gli atti processuali sono formati mediante strumenti informatici nonché depositati, notificati e comunicati per via telematica. Tutti gli atti e i provvedimenti possono, infatti, essere posti in essere in forma di documenti informatici sottoscritti con firma digitale. Il documento informatico è così equiparato, anche in ambito processuale, a quello cartaceo.

La trasmissione del documento informatico per via telematica con modalità tali da assicurare l'avvenuta consegna equivale alla notificazione a mezzo del servizio postale, nei casi in cui questa è consentita dalla legge. La notificazione telematica può compiersi quando l'atto ha natura di documento informatico<sup>507</sup> e il destinatario dispone di un indirizzo elettronico cui poterlo inviare.

<sup>508</sup>

---

<sup>506</sup> G. Guarda, *Il nuovo ruolo delle Cancellerie*, Convegno "Il processo civile telematico", [www.dirigentiustizia.it](http://www.dirigentiustizia.it).

<sup>507</sup> *Il documento informatico è costituito dalla rappresentazione informatica del contenuto di atti, fatti, o altri dati giuridicamente rilevanti. Si distingue il documento elettronico in senso stretto, che è quello impresso nella memoria della macchina con la quale è stato formato e leggibile solo mediante essa, e il documento elettronico in senso lato, che è reso disponibile, mediante dispositivi della macchina, su supporto materiale trasportabile. Il documento elettronico è costituito da un insieme di informazioni impresse in forma numerica mediante uso del sistema binario - basato sulle combinazioni delle cifre 0 e 1 - su un supporto magnetico - hard disk, c.d. floppy, ecc. - decodificabili in linguaggio convenzionale da una macchina. La sottoscrizione del documento informatico è assolta mediante la firma digitale, che consente la*

La piena operatività del processo telematico avrà riflessi sull'organizzazione e sull'efficienza, oltre che degli uffici di cancelleria, anche degli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti (UNEP), in quanto l'esecuzione delle notifiche in forma telematica è in grado di far recuperare più elevati livelli di efficienza e qualità sia al servizio notificazioni che agli altri servizi svolti da tale unità organizzativa.

La trasmissione telematica di atti processuali avviene attraverso il sistema informatico civile, un sottoinsieme di risorse del dominio giustizia, accessibile però soltanto agli operatori di un determinato processo, nel quale possono interagire. Il richiedente invia l'atto da notificare all'UNEP sotto forma di documento informatico. L'atto è notificato all'indirizzo e-mail dichiarato dal destinatario, e restituito all'istante con le stesse modalità, munito di relata di notifica sottoscritta dall'ufficiale giudiziario con firma digitale. Se l'ufficiale giudiziario non può provvedere alla notifica telematica, effettua la notificazione del documento informatico su supporto ottico non riscrivibile. Le notificazioni tra difensori possono effettuarsi a norma della legge 21 gennaio 1994, senza il tramite dell'ufficiale giudiziario, all'indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario. Il messaggio è inviato dal punto di accesso del mittente al gestore centrale, che lo trasmette al punto di accesso del destinatario. Il punto di accesso è una struttura tecnico – organizzativa che fornisce i servizi di connessione al gestore centrale e di trasmissione

---

*validazione, cioè l'attribuzione di valida paternità al documento, e la sua datazione. La firma digitale è un tipo particolare di firma elettronica. La firma elettronica è apposta ad un documento informatico, ed è costituita da un insieme di dati connessi ad altri che consentono la validazione. La firma digitale è più sicura, in quanto basata su tecniche crittografiche che determinano l'univoca individuazione del suo titolare.*

*Viene anche definita firma elettronica avanzata. Il d.lgs 10/2002 stabilisce che il documento informatico sottoscritto con firma elettronica è liberamente apprezzabile dal giudice, mentre quello sottoscritto con firma digitale fa piena prova fino a querela di falso della sua provenienza.*

*La firma digitale, come accennato, si basa su un sistema di crittografia a chiavi asimmetriche in cui due algoritmi crittografici, chiavi, identificano il titolare. Una delle due chiavi è pubblica, l'altra, contenuta in una smart card, è nota solo al titolare, che è collegato alla chiave pubblica attraverso un "certificato" rilasciato da un soggetto abilitato quale certificatore. In pratica, il titolare "firma" il documento, cifrandolo con la propria chiave privata, e la cifratura è decodificata attraverso la chiave pubblica, il cui certificato consente l'individuazione del suo autore. Le due chiavi sono complementari e indipendenti, in quanto la chiave pubblica consente l'individuazione del titolare, ma non consente, ovviamente, di conoscere la chiave privata. Sono rilasciate entrambe dal soggetto certificatore, che deve possedere determinati requisiti fissati nel d. lgs 82/2005 – Codice dell'amministrazione digitale – ed è soggetto al controllo del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione, organismo istituito dal d.lgs 39/1993 come modificato dal d.lgs 196/2003. In base alla sua funzione, vi sono vari tipi di chiavi asimmetriche, per la sottoscrizione, per la certificazione, per la marcatura temporale.*

<sup>508</sup> *Il D.P.R. 68/2005 ha disciplinato la posta elettronica certificata, definita come sistema di posta elettronica che fornisce al mittente l'attestazione elettronica dell'invio e della consegna al destinatario di un documento informatico.*

telematica degli atti relativi a un determinato procedimento, nonché la casella di posta elettronica certificata ai soggetti abilitati a interagire nel processo, previa loro identificazione ed iscrizione, che consiste nella attestazione della iscrizione all'albo dell'ordine forense e della inesistenza di cause impeditive allo svolgimento di attività difensive. Il punto di accesso è attivabile dal Consiglio nazionale forense, dai Consigli dell'ordine degli avvocati, dai Consigli notarili, ecc. Il gestore centrale è una struttura tecnico-organizzativa istituita presso il Ministero della Giustizia, con il compito di fornire i servizi di accesso al sistema informatico civile e i servizi di trasmissione informatica di documenti processuali tra sistema informatico civile e soggetti abilitati. Gli indirizzi elettronici dei soggetti del processo civile sono consultabili per via telematica dal registro generale degli indirizzi elettronici, attivo presso il gestore centrale. A norma dell'articolo 14 comma III T.U. 445/2001, la notificazione telematica è equiparata a quella postale, e deve essere eseguita con modalità che ne assicurino l'effettiva consegna. Argomentando dalla sentenza n. 477/2002 della Corte Costituzionale, si deduce che anche la notificazione telematica, come quelle postale cui si riferisce la cennata sentenza, si perfeziona, per la parte istante, con la consegna all'organo notificatore, e cioè nel momento in cui l'atto richiesto perviene alla sua casella di posta elettronica, mentre per il destinatario si perfeziona nel momento in cui il messaggio di posta elettronica gli è messo a disposizione dal service provider nella sua casella di posta elettronica. Il momento perfezionativo della notificazione, pertanto, coincide sempre con quello in cui l'atto è posto nella sfera di conoscibilità del destinatario. A norma dell'articolo 3 d.lgs 68/2005, il documento informatico trasmesso per via telematica si considera spedito dal mittente quando è inviato al proprio gestore, e si considera ricevuto dal destinatario allorché è reso disponibile all'indirizzo elettronico da lui dichiarato, nella casella di posta elettronica assegnatagli dal gestore. Il che vale ad affermare che il destinatario, essendosi abilitato ad interagire con il sistema informatico civile, e/o avendo dichiarato il proprio indirizzo e-mail, in base ad un principio di autoresponsabilità e di tutela dell'altrui affidamento, assume l'onere di rendersi edotto degli atti trasmessi alla sua casella e-mail, salva la prova della dispersione di comunicazioni dovuta a cause a lui non riferibili.

La notificazione telematica eseguita dall'ufficiale giudiziario si considera effettuata alla data riportata nella ricevuta di consegna, che il gestore del servizio invia automaticamente all'organo mittente. I gestori del servizio di posta elettronica certificata devono possedere determinati requisiti di affidabilità e sono abilitati a seguito di iscrizione in elenco pubblico sotto il controllo del CNIPA.

Le notifiche eseguite da altri soggetti attraverso il sistema informatico civile si considerano compiute alla data apposta dal notificatore sulla ricevuta di consegna, mediante la procedura di

validazione temporale, cioè l'apposizione di una sorta di seconda firma digitale con l'uso di apposita chiave di marcatura temporale.

Non è al momento configurabile la notifica telematica nei confronti di soggetti esterni al processo, in quanto il destinatario che sia estraneo al sistema informatico civile deve aver dichiarato precedentemente il proprio indirizzo di posta elettronica certificata, così effettuando una sorta di elezione di domicilio elettronico, oppure deve essere disponibile un indirizzo di posta elettronica certificata, dichiarato al certificatore della firma digitale e contenuto nel certificato.<sup>509</sup>

## **5. La privatizzazione dei servizi**

Si è già ribadito come le tendenze di riforma degli ultimi anni, aventi ad oggetto obiettivi di miglioramento dell'efficienza dei servizi pubblici, siano state guidate dalla logica della introduzione di criteri privatistici e concorrenziali. L'affermazione di tale atteggiamento culturale, prima che politico, può determinare il rifiuto di tentativi di migliorare dall'interno la pubblica amministrazione per abbracciare acriticamente ogni proposta di tipo liberista.

Anche il servizio giustizia viene oggi ad essere interessato da una (prima) proposta di liberalizzazione. Essa investe la sfera di competenza e lo status dell'ufficiale giudiziario.

E' attualmente allo studio, infatti, la proposta di legge numero 749 avente ad oggetto la delega al Governo per l'istituzione e la regolamentazione della professione intellettuale di ufficiale giudiziario. La proposta normativa si prefigge due obiettivi, l'assegnazione di un definitivo preciso status di libero professionista all'ufficiale giudiziario e la valorizzazione delle sue funzioni, al fine di migliorare la qualità dei servizi, ridurre la durata dei processi, limitare la spesa pubblica.

L'esame di questo progetto di riforma che investe una importante parte del servizio giustizia deve prendere le mosse dalle attività demandate all'ufficiale giudiziario.

A norma dell'articolo 59 c.p.c. rientrano nelle attribuzioni di quest'organo l'assistenza alle udienze, l'esecuzione degli ordini del giudice, la notificazione degli atti, e le altre incombenze previste dalla legge.

Si tratta di una figura da sempre connotata da una certa ambiguità, il cui status si colloca tra il dipendente pubblico ed il libero professionista. Alcune funzioni sono svolte in seno al processo e, pertanto, in posizione di ausiliarietà rispetto al giudice, mentre altre sono svolte su semplice richiesta delle parti, senza necessità alcuna di autorizzazione da parte del giudice.

---

<sup>509</sup> L. Pica, *Le notificazioni nel processo civile*, ed. Simone, 277 e ss.

Nella legislazione del XIX secolo l'ufficiale giudiziario risultava un soggetto privato ausiliario della giurisdizione - parificato al testimone e al perito - dai quali si distingueva tuttavia per la natura stabile della sua collaborazione con l'ordine giudiziario. Nel XX secolo si avviò un processo di statalizzazione di questi funzionari. A norma dell'articolo 4 dell'ordinamento giudiziario gli ufficiali giudiziari sono ausiliari dell'ordine giudiziario, disposizione ribadita dall'articolo 1 D.P.R. 1229/'59, che nell'articolo 4 li equipara agli impiegati civili dello Stato limitatamente ad alcuni effetti, quali i congedi, l'imposta sul reddito, l'impignorabilità delle retribuzioni, l'iscrizione agli istituti previdenziali. La sentenza 389/1991 del Consiglio di Stato afferma che essi, in quanto inseriti stabilmente nell'organizzazione statale mediante un formale atto di nomina, sono impiegati civili dello Stato, ai quali si applica, pertanto, lo statuto dell'impiego pubblico salvi i casi in cui le caratteristiche peculiari della loro attività giustifichino un trattamento differenziato.

La teoria del Mortara, che vedeva l'ufficiale giudiziario come privato incaricato di attività ausiliarie al processo, fu superata da quella del Chiovenda, che affermava che il giudice, il cancelliere e l'ufficiale giudiziario formano un unico organo complesso della giurisdizione.

La figura, sebbene fu equiparata sotto vari aspetti a quella dei pubblici impiegati, continuò ad essere caratterizzata da elementi controversi, tra i quali, in particolar modo, l'esistenza di una forma differenziata di retribuzione legata alla riscossione di proventi del compimento degli atti, la gestione contabile autonoma degli UNEP (Uffici notificazioni, esecuzioni e protesti), la mancanza di un orario di lavoro, la previsione di una forma di responsabilità diretta verso la parte ex articolo 60 c.p.c. in aggiunta alla responsabilità verso i terzi vigente in base all'articolo 2043 codice civile. Queste caratteristiche ostavano alla possibilità di ravvisare un rapporto di subordinazione verso l'Amministrazione. Per contro, invece, la sussistenza di un potere disciplinare dell'Amministrazione, ne era chiaro indice, deponendo a favore della qualificazione dell'organo come dipendente statale.

L'UNEP, infatti, nel quale egli è incardinato a norma dell'articolo 3 R.D. 30 gennaio 1941 (ordinamento giudiziario), costituisce una struttura burocratica dell'Amministrazione giudiziaria, e non un ente di tipo privato.

Tali peculiarità sono mantenute anche dalla contrattazione collettiva sul pubblico impiego, vigente anche nei confronti dell'ufficiale giudiziario al quale si estende, infatti, il regime del pubblico impiego "privatizzato" ex d.lgs 165/2001.

La contrattazione collettiva ha anche dettato delle specifiche norme di raccordo che regolano il rapporto d'impiego dell'ufficiale giudiziario.

Il disegno di legge ora in esame si inserisce in questo quadro.

E' opinione comune che l'esecuzione forzata rientri nella giurisdizione, costituendo una funzione pubblica riservata allo Stato; l'attività giurisdizionale, infatti, non è solo quella decisoria ma ricomprende anche la successiva attività di attuazione coattiva del contenuto del provvedimento decisorio, che si rende necessaria qualora manchi la spontanea osservanza del comando del giudice. In tali termini, non è ammissibile che possa essere posta in essere da un privato ma può essere compiuta soltanto da organi statali. Colui che vuole ottenere l'attuazione di un provvedimento non deve rilasciare mandato ad un professionista, ma avanzare una domanda agli organi pubblici a ciò preposti.

Gli organi dell'esecuzione, nel nostro ordinamento, sono costituiti dal giudice e dall'ufficiale giudiziario.

Nell'esercizio di queste attribuzioni, il secondo non ha soltanto funzioni meramente esecutive.

L'ufficiale giudiziario è un esecutore chiamato a risolvere problemi giuridici, in quanto deve preliminarmente valutare la sussistenza dei presupposti del suo intervento, applicare norme di legge alla sua azione, e, in molti casi, effettuare anche valutazioni di opportunità. Nel processo esecutivo, infatti, non si decide sui presupposti che fondano la pretesa esecutiva, sulla sussistenza del credito - se non mediante il regime delle opposizioni - ma si decide in merito alla sussistenza dei presupposti della misura esecutiva.

Il disegno di legge in esame assume come fondamento che l'esercizio di una funzione pubblica non richiede necessariamente la sussistenza di un rapporto di impiego con lo Stato.

L'ufficiale giudiziario libero professionista sarebbe investito di competenze più ampie di quelle attuali in seno al processo esecutivo, in particolare, la riforma gli attribuisce il compito di iniziare e portare a termine l'intero processo esecutivo salvo l'intervento del giudice dell'esecuzione nei casi di impugnazione. Egli sarebbe altresì competente alla formazione di titoli esecutivi stragiudiziali allorché, nei casi previsti dagli articoli 633 e ss. c.p.c. e preve le opportune modifiche al codice di rito, il creditore gli chieda di procedere a notificazione del precetto ed il debitore, su espresso interpello, riconosca anche solo in parte il debito. Si prevede altresì che possa constatare che la pretesa assistita dal titolo esecutivo è stata soddisfatta, con effetti estintivi dell'esecuzione iniziata. Sembra così che voglia attribuirsi all'ufficiale giudiziario una parziale cognizione in ordine al credito, limitatamente al fatto estintivo del pagamento; tali previsioni in realtà introdurrebbero soltanto una estensione dell'operatività dell'istituto del pagamento a mani dell'ufficiale giudiziario, finora possibile fino al momento antecedente al pignoramento e con il fine di evitarlo.

Quanto all'intenzione di attribuire alla competenza dell'ufficiale giudiziario l'intero processo esecutivo, anche questa è solo apparente, posto che la vendita, la distribuzione della somma

ricavata e la precisazione delle modalità di esecuzione delle misure cautelari e di urgenza, si confermano attività proprie del giudice, che possono essere compiute dall'ufficiale giudiziario solo su delega di questi.

La rivoluzione operata dalla riforma sarebbe così più esteriore che sostanziale, poiché il giudice rimane l'organo centrale del processo esecutivo.

Deve osservarsi altresì che un ufficiale giudiziario libero professionista determinerebbe un risparmio di spesa pubblica ma con costi aggiuntivi a carico dei privati.

Il regime di concorrenza che verrebbe ad instaurarsi tra tali professionisti ha indotto l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia a considerare sfavorevolmente tale proposta di legge, dalla quale scaturirebbe un sistema che consente alle parti la libertà di scegliersi l'ufficiale giudiziario che preferiscono. La questione delle attribuzioni da conferire con esclusività a detto professionista, inoltre, si inserisce più che altro nella problematica del riordino delle professioni, in quanto si tratterebbe di ripartire la materia tra i vari operatori del diritto (in particolare le competenze degli ufficiali andrebbero a sovrapporsi a quelle degli avvocati e dei notai).<sup>510</sup>

Come già accennato, in merito a tale disegno di legge l'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia ha manifestato parere contrario. Si evidenzia come, a prescindere dalla opportunità politica di privatizzare un'importante area di esercizio di pubblici poteri di competenza dell'Amministrazione della giustizia attualmente svolti, in nome e per conto di essa, da pubblici dipendenti (magistrati e ufficiali giudiziari), la proposta contrasta con gli orientamenti del diritto comunitario in tema di tutela della concorrenza e di liberalizzazione del mercato delle libere professioni. Istituire oggi un nuovo albo di professionisti intellettuali titolari di competenze esclusive, infatti, risulta certamente in contrasto con i chiari orientamenti espressi in materia sia dalla Commissione europea che della Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ulteriori profili investono poi la compatibilità dell'affidamento a privati di funzioni giurisdizionali e paragiurisdizionali con il rispetto dei principi di terzietà, indipendenza e trasparenza.

---

<sup>510</sup> M. Bove, *Osservazione sul ddl Berselli per l'istituzione di un nuovo statuto professionale degli ufficiali giudiziari ed una riforma dell'esecuzione forzata*, Relazione al Convegno "L'Ufficiale giudiziario elemento essenziale dello Stato di diritto", Rimini 24 e 25 gennaio 2009, [www.lisug.it](http://www.lisug.it). L'autore conclude che una vera riforma della materia dovrebbe abbandonare l'assunto in base al quale l'esecuzione è parte della giurisdizione e deve essere diretta da un giudice. Dovrebbe ammettersi che la vendita forzata è un contratto (cfr. Cerino, Canova, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, Riv. di dir. civ. 1980, 137), il cui compimento è rimesso a uno speciale soggetto abilitato. L'esecuzione forzata non è un'attività giurisdizionale ma un'operazione economica con effetti nel mondo sostanziale, che va gestita secondo criteri di efficienza seppur nel rispetto di specifiche garanzie e chiamando in causa il giudice allorché insorgano contestazioni da decidere. Quanto detto risulterebbe conforme all'articolo 24 Costituzione, in quanto la garanzia in esso prevista attiene allo ius dicere, vale a dire alla risoluzione delle controversie mediante l'accertamento del diritto applicabile al caso concreto.

L'introduzione di criteri liberistici e concorrenziali non è ammissibile in ordine all'esercizio di funzioni attinenti alla sovranità statale. La riforma consentirebbe alle parti la libera scelta del professionista di cui avvalersi per l'esercizio di dette funzioni.

Sotto il profilo della riduzione dei costi, inoltre, la proposta riforma, oltre ad essere maggiormente onerosa per il cittadino, lo è anche per l'erario, il quale sarà a sua volta tenuto all'esborso di maggiori compensi per gli atti che l'ufficiale giudiziario dovrà compiere a richiesta di parte pubblica. Ulteriore considerazione investe il reclutamento su base volontaristica dei nuovi professionisti, circostanza in grado di determinare che, specie in una prima fase (è previsto che in fase transitoria i dipendenti attualmente inquadrati nelle corrispondenti qualifiche possano optare per il nuovo status o scegliere di rimanere alle dipendenze dell'Amministrazione giudiziaria per essere adibiti ad altre mansioni) non vi sia un numero di professionisti sufficiente ad assicurare l'espletamento di quelle inderogabili funzioni pubbliche, o quantomeno una non omogenea distribuzione territoriale degli stessi.

A parere di chi scrive, uno dei punti deboli della proposta di riforma risiede nel fatto di non prevedere che, dopo la sua introduzione, un contingente di personale dell'Amministrazione giudiziaria rimanga preposto all'espletamento del servizio notificazioni a richiesta d'ufficio.

La riforma, infatti, pur dichiarandosi ispirata al modello francese, trascura di considerare che in tale ordinamento, l'ufficiale giudiziario libero professionista ha competenza in ordine agli atti di significazione, vale a dire di notificazione di quegli atti di contenuto particolarmente rilevante in quanto idonei ad incidere sui diritti della parte e produrre modificazioni nella sua sfera giuridica (come gli atti introduttivi e conclusivi dei procedimenti), e non a tutte le notificazioni. E' impensabile che l'ufficio giudiziario debba richiedere ad un libero professionista di effettuare le notificazioni, sopportandone i costi di mercato. Già oggi una parte delle notificazioni, quelle eseguite attraverso l'uso del mezzo postale a norma della legge 890/1982 sono pagate a prezzo di mercato ad un soggetto privato, Poste italiane s.p.a. il quale in forza di un'apposita convenzione stipulata con il Ministero della giustizia, collabora con gli UNEP nello svolgimento di tale servizio, in particolare provvedendo alla predisposizione delle relate di notifica e del materiale per l'imbustamento degli atti. Non si è però operata la privatizzazione del servizio, che è rimasto nella titolarità dell'ufficiale giudiziario operante all'interno della realtà degli uffici giudiziari. Con la riforma, invece, verrebbe meno il necessario collegamento diretto tra l'ufficio giudiziario e l'organo delle notificazioni, che ne ha sempre fatto parte.<sup>511</sup>

---

<sup>511</sup> *Questa situazione, sempre a parere di chi scrive, si lega alla unificazione di due distinte figure di funzionari dell'Amministrazione giudiziaria, un tempo rispettivamente preposte alle due sfere fondamentali di attribuzioni che caratterizzano la funzione di ufficiale giudiziario, e cioè l'attività di notificazione, e le attività svolte nell'ambito del processo esecutivo. Accanto*

---

*all'ufficiale giudiziario, infatti, il D.P.R. 1229/'59 prevedeva la figura dell'aiutante ufficiale giudiziario, avente il compito di coadiuvare l'ufficiale giudiziario nella notificazione degli atti. L'articolo 106 di tale normativa come novellato dall'articolo 2 della legge 322/'75 disponeva che l'ufficiale giudiziario, al quale era riservato il compimento degli atti di esecuzione, provvedesse anche alle notificazioni soltanto quando l'ufficio era privo di aiutanti ufficiali giudiziari.*

*La legge 11 luglio 1980 n. 312 ed il D.P.R. 1219/'84 sostituirono il precedente sistema delle carriere in cui era organizzato il pubblico impiego, inquadrando i dipendenti in qualifiche funzionali corrispondenti a vari livelli retributivi in base al contenuto della prestazione lavorativa e al livello culturale per essa richiesto. L'ufficiale giudiziario fu inquadrato nella VII qualifica funzionale, profilo professionale di collaboratore UNEP, l'aiutante nella VI qualifica, profilo di assistente UNEP. Al primo vennero attribuiti gli atti di esecuzione forzata, la direzione degli UNEP o di loro articolazioni, ed anche la notificazione degli atti. L'attribuzione fondamentale dell'assistente UNEP fu individuata nella notificazione degli atti, essendogli invece precluse le altre attività. A differenza dell'ordinamento del 1959, che non assegnava autonome funzioni agli aiutanti adibendoli a limitati compiti di supporto nei confronti degli ufficiali giudiziari, il nuovo ordinamento attribuì loro funzioni proprie, istituendo l'assistente UNEP, e non il collaboratore, quale organo delle notificazioni.*

*L'avvento della contrattazione collettiva nel pubblico impiego ha indotto una omogeneizzazione della atipica figura dell'ufficiale giudiziario con il restante personale giudiziario, ponendo dei problemi di compatibilità tra l'assoggettamento alle uniformi regole dell'impiego pubblico e la specificità delle funzioni svolte, che importano, com'è noto, un certo margine di autonomia e notevoli margini di responsabilità. La peculiarità di queste attribuzioni non è stata colta appieno dai contratti collettivi, che nell'individuare le funzioni della figura professionale dell'ufficiale giudiziario si limitano a rinviare ai compiti previsti dalla legge, senza distinguere con esattezza le mansioni di pertinenza degli ufficiali giudiziari da quelle degli aiutanti. I predetti dipendenti sono inquadrati nella medesima figura professionale di ufficiale giudiziario, ma suddivisi in due differenti aree (B e C) e posizioni economiche, cui corrispondono differenti retribuzioni e diversi requisiti culturali di accesso.*

*L'incertezza venutasi a creare determinò l'emanazione della circolare ministeriale del 27 settembre 2002 che, proclamando la c.d. interfungibilità delle funzioni, affermava che gli ufficiali giudiziari inquadrati nelle due diverse aree erano competenti sia in ordine agli atti di notificazione che agli atti di esecuzione.*

*Uno dei profili critici del progetto di riforma, ripeto a mio parere, si lega, a tali vicende.*

*Come è possibile, inoltre, ipotizzare la creazione di un albo professionale cui, anche se solo in fase transitoria, possono iscriversi soggetti dotati di requisiti culturali non omogenei?*

*Più opportuno, invece, sarebbe stato avanzare una riforma in senso libero professionale soltanto per una parte dei dipendenti oggi inquadrati nella figura professionale di ufficiale giudiziario, vale a dire soltanto per coloro i quali sono storicamente titolari esclusivi del servizio esecuzioni, un servizio che si svolge unicamente su istanza di parte. Il servizio notificazioni, invece, condizionando in maniera determinante il funzionamento dell'ufficio giudiziario, e della giustizia in genere, deve rimanere all'interno dell'amministrazione giudiziaria. Esso, in caso di accoglimento della proposta di riforma dovrebbe continuare ad essere affidato agli ufficiali giudiziari attualmente inquadrati nell'area B, nonché a quelli inquadrati nell'area C che non intendessero optare per il mutamento di status in senso libero-professionale. Anche le competenze in ordine al processo esecutivo costituiscono funzioni pubbliche di tipo giurisdizionale, ma la loro attribuzione a professionisti qualificati operanti sotto il controllo giudiziario (già i notai possono essere delegati del compimento di operazioni di vendita in procedimenti di espropriazione immobiliare) non sarebbe, a mio avviso,*

## 6. La specializzazione dei giudici

Tra le varie proposte tese al miglioramento dei servizi una è quella che suggerisce la revisione della geografia degli uffici giudiziari. In particolare, si osserva l'opportunità di concentrare gli uffici, misura che accrescerebbe la produttività dei magistrati, specie ove si accompagnasse alla introduzione di un serio principio di specializzazione del lavoro. Le grandi dimensioni dell'ufficio consentono a ciascun magistrato di occuparsi solo di determinate materie approfondendo la sua competenza professionale specifica, e di risolvere i singoli casi in tempi più brevi con evidenti impatti in termini di efficienza e di ragionevole durata.

Il giudice specializzato, inoltre, è maggiormente idoneo a garantire gli interessi delle parti, riequilibrando le eventuali asimmetrie che possono derivare da uno squilibrio tra i mezzi difensivi di cui ciascuna parte è in condizione di avvalersi.

La soppressione degli uffici minori, tuttavia, è avversata da parte delle comunità locali e degli ordini professionali, così come la specializzazione lo è da una parte della magistratura che in essa vede il rischio della preclusione all'accesso ad ogni incarico direttivo. Si tratta di argomentazioni sostenute facendo leva su alcune norme costituzionali, le quali, ponendo principi quali l'unità della giurisdizione, il giudice naturale, l'uguaglianza dei giudici, si opporrebbero all'adozione di un sistema in cui verrebbe meno la competenza generale dei giudici. Interpretazioni queste, che non si pongono anche nell'ottica di attuazione del principio di efficienza del sistema giustizia.<sup>512</sup>

## 7. La direzione degli uffici

Gli uffici giudiziari sono diretti dai magistrati. Gli articoli 47, 47 bis e 47 quater dell'ordinamento giudiziario, infatti, attribuiscono la direzione degli uffici giudicanti al presidente del tribunale, e prevedono che, nei tribunali costituiti in sezioni, i presidenti di sezione, oltre a svolgere il lavoro giudiziario, dirigano le sezioni, sorveglino l'andamento dei servizi di cancelleria ed ausiliari, e collaborino con il presidente nella direzione dell'ufficio. A norma dell'articolo 70 comma III, i titolari degli uffici del pubblico ministero dirigono gli uffici cui sono preposti e ne organizzano l'attività. Nell'ambito delle strutture giudiziarie, pertanto, non trovano piena operatività le disposizioni del decreto legislativo numero 165 del 2001, che riserva ai dirigenti delle pubbliche amministrazioni un complesso di attribuzioni autonome volte al raggiungimento di obiettivi programmati, funzioni che implicano incisivi poteri di iniziativa, di decisione, di gestione delle

---

*inammissibile, prevedendosi l'intervento del giudice ogni qualvolta fosse necessario adottare provvedimenti di natura decisoria.*

<sup>512</sup> G. Florida, *Geografia giudiziaria e specializzazione*, Iustitia 2008, 175.

risorse, in una parola di guida della struttura. L'esercizio di questi compiti deve essere coerente con le finalità e le direttive fissate dagli organi di indirizzo politico-amministrativo ma per il resto è svincolato da influenze di altri soggetti che possano modificare ordini e disposizioni date dal dirigente in quanto ritenuti idonei al conseguimento dei risultati predeterminati. Lo svolgimento di tali autonomi poteri di gestione e i risultati raggiunti, ai quali si lega la retribuzione di risultato, sono oggetto di appositi sistemi di valutazione dell'operato del dirigente e possono dare luogo ad una specifica forma di responsabilità dirigenziale per risultati.

Il perseguimento degli obiettivi mediante l'esercizio di autonoma attività gestoria, anche mediante l'utilizzo di strumenti di diritto privato, costituisce, infatti, l'oggetto della prestazione lavorativa dirigenziale.<sup>513</sup>

Prima dell'emanazione del decreto legislativo 240/2006 il dirigente amministrativo degli uffici giudiziari, a differenza dei suoi colleghi operanti in altre organizzazioni, non disponeva di concreta autonomia gestionale, posto che ogni sua determinazione era soggetta all'approvazione del magistrato Capo dell'ufficio. Questi, in forza dei principi costituzionali sull'autonomia ed

---

<sup>513</sup> Su tali argomenti v. ampiamente L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Cedam 2000., in particolare pp. 87 e ss.

*La responsabilità di risultato è immanente in capo al dirigente cui sono imputati, in quanto tale, i risultati positivi o negativi raggiunti dagli uffici dipendenti. Essa è accertata in base agli appositi periodici procedimenti di verifica confrontando i risultati con le norme primarie, gli atti di indirizzo e le direttive, e le regole di buona amministrazione; non discende però semplicemente dalla violazione di una o più di tali regole bensì da un conclamato risultato negativo. Ai risultati negativi è equiparato il mancato raggiungimento degli obiettivi.*

*I doveri del dirigente sono costituiti, oltre che dagli obblighi previsti nell'atto di conferimento dell'incarico e nel contratto individuale, da una "serie aperta" di obblighi scaturenti dalle regole di cui sopra, in relazione alle quali egli assume una "obbligazione di risultato"; per sottrarsi alla responsabilità per inadempimento il dirigente deve provare che il risultato negativo non è dipendente da fattori a lui imputabile. La responsabilità dirigenziale si connota, pertanto, come responsabilità oggettiva, essa è stata anche definita come responsabilità per fatto altrui e assimilerebbe il dirigente ad un prestatore d'opera più che a un dipendente pubblico. La giurisprudenza del Consiglio di Stato vi ravvisa un parallelismo con la responsabilità di tipo politico, in cui al giudizio di inidoneità alle funzioni si lega la revoca dell'attribuzione fiduciaria delle stesse. La misura conseguente all'accertata responsabilità, infatti, è la revoca dall'incarico e la destinazione ad altro incarico o ad altre funzioni, nel caso di ripetute valutazioni negative può aversi l'esclusione dal conferimento di ulteriori incarichi per un determinato periodo.*

*Sembra più opportuno tuttavia connettere la responsabilità dirigenziale più che ad ipotesi di trasferimento in capo al dirigente del rischio oggettivo dell'attività amministrativa alle caratteristiche della prestazione dirigenziale, che ha quale peculiare oggetto proprio il raggiungimento del risultato. L'istituto della responsabilità dirigenziale rappresenta uno dei momenti di collegamento tra indirizzo e gestione, essa, infatti, come già precisato, non dipende da una violazione e/o dalla causazione di un danno, ma la sua verifica è operata in via ordinaria poiché si lega ex se alla titolarità dell'ufficio dirigenziale, configurandosi come "responsabilità da performance", definibile anche come "accountability amministrativa".*

indipendenza della magistratura recepiti dalle norme di ordinamento giudiziario, è titolare anche dei poteri di direzione amministrativa, sebbene non risulti destinatario del conferimento di un incarico dirigenziale e non sia soggetto alle relative responsabilità.

Il Capo dell'ufficio, pertanto, ha il potere di integrare, modificare, revocare le disposizioni del dirigente, ma la specifica responsabilità per risultati della gestione ricade esclusivamente su quest'ultimo.<sup>514</sup>

La problematica della c.d. doppia dirigenza si riscontra in varie organizzazioni, specie in quelle a carattere professionale, caratterizzate da elevato tecnicismo delle attività istituzionali (come quelle sanitarie o nell'insegnamento) il cui svolgimento deve essere assistito da autonomia e indipendenza. Al fine garantire il libero esercizio dei compiti che sostanziano la c.d. *mission* dell'ente, i loro addetti detengono anche funzioni di gestione. Questa soluzione non sempre garantisce l'efficienza dei servizi resi alla collettività, poiché è indispensabile che le risorse e le attività strumentali siano gestite in maniera altrettanto professionale. Si tratta di un aspetto che nell'amministrazione giudiziaria assume natura particolarmente complessa e delicata, posto che la funzione principale di questa organizzazione coincide con l'esercizio di un potere dello Stato ed è costituzionalmente assistita da garanzie di indipendenza ed autonomia.

L'attribuzione ai dirigenti del potere di gestire le risorse e di organizzare le attività strumentali alla giurisdizione potrebbe rischiare di assoggettare la funzione giudiziaria al controllo dell'Esecutivo. In realtà si osserva opportunamente che le ingerenze, più che conseguire alla gestione sono possibili mediante le scelte politico-amministrative - riservate agli organi di direzione politica - che decidono a monte l'attribuzione delle risorse.<sup>515</sup> Si tratta di considerazioni legate al tema dei rapporti tra politica e magistratura.

Il principio di imparzialità della pubblica amministrazione ha indotto l'affermazione del principio di separazione tra politica e amministrazione ed il conseguente riconoscimento del ruolo della dirigenza pubblica. Il principio di indipendenza esterna della magistratura, invece, ha comportato la sottrazione di quel ruolo ai dirigenti della giustizia.

All'interno dell'Organizzazione giudiziaria, infatti, la "linea del comando" così come disegnata dal d.lgs 165/2001 si interrompe allorché le attribuzioni dirigenziali si "scontrano" con le prerogative dei Capi degli uffici, e, pertanto, con i principi di autonomia e indipendenza della magistratura, salvo poi riaffiorare sotto forma di responsabilità a carico del dirigente

---

<sup>514</sup> L. Abbadessa, *Il dirigente amministrativo negli uffici giudiziari*, *Rivista delle Cancellerie* n. 4/1998.

<sup>515</sup> C. Abbattista, *La sfida dell'organizzazione*, *Convegno su "Un progetto moderno per la giustizia civile: organizzare l'ufficio per il giusto processo"*, Alghero ottobre 2004 [www.dirigentiustizia.it](http://www.dirigentiustizia.it).

amministrativo per risultati ai quali egli non ha la possibilità concreta di contribuire in quanto non ha il potere di disporre direttamente delle risorse.<sup>516</sup>

In attuazione della delega di cui alla legge numero 150 del 2005, il decreto legislativo numero 240 del 25 luglio 2006 ha emanato nuove norme in tema di riparto di competenze tra i magistrati capi degli uffici giudiziari e i dirigenti amministrativi degli stessi, istituendo altresì le Direzioni regionali e interregionali del Ministero della Giustizia, di cui è operato il decentramento di alcune funzioni burocratiche.<sup>517</sup> E' anche istituito, presso le Corti d'Appello di Roma, Milano, Napoli, Palermo, l'ufficio dirigenziale generale del Direttore tecnico, denominato "Ufficio per l'organizzazione tecnica e la gestione dei servizi non aventi carattere giurisdizionale", cui è preposto un soggetto appartenente al ruolo dirigenziale. I compiti di tale ufficio, che si svolgono

---

<sup>516</sup> G. Guarda, *La dirigenza degli uffici giudiziari, Incontro di studi CSM aprile 2007*, [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>517</sup> *Le direzioni generali regionali e interregionali saranno istituite con regolamento governativo ai sensi della legge 400/88 e d.lgs 300/99 senza maggiori oneri per il bilancio statale e con l'impiego di risorse già disponibili, al fine di assicurare economicità di gestione e più elevati livelli di efficienza del servizio. Le competenze delle direzioni regionali riguardano funzioni inerenti: il personale e la sua formazione, i sistemi informativi e automatizzati, le risorse materiali, i beni, i servizi, le statistiche, il casellario giudiziale. Restano invece di competenza degli organi centrali dell'Amministrazione: la gestione del personale di magistratura, ordinario e onorario, i compiti di programmazione, indirizzo, coordinamento e controllo degli uffici periferici, il casellario giudiziario centrale, l'emanazione di circolari generali e la soluzione di quesiti in materia di servizi giudiziari, la determinazione del contingente di personale non togato, nell'ambito della dotazione organica complessiva, da assegnare alle varie regioni, i concorsi nazionali, le nomine e le prime assegnazione nei concorsi non regionali, i trasferimenti di personale tra regioni e da e per altre amministrazioni, i passaggi di profilo professionale, le risoluzioni del rapporto d'impiego e la sua ricostituzione o riammissione, i provvedimenti in materia retributiva e pensionistica, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale e della censura. Mediante decreti ministeriali di natura non regolamentare (art. 17 comma IV bis lett. E legge 400/88 e art. 4 comma IV d. lgs 300/99) nell'ambito delle direzioni generali regionali e interregionali sono individuati gli uffici dirigenziali di base e le loro attribuzioni, senza maggiori oneri e con l'impiego di risorse già disponibili. Il direttore generale regionale o interregionale è scelto tra i soggetti ex articolo 18 d. lgs 300/99 e, pertanto, può anche essere un magistrato. E' responsabile dell'intera attività della direzione generale e dell'attuazione dei programmi definiti dai capi dipartimento dell'amministrazione centrale nell'esercizio dei loro poteri di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 7 comma III lett. A, posti in essere nel rispetto delle direttive generali del Ministro della Giustizia. Ciascun anno il direttore generale regionale presenta ai capi dipartimento una relazione sullo stato dei servizi, le risorse, l'informatizzazione, il personale e la formazione, i risultati conseguiti - anche sotto il profilo economico finanziario rispetto all'anno precedente - il programma delle attività e degli obiettivi per l'anno successivo anche in relazione alle richieste risorse. La direzione regionale provvede alla gestione delle risorse e alla loro distribuzione tra i vari uffici giudiziari, all'esercizio dei poteri di spesa, alla delimitazione dei poteri di spesa dei dirigenti e degli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno. Il d. lgs in esame ha così attuato nell'amministrazione della giustizia il principio del decentramento accolto dall'articolo 5 della Costituzione.*

nel rispetto dei programmi e degli indirizzi stabiliti dal direttore generale regionale competente territorialmente, hanno ad oggetto l'organizzazione, la gestione, il controllo e il razionale utilizzo delle risorse umane, finanziarie e strumentali relative ai servizi tecnico-amministrativi degli uffici giudiziari, la programmazione e l'aggiornamento in ordine a nuove strutture tecnico-logistiche, la pianificazione del loro utilizzo in rapporto ai carichi di lavoro già verificati e prevedibili e in termini di impatto sociale.

Per quanto riguarda il riparto di competenze tra i magistrati capi degli uffici giudiziari e i dirigenti amministrativi ad essi preposti, il Capo I del decreto in esame attribuisce ai primi la titolarità dell'ufficio e la rappresentanza di esso nei rapporti con gli enti istituzionali e gli altri uffici giudiziari, la competenza ad adottare i provvedimenti necessari per l'organizzazione dell'attività giudiziaria e di quelli concernenti la gestione e lo stato giuridico del personale di magistratura. Al dirigente spetta la gestione del personale in coerenza con gli indirizzi dettati dal magistrato e con il programma annuale delle attività predisposto da entrambi a mente dell'articolo 4, nel rispetto dei programmi e degli indirizzi stabiliti dal direttore generale regionale o interregionale e dall'amministrazione centrale, secondo le rispettive competenze.

Il dirigente adotta i provvedimenti disciplinari ex articolo 55 comma IV par. 3 d.lgs. 165/2001 (meno gravi del rimprovero verbale e del rimprovero scritto). Gestisce le risorse strumentali e finanziarie assegnate all'ufficio, nei limiti delle quali può adottare atti che impegnino l'Amministrazione verso l'esterno e che importino oneri di spesa.<sup>518</sup> Nel caso di mancata predisposizione o attuazione del programma ex articolo 4 o mancata adozione di sue modifiche rese necessarie per la funzionalità dell'ufficio, il Ministro della Giustizia fissa un termine per provvedere, se l'inerzia permane incarica il presidente della Corte d'Appello e il dirigente presso di essa per gli adempimenti urgenti. Nel caso di inerzia della Corte d'Appello o della Corte di Cassazione, provvede direttamente. A parere di chi scrive, la previsione di questo intervento

---

<sup>518</sup> *La Circolare del Ministero della Giustizia del 26 ottobre 2006 fornisce un'interpretazione di tale normativa conforme ai suoi principi ispiratori, vale a dire quelli di unitarietà dell'ufficio giudiziario e di efficienza dell'attività giudiziaria. Nel dettaglio, rientrano tra i compiti dirigenziali: l'assegnazione del personale ai vari servizi, il controllo sullo svolgimento dell'attività lavorativa, sui beni strumentali e il loro uso, l'esercizio di poteri disciplinari limitatamente alle infrazioni punite con le sanzioni più blande, la concessione di permessi e ferie, la gestione delle cause di sospensione del rapporto di lavoro per malattia, infortunio, ecc. Gli atti di gestione delle risorse umane costituiscono, in conformità alle previsioni del d.lgs. 165/2001, la massima espressione dei poteri e delle capacità dirigenziali. Essi sono finalizzati ad assicurare l'ottimale svolgimento della funzione giurisdizionale e, pertanto, devono porsi in linea con gli indirizzi concordati con il capo dell'ufficio.*

*Gli atti di gestione delle altre risorse, invece, sono maggiormente vincolati, in quanto devono sottostare agli indirizzi dell'amministrazione centrale, della direzione regionale, del capo dell'ufficio. Il dirigente è l'unico soggetto abilitato ad adottare atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno.*

sostitutivo del ministro è abbastanza singolare. Innanzitutto, non è chiaro quali siano i soggetti legittimati a segnalare al ministro le previste inosservanze. Inoltre, la previsione di un intervento sostitutivo, effettuato, in una prima fase, attraverso il competente presidente della Corte d'Appello, ed, eventualmente, direttamente dal ministro, costituisce una deroga alle norme vigenti, che non consentono ad un organo politico di porre in essere direttamente attività di natura amministrativa.

La disciplina in esame tende a rimediare all'inadempimento congiunto di due organi, uno giudiziario e l'altro amministrativo. L'intervento sostitutivo nei confronti del primo è attuabile solo da un magistrato di funzione superiore o, in subordine, dal ministro in persona, il quale non ha, invece il potere di sostituirsi ai dirigenti in attività di loro competenza. I dirigenti incorrono nella specifica responsabilità dirigenziale ed in quella conseguente ai risultati dell'attività, mentre i magistrati con funzioni direttive, ancorché titolari di competenze di tipo amministrativo, non incorrono in responsabilità di tale tipo.<sup>519</sup>

Il decreto legislativo in esame ridimensiona i poteri dei magistrati con riguardo all'amministrazione e la gestione degli uffici, ora condivise con i dirigenti, ed, al contempo, sembra introdurre a loro carico una forma di responsabilità in ordine a tali attività, sanzionabile dall'Amministrazione con interventi di tipo sostitutivo. Si tratta di una responsabilità operante direttamente verso il Capo dell'amministrazione, il Ministro, a differenza della responsabilità dirigenziale, che opera, invece, verso i dirigenti sovraordinati.

Tale normativa viene considerata dalla magistratura una "minaccia" alla superiorità assegnata all'interno delle strutture giudiziarie al magistrato dirigente. L'Associazione nazionale magistrati, infatti, non ha mancato di segnalare che tali previsioni rischiano di operare un condizionamento dell'attività giurisdizionale attraverso un sistema di controllo di gestione effettuato in via indiretta dal Ministero. Considerazioni in parte recepite dalla legge Mastella, che ha operato un ridimensionamento della reale portata innovativa delle norme in esame, disponendo (art. 5 d.d.l.) che il potere di elaborare il programma annuale delle attività dell'ufficio è esclusivamente riservato al magistrato dirigente d'intesa con i magistrati titolari di incarichi semidirettivi e con il dirigente amministrativo. Nonostante ciò, la magistratura ha avanzato perplessità in relazione ai vincoli gestionali che le scelte operate in sede centrale, nonché dai direttori generali e interregionali, potrebbero imporre ai Capi degli uffici.<sup>520</sup>

---

<sup>519</sup> *Diverse considerazioni valgono, invece, per i magistrati preposti agli uffici apicali dell'amministrazione, cioè agli incarichi di capo dipartimento e ad incarichi dirigenziali generali, i quali, collocati fuori dei ruoli della magistratura, sono da ritenersi soggetti alle ordinarie regole in tema di incarichi dirigenziali e alle relative responsabilità.*

<sup>520</sup> ANM, Osservazioni su D.D.L. riforma dell'ordinamento giudiziario. [www.unicost.it](http://www.unicost.it).

Dall'opposto versante si sottolinea, invece, che il d.lgs 240/2006 più che una minaccia costituisce una "risorsa" (finora non pienamente utilizzata) per il miglioramento del sistema giustizia.

La scelta non deve essere necessariamente fatta tra due modelli organizzativi. Sia nel caso in cui si adotti un modello di struttura amministrativa totalmente servente al giudice che qualora si opti invece a favore di un modulo organizzativo maggiormente autonomo sono possibili effetti distorsivi; nella prima ipotesi, infatti, vengono imposte metodologie di tipo giurisdizionale a strutture e, soprattutto, a personale che è assoggettato alle ordinarie regole del lavoro pubblico, nel secondo caso viene data autonoma prevalenza alle attività più direttamente legate al ruolo e alla responsabilità dirigenziale, (come ad esempio l'aggiornamento del casellario) piuttosto che a quelle più spiccatamente giudiziarie. Non resta allora che una terza ipotesi, e cioè quella di strutturare l'organizzazione giudiziaria nel modo in cui possa assicurare meglio il suo fondamentale servizio verso la società.

Il servizio giustizia, infatti, è unico e insostituibile, non vi sono scelte alternative ad esso. Il che dovrebbe imporre che tutti gli uffici siano organizzati in maniera efficiente in vista di offrire un bene unitario, al fine di raggiungere un comune obiettivo con l'apporto delle diverse professionalità e dei differenti strumenti chiamati a concorrervi. La giustizia, infatti, non è resa soltanto attraverso l'emanazione di una decisione mediante la definizione di un processo, ma è una funzione complessa che racchiude varie attività.<sup>521</sup>

---

<sup>521</sup> G. Guarda, *La dirigenza degli uffici giudiziari*, cit.

## **Considerazioni conclusive: I LIMITI DELL'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI ECONOMICI ALLE ATTIVITA' PUBBLICHE**

### **1. Le principali trasformazioni dell'attività amministrativa**

Nel 19° secolo le funzioni delle amministrazioni pubbliche erano distinte in funzioni pubbliche in senso stretto, come le attività di polizia, e pubblici servizi, ad esempio l'istruzione.

Le prime erano caratterizzate dall'essere svolte con modalità autoritative, sicché non potevano che appartenere allo Stato o comunque costituire frutto di esercizio di potere pubblico.

I pubblici servizi, invece, erano costituiti da attività esercitabili sia da soggetti pubblici che da privati, in quanto non comportavano l'uso di pubblici poteri di imperio. La loro prestazione, rivolta a terzi, era assunta dallo Stato per ragioni di interesse pubblico. Si trattava di una distinzione che non esauriva la descrizione di ogni possibile intervento pubblico. Oggi si riconoscono in capo alla pubblica amministrazione, oltre alle funzioni autoritative e le attività di erogazione di servizi, altri compiti mediante i quali essa provvede al suo stesso funzionamento, nonché funzioni di indirizzo, di programmazione, di coordinamento.

La distinzione tra funzioni e servizi pubblici non può più basarsi soltanto sull'esercizio di poteri autoritativi, in quanto anche l'attività di prestazione di servizi può comportare l'uso di poteri di tal genere, così come, in taluni casi, la funzione pubblica può assumere il carattere di servizio. Le funzioni possono allora individuarsi in base all'elemento descrittivo come quei compiti che per loro natura sono di pertinenza statale, estranei ai privati. Tutte le altre attività svolte dal soggetto pubblico costituiscono pubblici servizi. Nello Stato liberale il ritiro pubblico dalle attività economiche - se non da quelle garantite perché improduttive o perché gli operatori privati non trovano comunque conveniente intraprendere - determina una riduzione della categoria dei servizi pubblici., categoria che si amplia, invece, per effetto del fenomeno della collettivizzazione (sotto forma di municipalizzazione, statalizzazione o nazionalizzazione) dei servizi.

La collettivizzazione nei sistemi liberaldemocratici risponde a ragioni di giustizia sociale, mentre nei sistemi socialisti veniva adottata ogni qual volta un'attività imprenditoriale era esercitata in condizioni di monopolio o oligopolio, modalità ritenute speculative a danno della collettività.

L'esercizio di attività di interesse generale può essere anche lasciato ai privati prevedendo penetranti sistemi di controllo statale, a differenza dell'esercizio di pubbliche funzioni, che è sempre riservato al soggetto pubblico in quanto tali compiti sono ricondotti alla nozione di sovranità.

Da quanto detto può desumersi che non esiste una nozione unitaria di servizio pubblico, la sussunzione di alcune attività produttive come pubblico servizio si lega, infatti, alla ideologia dominante, alle concezioni politico-economiche di ciascun ordinamento.<sup>522</sup>

Il soggetto pubblico, a differenza dell'operatore privato, non ha la finalità di realizzare profitto ma di erogare alla collettività servizi efficienti e di qualità. L'applicazione dei principi di tipo aziendalistico ai servizi pubblici, pertanto, deve tenere in considerazione tale obiettivo.

Si tratta, infatti, di principi del tutto estranei all'esercizio di funzioni pubbliche; l'azione dei pubblici poteri non deve essere guidata da criteri economico-imprenditoriale ma dal rispetto e alla realizzazione dei valori costituzionali. A parere di chi scrive, il recupero della correttezza dell'azione pubblica non richiede l'introduzione di logiche manageriali ma la piena attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento già vigenti.

Tale quadro è stato autorevolmente confermato dal diritto internazionale e soprattutto dal diritto comunitario.

In proposito va premesso che con il più recente orientamento la sovrana Corte Costituzionale sembra avere abbandonato il criterio dualistico informatore dei rapporti tra diritto comunitario e diritto degli stati membri, a favore del criterio monistico, ovvero della c.d. integrazione dell'ordinamento comunitario in quello degli stati membri (sentenza 406/2005 e 129/2006).

Tale mutamento è frutto probabilmente dell'interpretazione rigida dell'articolo 117 comma I Costituzione, secondo il quale le leggi statali e regionali debbono rispettare non solo la Costituzione stessa ma anche i vincoli derivanti dall'appartenenza al diritto comunitario; ed è confermato dalla legge 131/2003 di attuazione della riforma del titolo V della Costituzione. Ai nostri fini ciò significa che la nozione comunitaria di servizi di interesse generale prevale sulla tradizionale nozione interna di servizio pubblico. Sono necessarie, tuttavia, due precisazioni: in primo luogo sono sottratte alle regole del mercato e della concorrenza le attività svolte (anche) da soggetti privati che partecipano all'esercizio di poteri pubblici costituenti diretta proiezione di sovranità statale. Ne consegue, richiamandosi alle considerazioni già esposte (v. parte III par 5) che quelle funzioni definibili come ausiliarie del giudice, in mancanza di una legge espressa dello Stato italiano (che ha competenza esclusiva legislativa e regolamentare in materia di ordinamento civile e penale, e di giustizia amministrativa), rimangono funzioni pubbliche, ancorché costituiscano, da un punto di vista sociologico ma non giuridico, servizio pubblico; in secondo

---

<sup>522</sup> M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo, seconda edizione a cura di Mirabelli, Centurione, cit.* 581-589.

*Sul carattere controverso della nozione di "servizi pubblici" vedi V. Parisio, Servizi pubblici e monopoli, Dizionario di diritto pubblico dell'economia a cura di E. Picozza, Maggioli 1998, 687 e ss.*

luogo, anche ad ammettere de iure condendo che soggetti privati possano svolgere l'attività oggi riservata agli ausiliari del giudice, nondimeno lo stesso diritto comunitario distingue nettamente tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale non economico. Orbene, ad avviso di chi scrive, anche a voler utilizzare il metodo e i criteri dell'analisi economica del diritto, è assolutamente problematico ipotizzare come servizio di interesse economico generale un'attività come quella di competenza dell'ufficiale giudiziario, la quale, a differenza ad esempio del munus notarile, non interviene nel mercato ma è stata sempre concepita quale stretto supporto all'attività giurisdizionale; di tal che la sua riforma porterebbe inevitabilmente con sé la riforma dello stesso ordinamento giudiziario.

E' ipotizzabile soltanto che, qualora fosse approvato il disegno di legge 1082, alcune attività ivi previste e del tutto nuove nel nostro ordinamento (ad esempio quella del mediatore, v. parte prima cap. 4 par. 2.4) possano realizzarsi con un certo grado di deformalizzazione.

Nel presente lavoro è stato ripetutamente esposto come si sia oggi affermata l'Amministrazione di risultato, vale a dire orientata alla realizzazione dei migliori effetti della sua azione e incentrata verso l'obiettivo di rendere effettive le garanzie dei diritti della persona e di sviluppo economico.

Non mancano le osservazioni di chi denuncia come l'esaltazione del valore del risultato e dei connessi principi di efficacia ed efficienza anche a discapito dell'attenzione verso la correttezza in termini di legalità – legittimità dell'azione amministrativa è in grado di determinare esiti aberranti. Il risultato valutabile alla stregua di sistemi di controllo di tipo aziendale, infatti, è inteso in termini di complessiva performance dell'azione amministrativa, mentre non si considera l'impatto del singolo atto. Maggiormente opportuno sarebbe, invece, ponderare anche il risultato del singolo atto, coincidente con il modo in cui la pubblica amministrazione ha specificato l'interesse pubblico indicato dalla legge. L'obiettivo dell'azione amministrativa deve allora essere individuato in base all'interesse primario fissato dalla norma, ricondotto al complessivo assetto degli interessi in gioco nella situazione concreta. L'amministrazione di risultato è quella in cui l'agire pubblico si indirizza verso scopi di più corretta attuazione degli interessi pubblici concreti. La funzione amministrativa, infatti, ingloba il risultato, non è finalizzata al provvedere fine a se stesso, ma alla realizzazione del bene della comunità mediante l'individuazione del suo interesse concreto.

Il compito della pubblica amministrazione è di adattare l'astratto interesse contemplato nella norma alla realtà delle esigenze sociali ed economiche, nel rispetto dei fondamentali valori costituzionali e dei diritti fondamentali. Solo in questa visione ha senso parlare del passaggio da una legalità in senso formale ad una legalità di risultato; una legalità non più misurata sul provvedimento ex se ma sull'oggetto del provvedimento, alla luce del quale la norma diviene

legittima in quanto applicata “con successo”, vale a dire coniugando legittimità e risultato. Il risultato, legato alla “traduzione” dell’interesse pubblico indicato dalla norma, diviene così valutabile non più solo in termini di raffronto con la legge ma nemmeno unicamente mediante strumenti di controllo aziendale e di conformità con gli obiettivi di output. La prevalenza per i risultati implica, infatti, che l’azione pubblica deve essere apprezzata in base al suo contenuto anziché in base al rispetto della sua legalità estrinseco-formale; ciò non vuol dire però che sia valutabile esclusivamente alla luce dei principi di efficienza, efficacia, economicità ma piuttosto in termini di rispetto dei diritti, di protezione dei beni della vita e di corrette soluzioni adottate per la tutela degli interessi pubblici.<sup>523</sup>

Il richiamo da parte della legge 241/90 ai principi del diritto comunitario costituisce ulteriore conferma che il fulcro dell’azione dei pubblici poteri è oggi costituito dalla tutela ed attuazione dei diritti del cittadino. Sia la giurisprudenza comunitaria che la nostra Corte Costituzionale, infatti, hanno ripetutamente affermato che tra i fondamentali obblighi di tutela rientra la salvaguardia dei diritti fondamentali propri alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e accolti nei trattati internazionali per la difesa dei diritti umani, con particolare riferimento alla CEDU, le cui disposizioni, com’è noto, rappresentano altrettanti principi fondamentali del diritto comunitario.<sup>524</sup>

Significative risultano a tale proposito anche le previsioni del nuovo processo amministrativo, in cui vi è una saldatura tra il risultato dell’azione amministrativa e il risultato del processo amministrativo, attraverso il principio di effettività e pienezza della tutela. I rimedi risarcitori e/o reintegratori, infatti, ampliano l’esame del giudice oltre l’ambito della legalità del provvedimento, estendendo il giudizio verso la ricerca della violazione di un precetto sostanziale al quale consegue l’ingiustizia della lesione. Il raggiungimento del risultato (in termini aziendalistici), infatti non giustifica il mancato rispetto delle norme sostanziali, così come, alla luce dei nuovi principi, la conformità all’astratto schema legale da parte di un atto che non abbia raggiunto il suo risultato non è sufficiente a giudicare legittima l’azione pubblica.<sup>525</sup>

---

<sup>523</sup> L. Cimellaro *Il principio di legalità in trasformazione*, di L. Cimellaro, cit.

<sup>524</sup> Franchini, Lucca, Tessaro, *Il nuovo procedimento amministrativo*, cit. 130

<sup>525</sup> L. Cimellaro, *Il principio di legalità in trasformazione*, cit.

## **2. Il principio di legalità nel diritto amministrativo in trasformazione. Amministrazione di risultato e limiti all'applicazione delle regole economiche**

Secondo quanto affermato recentemente da autorevole dottrina,<sup>526</sup> l'attività amministrativa è mutata da circa un secolo dal provvedimento al procedimento. Infatti, nello stato liberale, fondato sul principio di separazione tra società civile e pubblici poteri, era sufficiente giustificare il provvedimento quale principale figura della imputazione. Quando la giurisprudenza cominciò ad interessarsi dei c.d. atti preparatori, sorse la necessità di studiare il procedimento. Com'è noto, il Sandulli divise il procedimento in due sole fasi, quella ad effetto determinativo del contenuto della fattispecie, e quella ad effetto costitutivo identificantesi nel provvedimento stesso. La dottrina testé citata ha quindi sottolineato che il Sandulli applicò al procedimento amministrativo la teoria civilistica della fattispecie complessa, ovvero a formazione progressiva, studiata all'epoca dai privatisti. Ha anche sottolineato che non ci si poneva il problema della garanzia, in quanto la contemporanea dottrina dello stato riteneva fisiologica la legittimità dell'attività amministrativa, tanto è vero che nei manuali dell'epoca si trova introdotto il principio della presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo.

Fu quindi la dottrina successiva alla Costituzione repubblicana, ed in particolare Giannini e Virga, ad introdurre una concezione "processuale" del procedimento, dividendolo nelle quattro fasi della iniziativa, istruttoria, decisione ed integrazione dell'efficacia. Il Picozza<sup>527</sup> ha colto la somiglianza tra divisione del processo e divisione del procedimento, circostanza sufficiente ad introdurre la funzione di garanzia. Ma soprattutto il Giannini teorizzò la funzione di difesa del contraddittorio nel procedimento, creando addirittura le figure soggettive dei diritti e degli interessi procedimentali, successivamente recepite dalla giurisprudenza. Ne conseguì che il principio del giusto procedimento divenne un principio generale dell'attività amministrativa, sebbene la Corte Costituzionale (sentenza 23/1978) non ritenne di poterlo qualificare come un vero e proprio principio costituzionale, bensì come un principio generale dell'ordinamento giuridico dello stato e del diritto. Orbene, come in precedenza si è sottolineato, detto principio è stato costituzionalizzato con il nuovo primo comma dell'articolo 111 della Costituzione. Appare quindi evidente il collegamento tra giusto procedimento e principio di legalità e di legittimità dell'azione amministrativa, codificato proprio nell'articolo 1 della legge 241/1990.

---

<sup>526</sup> Cfr E. Picozza, *Garanzia e risultato nel procedimento amministrativo, Relazione inedita al Convegno su: Giusto procedimento e processualprocedimento. Roma, 6 aprile 2009, Consiglio di Stato, palazzo Spada.*

<sup>527</sup> Cfr *Processo amministrativo (normativa)* in *Enciclopedia del diritto*, Milano Giuffrè 1987, vol. 37.

Tuttavia, come si è accennato nel titolo di questo secondo paragrafo conclusivo, l'articolo 1 della legge 241 contiene un punto di arrivo (principio di legalità), e un punto di partenza insito nel c.d. principio di efficienza, articolato nelle c.d. tre E (efficienza, efficacia, economicità); al di là della formulazione letterale utilizzata dall'articolo 1, appare evidente a qualsiasi operatore come sia estremamente problematico coniugare il massimo rispetto della legalità e il massimo rispetto dell'efficienza. Per legalità, infatti, si deve prima di tutto intendere conformità di un atto, ovvero di un'intera attività, alle norme che la disciplinano. L'efficienza, invece, richiama immediatamente il concetto di decisione, cioè di scelta consapevole e sicura tra i vari interessi da perseguire ed i corrispondenti obiettivi da raggiungere. Questo complesso processo di trasformazione è stato felicemente denominato "amministrazione di risultato", o meglio per risultati. Il legislatore statale e regionale, tuttavia, non si è limitato a fissare disposizioni di principio, ma ha guidato la trasformazione della pubblica amministrazione anche attraverso scelte differenti, quali la liberalizzazione, la semplificazione amministrativa e da ultimo un tentativo di deformalizzazione dell'attività amministrativa medesima. Autorevole dottrina<sup>528</sup> ha sottolineato che la convivenza di questi due principi avrebbe comportato un certo grado di appannamento del principio di legalità, come del resto è stato codificato con l'articolo 21 octies della legge 241 sul regime delle c.d. invalidità formali.

Inoltre, si è diffuso il metodo della c.d. analisi economica del diritto, cioè di un preventivo bilanciamento tra costi e benefici dell'azione amministrativa in termini rigidamente economici e non più etici.

Ho voluto sottolineare i rischi che tale operazione comporta, sempre nel titolo di questo secondo paragrafo, attraverso la previsione di veri e propri "limiti" alla utilizzazione di questo criterio nello svolgimento dell'attività amministrativa. E' infatti del tutto evidente che ove questi criteri venissero applicati in modo indiscriminato, si oscurerebbe fino a scomparire la funzione di garanzia dell'azione amministrativa, in favore dei risultati. Questa operazione non può essere consentita oltre un certo limite:

- in primo luogo, come ricordato nel primo paragrafo, la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive ed in particolare dei diritti – sia nell'ordinamento sostanziale che processuale – oggi non è determinata solo dalla Costituzione e dalle leggi nazionali, ma soprattutto dal diritto comunitario e dal diritto internazionale. E' emblematica sotto questo profilo la vicenda del diritto di proprietà, che la CEDU ha qualificato come diritto fondamentale, tesi accettata dalle citate sentenze 348 e 349/ 2007 della Corte Costituzionale.

---

<sup>528</sup> F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, aggiornamenti.

- In secondo luogo, l'obiettivo di raggiungere i risultati fissati nel quadro della c.d. pianificazione strategica ed economico – finanziaria non può ignorare l'elemento della partecipazione, insito negli articoli 2 e 5 della Costituzione stessa, scivolando, in difetto, nella stessa omissione del principio e del metodo democratico.

In conclusione, quindi l'adozione del metodo dell'analisi economica deve limitarsi a rappresentare uno dei criteri sul quale basare la decisione finale, ed essere sempre soggetta a comparazione e verifica con altri principi e valori, primo dei quali il rispetto della legalità.

Anche i principi globali di contabilità pubblica, infatti, (c.d. intosai) raccomandano di tenere sempre presente la conformità dell'azione dei pubblici poteri alla legalità, anche quando il controllo abbia altre finalità e sia quindi controllo di gestione o sulla gestione dell'attività amministrativa.

## Bibliografia

- AA. VV.** Astrid Per un nuovo ordinamento giudiziario, Passigli edit. 2006, Introduzione di A. Pizzorusso
- AA. VV.** La Magistratura nello Stato Costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto, Giuffrè 2004
- AA. VV.** L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri, a cura di M.V. Lupò Avagliano, edit. Franco Angeli Cedam Padova 2001
- AA. VV.** Osservazioni su ddl riforma dell'ordinamento giudiziario, [www.unicost.it](http://www.unicost.it)
- AA. VV.** Processo amministrativo, Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano 1987, vol.37
- Abbadessa L.** Il dirigente amministrativo negli uffici giudiziari, Riv. delle Cancellerie 4/1998
- Abbattista C.** La sfida dell'organizzazione, Convegno su Un progetto moderno per la giustizia civile: organizzare l'ufficio per il giusto processo Alghero ottobre 2004 [www.dirigentigiustizia.it](http://www.dirigentigiustizia.it)
- Albrow M.** La Burocrazia, Il Mulino 1973
- Allegretti U.** L'imparzialità amministrativa, Cedam, Padova 1965
- Amato, Barbera** Manuale di diritto pubblico, Il Mulino 1994
- Ancona E.** Sul giusto processo, ovvero della giustizia e della verità nel processo, [www.filosofiadeldiritto.it](http://www.filosofiadeldiritto.it)
- Andolina I. Vignera G.** I fondamenti costituzionali della giustizia civile, Torino 1997
- Angiolini V.** Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali, Cedam, Padova 1992
- Arcidiacono L. Carulli A. Rizza G** Istituzioni di diritto pubblico, Monduzzi edit. 1993
- Barile, Cheli, Grassi** Istituzioni di diritto pubblico, Cedam, Padova 1995
- Bartole S.** Giudici e attuazione dei valori costituzionali, Relazione al Convegno su Giurisdizione e giudici nella Costituzione, Corte di Cassazione, giugno 2008, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)
- Battini S. Cimino B.** La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione, Riv. trim.di diritto pubblico 4/2007
- Battista A.** Tutela giurisdizionale dei diritti, forme sostitutive del processo per le controversie individuali di lavoro, libertà ed eguaglianza, Iustitia 2002
- Berlinguer L.** I tempi della giustizia, una priorità assoluta, Democrazia e diritto 2/2005
- Bignami M.** L'indipendenza interna del Pubblico ministero nel d.lgs 106/2006, Relazione svolta al Convegno sull'ordinamento giudiziario 22 novembre 2007 ANM di Milano [www.associazione dei costituzionalisti.it](http://www.associazione dei costituzionalisti.it)
- Borgonovi E.** Principi e sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni, Egea edit. 2005
- Bove M.** Articolo 111 Costituzione e giusto processo, Riv.di dir.process. 2/2002
- Caianiello V.** Manuale di diritto processuale amministrativo, Utet, Torino, 2003
- Caianiello V.** Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione, Riv. di dir.process. 1/2001
- Capaccioli E.** Diritto e processo, Cedam, Padova, 1978
- Capponi B.** La giurisdizione sul risarcimento del danno da attività provvedimento della p.a. (con una riflessione sul principio di perpetuatio iurisdictionis in rapporto ai mutamenti giurisprudenziali),

Riv. di dir. process. 5/2007

**Carpi F.** A proposito di giusto processo, Riv.trim.di dir.e proc.civ. 1/2007

**Carretti, De Siervo** Istituzioni di diritto pubblico, Giappichelli, Torino 2006

**Casetta E.** Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano 2007

**Cassese S.** L'età delle riforme amministrative, Riv.trim. di diritto pubblico 1/2001

**Cavallini D.** Inamovibilità dei magistrati e funzionalità degli uffici giudiziari. Tendenze in atto. Riv. trim. di diritto e procedura civile 2003, 1043

**Cecchetti M.** Giusto processo, Diritto Costituzionale, in Enciclopedia del diritto, Appendice V, Milano 2001, 60

**Cerino, Canova** Vendita forzata ed effetto traslativo, Riv. di diritto civile 1980

**Cerulli Irelli V.** Costituzione e Amministrazione, Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002), Giappichelli, Torino 2002

**Chiancone A. Porrini D.** Lezioni di analisi economica del diritto, Giappichelli, Torino 1998

**Chiarloni S.** Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione, Riv.trim.di dir.e proc.civ. 1/2008

**Chiarloni S.** Il nuovo articolo 111 Costituzione e il processo civile, Riv. di dir.process.civ. 2000/1010

**Chiarloni S.** Riflessioni minime sulla tutela giuridica dei diritti dei deboli, Riv.di diritto processuale 1998

**Chieppa R.** Il giudice e il principio della divisione dei poteri, Iustitia 4/2000

**Cimellaro L.** Il principio di legalità in trasformazione, Diritto e società 6/2007

**Cipriani F.** Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie, Riv. trim di dir.e proc.civ. 4/2002

**Cipriani F.** Riparto di giurisdizione e translatio iudicii, Riv. trim. di diritto e proced. Civ. 3/2005

**Colombo P.** L'intervento del Ministro sugli atti di gestione, Maggioli, 2004

**Comoglio L. P.** Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica, Riv. di dir.process. 3/2002

**Comoglio L. P.** La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela, Riv.di dir.process. 3/2007

**Comoglio L. P.** La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo" Riv.di dir.process.3/2001

**Comoglio L. P.** Le garanzie fondamentali del giusto processo, Jus 2000, 345-348

**Conti G.** Organizzazione gerarchica e Stato democratico, Cedam, Padova 1989

**Conti R.** Il principio di effettività della tutela giurisdizionale e il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme, Politica del diritto 3/2007

**Costantino G.** Tra processo e organizzazione: per una giustizia civile tempestiva ed efficace, Democrazia e diritto 4/2005

**Cresti M.** Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale, Interventi nuova serie 16/2005

**D'Amico R.** Manuale di scienza dell'amministrazione, Ed. Lavoro, Roma 1992

**D'Antoni M.** L'analisi economica del contenzioso civile. Politica del diritto 2005, 327

**D'Auria M.** Resoconto del Convegno su dieci anni di riforme amministrative, Roma 27 maggio 2004, Riv.trim.di diritto pubblico

- De Ioanna P. Grana M.** Riforma dell'amministrazione, diritti dei cittadini, ruolo della dirigenza, Democrazia e diritto 1/2004
- De Pretis D.** La tutela giurisdizionale amministrativa e i principi del processo Riv.trim.di dir.pubb.3/2002
- Della Cananea G.** Diritto Amministrativo europeo, principi e istituti, in Corso di diritto amministrativo diretto da S. Cassese, Giuffrè 2006
- Di Caro F.** Commento alla sentenza Corte Costituzionale 390/2008, [www.arancibia.it](http://www.arancibia.it)
- Di Federico G.** L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata Riv.trim.di diritto e procedura civile 2002, 99
- Di Martino A.** Circolo virtuoso fra le Corti sulla durata ragionevole dei processi, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)
- Didone A.** La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell'uomo, Riv.trim.di dir.e proc.civ. 2004, 193
- Didone A.** La Corte Costituzionale, la ragionevole durata del processo e l'articolo 696 c.p.c., Relazione svolta al Convegno su Il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto" processo in materia civile, Campobasso febbraio 2000, giur.it.2000, 1127-1129
- Dittrich L.** La controriforma dell'ordinamento giudiziario: primo commento alla legge 111 del 30 luglio 2007, Riv.di dir.process. 6/2007
- Dogliani M.** Il principio di legalità, dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima, Dir. pubblico 1/2008
- Dogliani M.** La categoria del tempo ragionevole nella formazione del giurista e nei programmi di riforma della giustizia, Democrazia e diritto, 2/2005
- Domenichelli V.** Le confuse linee di confine fra le giurisdizioni, Diritto e società 3/2003
- Domenichelli V.** Responsabilità amministrative e giurisdizione (le confuse linee fra le giurisdizioni), Diritto e società 3/2003
- D'Orta C.** Politica e amministrazione, La dirigenza pubblica, Cedam, Padova 1994
- Esposito M.** Brevi considerazioni sui rapporti tra legge e giurisdizione, Riv.trim.di diritto e procedura civile 1/2004
- Falcon G.** Lineamenti di diritto pubblico, Cedam 1991
- Ferrari G.** Corso istituzionale di diritto pubblico Giuffrè Milano 1987
- Ferroni M.V.** Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione, Dir.process.amm. 2/2008
- Ferrua P.** Il giusto processo, Zanichelli, Bologna 2005
- Floridia G.** Geografia giudiziaria e specializzazione, Iustitia 2008, 175
- Floridia G.** Giustizia non (solo) spirito di servizio ma servizio pubblico essenziale, Iustitia 2/2007
- Franchini C. Lucca M. Tessaro T.** Il nuovo procedimento amministrativo, Maggioli edit.
- Franzoni L.A.** Introduzione all'economia del diritto, Il Mulino 2003
- Freddi G.** Scienza dell'amministrazione e politiche pubbliche, Nis 1989
- Friedman D.D.** L'Ordine del diritto, perché l'analisi economica può servire al diritto, Il Mulino 2004

**Guarda G.** Il nuovo ruolo delle Cancellerie, Convegno sul processo civile telematico, [www.dirigentiustizia.it](http://www.dirigentiustizia.it)

**Gambino S.** Il diritto a un giudice autonomo e indipendente - ri-forma di Stato e sistema di giustizia nell'ottica interna, comparata e comunitaria, *Democrazia e diritto* 3/2005

**Gambino S. Morchella G.** L'ordinamento giudiziario tra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU, *Politica del diritto* 4/2005

**Garancini G.** Il sistema giustizia, quale riforma? *Iustitia* 4/2005

**Giacobbe G.** I nodi irrisolti della giustizia civile, *Iustitia* 2006, 171

**Giannini M.S.** Istituzioni di diritto amministrativo, seconda edizione a cura di Mirabelli Centurione, Giuffrè 2000

**Gilardi G.** L'efficienza del processo civile tra profili di organizzazione e riforme processuali, *Democrazia e diritto*, 2/2005

**Giovannelli M.** I nodi irrisolti della giustizia amministrativa, *Iustitia* 3/2006

**Giovannini M.** Giustizia in crisi: considerazioni ai margini di un dibattito non sempre costruttivo, *Politica del diritto* 2/2004

**Gross E. - Etzioni A.** Organizzazioni e società, Il Mulino 1987

**Guarda G.** La dirigenza degli uffici giudiziari, Incontro di studio CSM aprile 2007, [www.csm.it](http://www.csm.it)

**Guarda G.**, Il nuovo ruolo delle Cancellerie, Convegno Il processo civile telematico, Bologna, dicembre 2004 [www.dirigentiustizia.it](http://www.dirigentiustizia.it)

**Guastini Pizzorusso** Commentario alla Costituzione, La magistratura, Zanichelli Bologna Il Foro italiano Roma

**Gustapane A.** Giudice e Pubblico ministero nel giusto processo, *Diritto e società* 2001, 7

**Guzzardo G.** Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia celere, *Riv. italiana di dir. pubb. comunitario* 1/2008

**Guzzetta G. Marini F. S.** Diritto pubblico italiano e comparato, Giappichelli, Torino 2006

**Iannotta R.** La giurisdizione amministrativa, *Iustitia* 4/2002

**Intravaia D.** Giustizia e organizzazione, [www.dirigentiustizia.it](http://www.dirigentiustizia.it)

**Italia U. Traverso C.E.** Elementi di diritto pubblico, Giuffrè, Milano 1992

**La China S.**, Giusto Processo, laboriosa utopia, *Riv. di dir. process.* 2005, 1111

**Laperuta L.** (a cura di) Il Management pubblico, ed. Simone 2006

**Lariccia S.** Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione, Atti della giornata di studio su Sergio Panunzio, profilo intellettuale di un giurista, Perugia 2006, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

**Leone G.** Brevi note a margine della legge 205/2000. Un passo avanti verso il giusto processo amministrativo? *Diritto process. amm.* 3/2001

**Lipari M.** La translatio del processo nel disegno di legge governativo approvato dalla Camera dei deputati (AS 1020): certezze e dubbi, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 22/2008

- Lucifredi**, La Nuova Costituzione Italiana, soc.editr.libreria Milano 1951
- Luhmann N.** Procedimenti giuridici e legittimazione sociale, Giuffre' 1995
- Luiso F. P.** Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione, tra giudice ordinario e giudice amministrativo, Riv. di dir.process.1/2002
- Marongiu G.** L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione, Cedam, Padova 1998
- Martines T.** Diritto Costituzionale, Giuffre' 1994
- Matscher F.** L'equo processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Riv.trim.di dir.e proc.civ. 2006, 1056
- Mazziotti, Di Celso**, Manuale di diritto costituzionale, Cedam 2002
- Mazziotti, Di Celso,M.** Lezioni di diritto costituzionale, Giuffre', Milano 1993
- Meloncelli A.** Diritto pubblico, Maggioli 1992
- Mengozi M.** Il diritto all'equo indennizzo per l'irragionevole durata del processo trova il suo fondamento direttamente nella CEDU, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)
- Morettini S.** L'effettività del diritto comunitario e il processo amministrativo negli Stati membri, Riv.trim.di dir.pubb.3/2007
- Mortati C.** Istituzioni di diritto pubblico, Tomo I, decima edizione, a cura di Modugno, Baldassarre, Mezzanotte Cedam 1991
- Mortati C.** Istituzioni di diritto pubblico, Tomo II, nona edizione, Cedam, Padova 1976
- Mussari R.** La valutazione dei programmi nelle aziende pubbliche, Giappichelli, Torino 1999
- Napoletano G. Abrescia M.**, Analisi economica del diritto pubblico, Il Mulino 2009
- Nigro M.** Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione, Milano 1966
- Occhiena M.** Il nuovo responsabile del procedimento, la responsabilità del dirigente pubblico e il labile confine tra la politica e l'amministrazione, Diritto e società 2000, 557
- Pace A.** Problematica delle libertà costituzionali, Cedam, Padova 1995
- Pacifico L.**, La riforma del bilancio, Azienda pubblica 3/1998
- Paladin L.** Diritto Costituzionale, Cedam, 1998
- Paleologo G.** Il giudizio amministrativo oggi, Riv. trim.di diritto pubblico 3/2000
- Panunzio S. P.** Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano, Politica del diritto 1/2000
- Parisio V.** Servizi pubblici e monopoli, in Dizionario di diritto pubblico dell'economia a cura di E. Picozza, Maggioli 1998
- Pavan A. Reginato E.** Programmazione e controllo nello Stato e nelle altre Amministrazioni pubbliche, Giuffre' 2004
- Pergolesi F.** Diritto Costituzionale, Cedam, Padova 1972,
- Peroni F.** Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito, Riv.di di.process. 3/2001
- Peters B. Guy** La pubblica amministrazione, Il Mulino 1999

- Pica L.** Le notificazioni nel processo civile, Ed. Simone 2003
- Picozza E.** Garanzia e risultato nel procedimento amministrativo, Relazione inedita al Convegno su Giusto procedimento e processualprocedimento, Roma 6 aprile 2009 Consiglio di Stato Palazzo Spada
- Picozza E.** I rapporti tra indirizzo politico e indirizzo della pubblica amministrazione, Atti del Convegno di studio in ricordo di Giovanni Marongiu, Luiss roma 2004, Quaderni Giuffrè n. 10
- Picozza E.** Il "giusto" processo amministrativo, il Consiglio di Stato 2/2002, 1061
- Picozza E.** Il processo amministrativo, Giuffrè 2008
- Picozza E.** Introduzione al diritto amministrativo, Cedam 2006, 96
- Picozza E.** Processo amministrativo e diritto comunitario, Cedam 2003
- Pizzorusso A.** L'organizzazione della giustizia in Italia, Piccola biblioteca Einaudi 1990
- Pizzorusso A.** Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano, seconda edizione, Jovene edit. 1992
- Proto Pisani A.** Conati di riforma dell'ordinamento giudiziario, Democrazia e diritto 2003, 175
- 
- Rebuffa G.** La funzione giudiziaria, Giappichelli Multiversum 1993
- Rescigno G. U.,** Corso di diritto pubblico, Zanichelli, Bologna 1996-97
- Rigano F.** Costituzione e potere giurisdizionale, Cedam, Padova 1982
- Rinaldi L.** Autonomia poteri e responsabilità del dirigente pubblico. Un confronto con il manager privato, Giappichelli, Torino 2002
- Rodio R. G.** Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale, Cedam, Padova 1990
- Romano S.** Il diritto pubblico italiano, Giuffrè, Milano 1983
- Rossi N.** Il nucleo professionale di un nuovo ordinamento giudiziario: valutazione e selezione dei magistrati, direzione degli uffici, Democrazie e diritto 2/2005
- 
- Salvia F.** La buona amministrazione e i suoi limiti, Diritto e società 2004, 551
- Sandulli M.A.** Commento alla sentenza SS.UU. Civili Cassazione 30254/2008, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 1/2009
- Sandulli M.A.** Diritto europeo e processo amministrativo, *riv.italiana di dir.pubb.comunitario* 1/2008
- Sandulli M.A.** I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 6/2007
- Savino M.** Le riforme amministrative in Italia, *Riv.trim. di diritto pubblico*
- Sciacca M.** Gli strumenti di efficienza del sistema giudiziario, i nodi critici e la capacità organizzativa del giudice, [www.csm.it](http://www.csm.it)
- Scoca F. G.** Attività amministrativa, Enciclopedia del diritto, aggiornamenti
- Scoca F. G.** Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione, *Dir.process.amm.* 1/2008
- Scott R.W.** Le Organizzazioni, Il Mulino 1985
- Serio A.** Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria, *Riv.italiana di diritto pubblico comunitario* 1/2008
- Shavel S.** Fondamenti dell'analisi economica del diritto, a cura di D. Porcini, Giappichelli, Torino

2004

**Sigismondi G.** Difetto di giurisdizione e translatio iudicii, Diritto processuale amministrativo, 3/2007

**Sobrinho S.** La riforma dell'accesso alla magistratura ordinaria tra legge 150/2005 e legge Mastella-  
un'altra occasione mancata? [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

**Sordi B.** Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, Dir.amministrativo 1/2008

**Spagna Musso E.** Diritto Costituzionale, Cedam, Padova 1992

**Spuntarelli S.** Il principio di legalità e il criterio d'imparzialità nell'amministrare,Dir. amministrativo  
1/2008

**Tarullo S.** Il giusto processo amministrativo, Giuffrè 2004

**Tarzia G.** La durata del processo civile e la tutela dei deboli, Riv. di dir.process. 2005/319

**Tarzia G.** L'articolo 111 Costituzione e le garanzie europee del processo civile, Riv.di dir.process.

**Torchia L.** La responsabilità dirigenziale, Cedam Padova 2000

**Trocker N.** Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: "l'azione nell'elaborazione della Corte  
europea dei diritti dell'uomo" parte prima, Riv. trim. di dir.pubb. 2007, 35

**Trocker N.** Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto" processo in materia civile": profili  
generali, Riv.trim. di dir.e proc.civ. 2001, 381.

**Trocker N.** Il valore costituzionale del giusto processo, in Il nuovo articolo 111 Costituzione e il  
giusto processo civile, Atti del Convegno dell'Elba, giugno 2000, a cura di Civinini Verardi, Milano  
2001, 54

**Vignera G.** Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 della  
Costituzione, Riv.trim.di dir.e proc.civ. 2003, 1185

**Vignocchi G.** Corso di diritto pubblico, Giuffrè, Milano 1994

**Virga P.** Diritto Costituzionale, Giuffrè 1979

**Volpe F.** Translatio iudicii: una proposta di disciplina legislativa, [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) 10/2008

