
Diritto e processo amministrativo

Edizioni Scientifiche Italiane

Diritto e processo amministrativo

Rivista trimestrale

Anno XII – n. 2/2018

INDICE

MARCELLO CLARICH, <i>«Stato di diritto ed efficienza della giustizia amministrativa»</i>	415
ALESSANDRO CROSETTI, <i>Il difficile percorso della nozione di acqua pubblica: analisi evolutiva</i>	439
FABIO SAITTA, <i>Esecuzione amministrativa e giurisdizione (noterelle a margine di una recente pronuncia)</i>	501
FRANCESCA PUBUSA, <i>Ancora sull'art. 21 quinquies, comma 1 bis l. 7 agosto 1990 n. 241: considerazioni sul regime sostanziale e processuale dei contratti pubblici</i>	507
MARIA CONCETTA D'ARIENZO, <i>I poteri di intervento dell'ANAC nella fase precontenziosa: criticità e prospettive alla luce della recente revisione dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016</i>	539
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Il centro storico, un iperluogo tra urbanistica, cultura, paesaggio e immaterialità</i>	583
FABIO RAITTO TRABUCCO, <i>Utilità o inutilità del CNEL e sua soppressione (rectius, sospensione) a mezzo legge ordinaria</i>	619
LUCA DI GIOVANNI, <i>Il nuovo silenzio assenso interamministrativo fra esigenze di semplificazione e risvolti applicativi di complessità</i>	645
SAUL MONZANI, <i>L'obbligo di indicazione dei costi per la sicurezza nel nuovo codice dei contratti pubblici tra soccorso istruttorio, tassatività delle cause di esclusione e residui dubbi interpretativi</i>	669
ROCCO PARISI, <i>Il nuovo Codice dei contratti pubblici e poteri dell'ANAC</i>	695

MARCELLO CLARICH

“STATO DI DIRITTO ED EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA”*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli elementi di contesto. – 3. La visione contraddittoria dei non giuristi. – 4. Approcci metodologici. – 5. Alla ricerca dell'efficienza della giustizia amministrativa.

1. – L'efficienza della giustizia amministrativa è assurta in tempi recenti a tema di dibattito pubblico all'interno di una discussione più generale sul sistema della giustizia, soprattutto civile, come fattore di freno dello sviluppo economico¹.

Non deve dunque stupire che il tema sia stato posto soprattutto dagli economisti all'interno di analisi delle molteplici cause che hanno rallentato la crescita del nostro Paese ormai da molti anni e che rendono lento e incerto il cammino volto al superamento della crisi economica e finanziaria scoppiata a partire dal 2008. Nel periodo dal 2007 al 2014 essa ha determinato una caduta del prodotto interno lordo del 9,1% e il crollo degli investimenti del 30% con effetti pesanti in termini di riduzione del tenore della vita per ampie fasce della popolazione e di accrescimento del divario tra classi sociali².

* Il presente saggio aggiorna un contributo pubblicato nel volume a cura dell'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa su *“Giustizia amministrativa ed economia – Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini: profili di diritto interno e comparato, Milano, Gruppo Sole 24 Ore, 2017.*

¹ In generale sui rapporti tra giustizia amministrativa ed economia con ampi richiami al dibattito recente e con un'analisi quantitativa e qualitativa del contenzioso cfr. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economica*, in *Astrid Rassegna*, 2014, n. 16.

² Cfr. A. MACCHIATI, *Perché l'Italia cresce poco*, Bologna, 2016, 15. Quanto al tenore della vita basti pensare che vent'anni fa un italiano guadagnava mediamente

Questo tipo di approccio al tema dell'efficienza della giustizia amministrativa va tenuto distinto, da un punto di vista analitico, da altro genere di valutazioni critiche mosse in modo ricorrente da esponenti politici anche di primo piano³. La discussione, spesso superficiale e senza cognizione esatta delle questioni, trae spunto molto spesso, non già da considerazioni di sistema, bensì da singoli casi di decisioni dei Tribunali amministrativi regionali o del Consiglio di Stato che sospendono o annullano procedure di affidamento di lavori pubblici, che si frappongono alla realizzazione di investimenti produttivi o comunque che aggravano di oneri originariamente non previsti iniziative imprenditoriali già avviate.

In questo genere di critiche, l'efficienza della giustizia amministrativa resta per lo più sullo sfondo, mentre si pone in primo piano il rapporto tra politica e sistema di contrappesi istituzionali. Questi ultimi sono rappresentati, com'è noto, in prima battuta da una pubblica amministrazione, che nel momento in cui assume le proprie decisioni (per esempio, la scelta dell'impresa incaricata dell'esecuzione di un progetto infrastrutturale all'esito di una procedura competitiva), agisce nel rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e di buon

in un anno 1.500 dollari meno di un tedesco, mentre nel 2014 la differenza è di quasi diecimila dollari. Anche rispetto la Spagna la differenza a favore dell'Italia si è ridotta nello arco temporale da 5.000 a 1700 dollari. Secondo lo storico dell'economia Giovanni Toniolo, la crisi recente è stata per l'Italia, a differenza di gran parte dei paesi europei ed degli Stati Uniti, addirittura più grave di quella degli anni Trenta del secolo scorso: cfr. G. TONIOLO, *Le due crisi nel mondo: un breve confronto*, Relazione al Convegno su "La società italiana e le grandi crisi economiche 1929-1936" svoltosi all'Università degli Studi di Roma «La Sapienza», il 26-28 novembre 2016 in occasione deli 90 anni dell'Istat, in corso di pubblicazione.

³ Basta ricordare un articolo sul Messaggero dell'agosto 2013, che suscitò un intenso dibattito, nel quale Romano Prodi lamentava che gli investitori istituzionali stranieri fossero disincentivati ad operare in Italia a causa delle incertezze derivanti dal modo di operare della giustizia amministrativa, con la conseguenza che «se si abolissero i TAR e il Consiglio di Stato, il nostro PIL assumerebbe subito un cospicuo segno positivo». Anche Matteo Renzi nel suo discorso programmatico al Senato in occasione della formazione del Governo ebbe a lamentare che «i tribunali amministrativi regionali discettano di tutto» e che «un provvedimento di un sindaco [...] è comunque costantemente rimesso in discussione in una corsa a ostacoli impressionante».

andamento e in seconda battuta da un sistema di garanzie giurisdizionali volte a verificare se i principi in questione, unitamente ai limiti stabiliti dalla legge per l'esercizio del potere, siano stati puntualmente rispettati.

Gli esponenti politici ai vari livelli di responsabilità hanno necessità, anche a fini di consenso elettorale, di dar corso ai programmi elettorali e di conseguire risultati concreti da ascrivere a proprio merito anche a prezzo di forzare o pretermettere passaggi procedurali e verifiche di legittimità previste dall'ordinamento. Con un'immagine che può rappresentare il problema, il "taglio del nastro" che segna idealmente il completamento di un'opera pubblica è una cerimonia ambita da amministratori locali e ministri in carica. Da qui l'insofferenza nei confronti di pronunce dei giudici amministrativi che rischiano di allontanare questo tipo di traguardi⁴.

Del resto, una sconfitta giudiziaria può apparire più cocente per un governo nazionale o locale atteso che la parte pubblica soccombente, contrariamente a quanto accade nelle controversie civili, agisce nel pubblico interesse, trova legittimazione del circuito politico rappresentativo e la sentenza sfavorevole può diventare motivo di polemica politica alimentata dalle forze di opposizione⁵.

2. – Ma il dibattito sull'efficienza della giustizia amministrativa rischia di essere fuorviato anche da altri elementi di contesto, tra i quali la debolezza della pubblica amministrazione in generale, i difetti della cultura giuridico amministrativa, la cattiva qualità della legislazione, la ventata populista contro ogni genere di *elite* tecnocratica. Ciascuno di questi elementi merita una breve riflessione.

⁴ La polemica tra politici e giudici amministrativi esplose a cicli periodici ed è una costante da molti anni. Nel corso del 2017 essa è riesplorsa con toni particolarmente violenti in occasione di una sentenza del Tar del Lazio (Sez. II *quater*, 24 maggio 2017, n. 6171) che ha annullato la nomina dei vertici dei musei italiani in seguito a una procedura aperta alla partecipazione di stranieri.

⁵ Per queste considerazioni cfr. T. BINGHAM, *The rule of law*, 2010, Penguin books, 65, ma, secondo l'illustre giudice inglese, «This is the inescapable consequence of living in a state governed by the rule of law. There are countries in the world where all judicial decisions find favour with the powers that be, but they are probably not places where any of us would wish to live».

In primo luogo, il tema dell'efficienza della giustizia amministrativa va distinto, anche se vi è un qualche elemento di connessione, da quello più generale dell'efficienza o inefficienza della pubblica amministrazione. Il giudice amministrativo, almeno nell'immagine del pubblico meno informato, è percepito in qualche modo come parte integrante del sistema burocratico amministrativo. Pertanto, le critiche rivolte a quest'ultimo, considerato come altro fattore di freno dello sviluppo economico, finiscono per coinvolgere e scaricarsi in modo irreflesso anche sulla giustizia amministrativa. Ad essa si imputa, specie da parte degli economisti, di essere intrisa della stessa cultura legalista e formalista tipica degli apparati burocratici, una cultura, come si dirà di seguito, refrattaria a considerazioni di tipo economico e di valutazione dell'impatto reale delle proprie decisioni.

Del resto è opinione corrente, che se il nostro Paese fosse dotato di strutture amministrative robuste, ben coordinate tra loro, organizzate con criteri di razionalità, attrezzate sotto il profilo tecnico-professionale, animate da spirito pubblico, aperte a un dialogo costruttivo con gli interlocutori privati all'interno dei percorsi segnati dagli istituti partecipativi previsti dalla normativa generale sul procedimento amministrativo e secondo criteri di fiducia reciproca, la qualità delle decisioni, anche sotto forma di provvedimenti amministrativi, sarebbe molto migliore. Ciò accrescerebbe quella che nel dibattito scientifico viene definita come la "accettabilità" (*Akzeptanz*) delle decisioni da parte dei destinatari con conseguente riduzione degli strascichi del contenzioso giurisdizionale⁶.

Allo stesso risultato porterebbe anche la capacità delle amministrazioni di provvedere autonomamente alla correzione dei propri errori attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela. Nell'ordinamento processuale tedesco, una fase precontenziosa innanzi all'amministrazione (*Vorverfahren*) che ha emanato il provvedimento deve essere avviata dalla parte interessata prima di proporre il ricorso giurisdizionale. In una percentuale elevata di casi questa fase sfocia in un ripensamento dell'amministrazione stessa evitando così in radice la ne-

⁶ Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Dal Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer Verlag, 1998, 95 e ss.

cessità di avviare la fase processuale⁷. In effetti, per ricorrere a un'analogia con il mondo delle imprese, il ritiro dal mercato di prodotti difettosi, anche in seguito ai reclami della clientela, costituisce un indice di serietà dell'azienda.

In Italia, il tentativo di incentivare le stazioni appaltanti a riesaminare le proprie determinazioni prima della proposizione del ricorso giurisdizionale non ha prodotto i risultati sperati tanto che il nuovo Codice dei contratti pubblici non prevede più il meccanismo del preavviso di ricorso con obbligo dell'amministrazione appaltante di valutarlo ai fini di un eventuale esercizio del potere di autotutela⁸.

La buona qualità dei provvedimenti amministrativi dipende da fattori come una ricostruzione accurata dei dati fattuali, l'individuazione precisa dei parametri normativi, l'acquisizione e l'utilizzo di tutti gli elementi istruttori rilevanti, la piena intellegibilità dell'*iter* argomentativo desumibile dalla motivazione, uno stile di scrittura piano, conciso e lineare, ecc. La buona qualità degli atti, che, per riprendere l'analogia tratta dal mondo aziendale, costituisce il prodotto finale di un "processo produttivo" da parte di un'organizzazione efficiente ad esso dedicata, renderebbe comunque più semplice il compito sia delle parti del giudizio amministrativo nell'individuare le questioni rilevanti, sia del giudice amministrativo nell'operare il suo sindacato.

La connessione tra efficienza della pubblica amministrazione ed efficienza della giustizia amministrativa non è peraltro, a un'attenta considerazione, del tutto peregrina. Infatti, al di là delle peculiarità della funzione giurisdizionale e del ruolo e delle garanzie riconosciute ai magistrati amministrativi in ossequio ai principi costituzionali, l'assetto organizzativo degli uffici, la disciplina del personale amministrativo, il regime di contratti per l'acquisto di beni e servizi, la provvista delle risorse finanziarie sono retti in massima parte dallo stesso corpo normativo che si applica alle pubbliche amministrazioni in generale.

⁷ Il riferimento è al par. 68 e seg. del *Verwaltungsgerichtsordnung* che prevede che prima della proposizione dell'azione di annullamento la legittimità dell'atto deve essere valutata attivando un procedimento di riesame di tipo amministrativo.

⁸ Essa era disciplinata dall'art. 243-*bis* del Codice ora sostituito con quello approvato con d.lgs. n. 50/2016.

Non deve dunque stupire che anche la gestione degli uffici giudiziari a supporto della giustizia amministrativa soffra delle stesse difficoltà e rigidità delle quali sono afflitte, in misura maggiore o minore, le pubbliche amministrazioni. Del resto, per continuare con il parallelismo dell'impresa, senza un'organizzazione dei fattori della produzione efficiente, flessibile, razionale, è difficile immaginare che i prodotti finiti possano risultare di buona qualità e possano essere immessi sul mercato o consegnati nei tempi previsti.

Un secondo elemento di contesto generale, in qualche modo collegato al primo, ha a che fare con le critiche rivolte sempre dagli economisti alla cultura giuridica formalistica della quale sarebbero intrise sia la pubblica amministrazione italiana sia il giudice amministrativo.

Si mette anzitutto in discussione la tendenza dei giuristi giuspubblicisti a risolvere i problemi con norme, a prediligere la nozione di regola e di proibizione, ignorando quella, centrale nelle analisi degli economisti, di incentivo e, più in generale, ad affrontare i problemi esclusivamente in termini di impianto istituzionale⁹.

Si sollevano poi dubbi sulla formazione dei dirigenti pubblici e dei magistrati amministrativi, plasmata da una monocultura giuridica che è autoreferenziale, impermeabile ad approcci di tipo economico ai problemi da trattare, poco aperta ad esperienze estere, tutta immersa «nella cultura, nella storia e nella pratica dello Stato italiano»¹⁰. Si enuncia persino la tesi secondo la quale bisognerebbe in linea di principio «evitare che esperti di diritto amministrativo svolgano funzioni manageriali» in posizione di vertici delle pubbliche ammini-

⁹ Cfr. R. PEROTTI, *Status quo – Perché in Italia è così difficile cambiare le cose (e cominciare a farlo)*, Milano, 2016, 169-170. La diversità di approccio emerge per il fatto che «nella loro interpretazione del diritto, gli economisti vedono in primo luogo un insieme di incentivi», mentre i giuristi «riconoscono un ruolo incentivante al diritto, ma insistono sull'affermazione di valori sociali rappresentati da una legge o da un regolamento»: cfr. J. TIOLE, *Economia del bene comune*, Milano, 2016, 158.

¹⁰ Cfr. R. PEROTTI, *op. cit.*, 168. L'autore, che è stato di recente consigliere economico del presidente del Consiglio dei ministri, proprio, riferisce questi commenti proprio al consigliere di Stato tipo, anche in relazione agli incarichi non giudiziari presso i ministeri, commentando anche che «il suo lavoro, e la sua mentalità, è fatto di leggi, decreti, articoli e commi».

strazioni, visto che esso non dà certo una preparazione di tipo propriamente gestionale¹¹.

Viene altresì ascritto a difetto strutturale che pesa sulla produttività del sistema economico italiano il mancato riconoscimento delle ragioni del mercato e dell'efficienza economica, oltre che nelle norme giuridiche, nelle prassi giudiziarie e amministrative del nostro Paese¹².

Per quanto riguarda più specificamente la giurisdizione, non solo quella amministrativa, viene sottolineato come essa «nel nostro sistema di pensiero [...] è intrinsecamente a-economica: essa è espressione di sovranità e garanzia dei diritti, dunque è una funzione senza costo e senza tempo, in cui ogni singolo processo ha valore assoluto»¹³.

Qualche risposta concreta a questo tipo di critica, può consistere nell'inserimento nei corsi di formazione e di aggiornamento, ma probabilmente già nei *curricula* universitari in discipline giuridiche, di moduli che espongono i principi dell'analisi economica del diritto (applicata di recente, non solo all'ambito del diritto privato, ma anche a quello del diritto pubblico¹⁴), o le tecniche economiche di analisi dei mercati nel contesto del diritto antitrust¹⁵.

¹¹ Cfr. C. COTTARELLI, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Milano, 2016, 188 e ciò «a meno che non abbiano provato di esserne capaci». Secondo l'economista, che tra il 2013 e il 2014 è stato commissario per la revisione della spesa pubblica, «sembra che in Italia essere esperto in diritto amministrativo – se non membri del Consiglio di Stato – sia quasi un sine qua non per arrivare al vertice di un ministero».

¹² S. ROSSI, *Controtempo – L'Italia nella crisi mondiale*, Bari, 2009, 163.

¹³ Cfr. S. ROSSI, *op. cit.*, 167-168 il quale aggiunge che «questa assolutezza di principio esclude che si proceda a una valutazione di costi-benefici per la collettività, perché il solo bene in gioco è l'affermazione del diritto controverso, che non è un "servizio" ai cittadini ma un bene di valore infinito, dunque da perseguire costi quello che costi e senza limiti di tempo».

¹⁴ Per tutti, cfr. G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009. In realtà, già da qualche anno vengono tenuti corsi di formazione per magistrati con taglio giuseconomico riferiti in particolare al diritto antitrust.

¹⁵ Una maggiore attenzione agli effetti delle decisioni giudiziarie sta emergendo. In un recente intervento del Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura si è per esempio affermato che «non può più essere considerato un tabù cogliere e prevedere le conseguenze delle decisioni giudiziarie ed il loro impatto

Si osserva anche che il predominio della cultura giuridico-amministrativa ha fatto sì che la cultura economico-tecnica, tendenzialmente assente nelle decisioni dei giudici amministrativi, stia divenendo rapidamente minoritaria anche nelle autorità indipendenti, i cui componenti sono sempre più frequentemente giuristi, specie di formazione pubblicistica, una involuzione che "ha portato a sacrificare gli aspetti sostanziali dell'intervento regolatorio rispetto agli aspetti giuridico-formali"¹⁶.

Un terzo elemento di contesto, che sta a monte sia della pubblica amministrazione titolare delle funzioni pubbliche e dei poteri ad esse correlate sia del giudice amministrativo chiamato a sindacare l'esercizio di questi ultimi, è costituito dalla cattiva qualità della legislazione. Sono noti i difetti cronici di una produzione normativa variamente definita come multilivello (statale, regionale, locale), ridondante, farraginosa, stratificata, alluvionale, poco coordinata, estemporanea, lacunosa, oscura, eccetera¹⁷.

sull'economia e sulla società»: per questa citazione e per altre considerazioni sui rapporti tra cultura giuridica e processo economico cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna*, 2016 in corso di pubblicazione.

¹⁶ Cfr. A. MACCHIATI, *op. cit.*, 70 con l'ulteriore conseguenza che «all'erompere delle autorità» ha così corrisposto l'erompere dei ricorsi contro le decisioni delle autorità dinanzi ai TAR e al Consiglio di Stato». L'autore rileva che nei primi collegi della autorità la presenza dei giuristi era assente o del tutto minoritaria mentre nei collegi via via successivi sono stati nominati sempre più di frequente componenti di estrazione giuridica. Cfr. altresì A. MACCHIATI, *Un'autorità per giuristi?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2016, 359 e ss. a proposito dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che in seguito alle nomine più recenti è composta esclusivamente da giuristi. L'autore critica anche la giustizia amministrativa «notoriamente piuttosto severa verso le decisioni sanzionatorie dell'*Antitrust*» (341) incentivando così le imprese a ricorrere contro i provvedimenti sanzionatori e pone anche l'interrogativo se un collegio composto da giuristi possa determinare «un indebolimento della dialettica tra il momento della decisione e il momento della revisione giudiziale» e se «gli aspetti formali verranno ulteriormente esaltati da questo "gioco di specchi"» (342).

¹⁷ Cfr. per tutti B. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011; M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011 che muovono dall'assunto che la qualità delle regole sia «un elemento essenziale

Non si sono rivelati per ora sufficienti i tentativi di riordino normativo attuato attraverso codici di settore e di testi unici nonché attraverso l'abrogazione dei testi normativi più risalenti. Certo è che la cattiva qualità della legislazione rende più difficile il compito, in prima battuta, della pubblica amministrazione che la applica, in seconda battuta, del giudice amministrativo, che risolve controversie che vertono in molti casi su pure questioni interpretative di un quadro normativo non chiaro.

Ma il dibattito sulla giustizia amministrativa rischia di essere condizionato anche da un altro elemento di contesto generale presente negli ultimi anni, non sono in Italia, ma in molti altri Paesi, che condiziona sempre di più l'opinione pubblica e le scelte elettorali. Basti pensare agli esempi recenti del Regno Unito, in relazione ai risultati del referendum sulla permanenza nell'Unione europea, e degli Stati Uniti, con l'esito per certi aspetti sorprendente delle elezioni presidenziali.

Si allude al manifestarsi di spinte populiste che tendono a rifiutare e a delegittimare in blocco tutto ciò che ha che fare con la classe dirigente, la politica professionale, l'*elite* tecnocratica e scientifica e a riporre fiducia nel buon senso dell'uomo comune, magari connesso in rete, o, come si diceva un tempo, dell'"uomo qualunque"¹⁸. La magistratura, e in particolare quella amministrativa, viene cioè associata a quella "casta" che ha perso ormai molta credibilità agli occhi di movimenti politici emergenti. Persino in un paese come in Inghilterra, patria del parlamentarismo e della democrazia liberale fondata sulla *rule of law*, si sono verificati episodi di delegittimazione e di esposizione al pubblico ludibrio, da parte di una parte rilevante dei media. Ciò è accaduto da ultimo ai giudici del *High Court of Ju-*

dello Stato di diritto, incide sullo sviluppo socioeconomico dei paesi e risponde alle esigenze delle moderne democrazie» (7). Da ultimo cfr. C. COTTARELLI, *op. cit.*, 187 e ss. che lamenta un'eccessiva influenza dei giuristi cultori del diritto amministrativo nella definizione dei contenuti oltre che della veste formale dei provvedimenti legislativi, contenuti che invece dovrebbero essere definiti in sede di indirizzo politico e dai tecnici.

¹⁸ Sulla deriva populista e sui rischi per la democrazia, cfr. A. KENDALL-TAYLOR-E. FRANZ, *How democracies fall apart. Why populism is the pathway to autocracy*, in *Foreign Affairs*, 5 dicembre 2016.

stice per i quali la fuoriuscita del Paese dell'Unione europea (cosiddetta Brexit), sancita da un referendum popolare di tipo consultivo, non può prescindere, prima di essere formalmente avviata secondo il procedimento previsto dall'art. 50 del Trattato sull'Unione europea, da un coinvolgimento pieno del Parlamento sovrano¹⁹. Del resto anche nel nostro Paese si sono verificati casi mediatici preoccupanti di attacchi "ad personam" a singoli magistrati che avevano assunto decisioni su temi delicati e controversi.

3. – Individuati gli elementi di contesto generale che rischiano di rendere meno focalizzato il dibattito sull'efficienza della giustizia amministrativa, occorre mettere in evidenza una contraddizione che sembra emergere nella stessa discussione tra gli studiosi delle scienze economiche e sociali.

Da un lato, si ritiene, come già osservato, che la giustizia amministrativa costituisca un fattore di freno dello sviluppo economico. Così si lamentano sia i tempi lunghi della conclusione dei procedimenti, sia il rischio di incoerenza delle decisioni dei vari Tar e delle diverse sezioni del Consiglio di Stato, sia la tendenza del giudice amministrativo, specie nell'ambito della regolazione economica a debordare nel merito delle decisioni con il rischio di diventare «un super-regolatore anche con incursioni sul terreno tecnico-economico» e di «rientrare nella categoria delle istituzioni (politiche) estrattive», cioè quelle istituzioni, da contrapporre a quelle "inclusive", il cui potere finisce per estrarre reddito e ricchezza a danno della società²⁰.

Ci si interroga anche, muovendo dall'impostazione dell'analisi economica del diritto e da considerazioni di efficienza, se nel rapporto

¹⁹ Cfr. la sentenza della *High Court of Justice* del 3 novembre 2016 EWHC 2768 (Admin) R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union. I giudici facenti parte del collegio sono stati definiti addirittura come "enemies of the people", ciò che costituisce un paradosso visto che nel caso di specie essi hanno riaffermato la centralità del Parlamento sovrano rispetto alle prerogative del governo: cfr. M. WOLF, *Appeal to the will of the people threaten parliamentary democracy*, in *Financial Times*, 9 dicembre 2016, 11.

²⁰ Cfr. A. MACCHIATI, *op. cit.*, 71 all'interno di un capitoletto intitolato «L'erosione della giustizia amministrativa», e 24 e ss. per la nozione di istituzioni inclusive ed estrattive.

tra apparati amministrativi (in particolare le autorità amministrative indipendenti) e il giudice amministrativo, sia opportuno distinguere tra decisioni che è opportuno siano demandate in ultima istanza a quest'ultimo e decisioni invece che «è opportuno che vengano assunte dalle autorità indipendenti in maniera non soggetta a revisione»²¹. In ogni caso, nei confronti di queste ultime il giudice amministrativo deve dimostrare un certo grado di "deferenza".

Portando alle conseguenze più estreme questo tipo di impostazione, più che l'efficienza è lo stesso ruolo istituzionale del giudice amministrativo a essere messo in discussione, come dimostrato anche dalle proposte ricorrenti di un ritorno alla giurisdizione unica o, addirittura, alla esclusione o riduzione del livello dei presidi giurisdizionali nei confronti dei pubblici poteri, in nome della speditezza ed efficienza dei processi decisionali e dell'attuazione delle politiche pubbliche. È la stessa nozione di Stato di diritto che in ultima analisi rischia di essere contestata.

Dall'altro lato, gli stessi studiosi delle scienze economiche e sociali, mettono in evidenza come lo Stato di diritto (*rule of law*) costituisca, anche da un punto di vista storico di lungo periodo e dal raffronto tra lo straordinario sviluppo economico verificatosi nell'Occidente nei secoli passati rispetto alla sostanziale stagnazione di altri continenti, uno dei fattori essenziali della cornice politica e istituzionale che favorisce il buon funzionamento del mercato e la crescita economica²². Si è anzi sostenuto con fondamento che senza la

²¹ Cfr. F. DENOZZA, *Norme efficienti - L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, 115, che cita anche il dibattito statunitense sulla cosiddetta dottrina della deferenza ("*deference doctrine*") e al dibattito suscitato da una fondamentale sentenza della Corte Suprema degli Stati sul caso *Chevron*, nel quale si individuano i limiti entro i quali l'interpretazione di una norma da parte di un'autorità di regolazione deve essere rispettata da parte del giudice chiamato a sindacare una decisione.

²² Si riconosce sempre più da parte degli economisti un rapporto di complementarità tra mercato e Stato nel senso che «il buon funzionamento del mercato dipende dal buon funzionamento dello Stato. Inversamente, uno Stato carente non può né contribuire all'efficienza del mercato, né offrirgli un'alternativa»: cfr., J. TIROLE, *op. cit.*, 175. Per una ricostruzione più approfondita delle riflessioni dei non giuristi cfr. M. CLARICH, *Istituzioni, nuove tecnologie e sviluppo economico*, Napoli, 2017, 25, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Lezioni magistrali.

rule of law «a stable market system based on contractual relationships is impossible»²³.

Già Max Weber teorizzava all'inizio del secolo scorso come, per poter promuovere lo sviluppo economico secondo il modello dell'economia di mercato, sia richiesta un'amministrazione che rispetti le regole dello Stato di diritto e operi come una "macchina" in grado di produrre risultati prevedibili nel senso che le decisioni assunte dagli apparati burocratici possano essere "calcolabili", al pari delle altre componenti del calcolo economico che l'imprenditore deve operare prima di procedere a investimenti produttivi²⁴.

In epoca più recente, gli economisti hanno sottolineato l'importanza degli assetti istituzionali, come fattore di crescita o di freno dello sviluppo economico. In particolare, è stata posta la distinzione, operata sulla base di una analisi storica dello sviluppo di numerosi paesi non solo europei, tra ordinamenti "estrattivi", fondati su modelli chiusi, autoritari, privi sistemi di pesi e di contrappesi rispetto al potere politico, che accentrano le risorse a favore di una casta ristretta senza redistribuirle, e ordinamenti "inclusivi", dotati di istituzioni aperte, pluraliste, che permettono la diffusione della conoscenza. La tesi è che il primo tipo di ordinamenti, dominanti soprattutto in contesti extraeuropei, ostacolano lo sviluppo economico, mentre gli ordinamenti del secondo tipo, che si svilupparono gradualmente a partire dall'Inghilterra del XVII secolo, promuovono l'innovazione e la crescita economiche. Le istituzioni politiche ed economiche inclusive innescano un circuito virtuoso che si autoalimenta. In tale circuito il pluralismo delle istituzioni presuppone anche il concetto di "*rule of law*", cioè la nozione che il diritto deve essere applicato in modo eguale a tutti (nozione estranea agli ordinamenti assolutistici). La *rule of law* favorisce una maggior

²³ Cfr. P. DE GRAUWE, *The limits of the market - The pendulum between government and market*, Oxford, 2017, 98.

²⁴ Cfr. P. ROSSI, *Max Weber - Una idea di Occidente*, Roma, 2007, 188 dove si cita un'osservazione del sociologo tedesco secondo il quale per potersi affermare il capitalismo «ha bisogno, oltre che di mezzi tecnici di lavoro calcolabili, anche di un diritto calcolabile e di un'amministrazione in base a regole formali», un'esigenza che vale peraltro anche per le economie di stampo collettivistico nelle quali è imprescindibile «un'amministrazione continua, rigorosa, intensiva e calcolabile» (191).

partecipazione nel processo politico e una maggior inclusività, che a sua volta promuove l'emergere di istituzioni economiche inclusive capaci di mobilitare le risorse e l'inventiva necessaria allo sviluppo economico²⁵.

Il legame causale tra "*rule of law*" e sviluppo economico è stato oggetto di numerose analisi, che hanno messo in evidenza come, accanto alla tutela del diritto di proprietà e dell'esecuzione dei contratti, fondamentale è la presenza di controlli efficaci sui poteri pubblici affidati a giudici indipendenti che limitino in particolare la tendenza del potere sovrano a non rispettare i propri impegni nei confronti dei cittadini, sacrificando a proprio vantaggio i loro diritti e in particolare quelli di proprietà²⁶. Da qui anche la critica, da parte di giuristi che hanno di recente messo in discussione la stessa legittimità del diritto amministrativo, alla "dottrina della deferenza" ("*deference doctrine*") che richiede ai giudici, come già accennato, di effettuare un controllo "debole" sull'operato delle amministrazioni²⁷.

In termini ancor più generali la messa in opera presidi istituzionali efficaci, e tra questi la "*rule of law*", insieme alla creazione di apparati amministrativi robusti, è ciò che consente di distinguere, storicamente, tra "buono" e "cattivo" governo, visto anch'esso come fattore di crescita economica²⁸.

²⁵ Cfr. D. ACEMOGLU-J. ROBINSON, *Why nations fail – The origins of power, prosperity and poverty*, New York, 2012, 333.

²⁶ Cfr. S. HAGGARD, A. MACINTYRE, L. TIEDE, *The rule of law and economic development*, in *Annu. Rev. Polit. Sci.*, 2008, 213.

²⁷ Cfr. P. HAMBURGER, *Is administrative law unlawful?* Chicago, 2014, 283 e ss. Sul tema cfr. F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000, 469 e ss.

²⁸ Cfr. F. FUKUYAMA, *The origin of political order*, New York, 2011 e in particolare 245 e ss. sulle origini storiche della "*rule of law*", e dello stesso autore, *Political order and political decay*, New York, 2014, 52 e ss. sull'importanza della presenza di apparati burocratici robusti e 198 e ss. sulle interrelazioni tra *State building*, *rule of law*, *accountability*, *social mobilization* ed *economic growth*. L'autore sottolinea anche come sussista una tensione tra "*rule of law*" e qualità elevata del governo in quanto «effective states operate through law, but formal law can itself become an obstacle to the exercise of an appropriate level of administrative discretion. [...] The best bureaucracies have the autonomy to use judgment in decision

Al di là di varie accezioni che può avere nei vari ordinamenti (in Germania, *Rechtsstaat*, in Francia *État de droit*, ecc.), la “*rule of law*”, include tra le sue componenti il divieto di attribuire al potere esecutivo una discrezionalità illimitata e la necessità conseguenziale che l’abuso del potere discrezionale sia sottoposto al controllo di un controllo giurisdizionale²⁹.

Per essere superata, la contraddizione ora rilevata richiede, da un lato, la messa in opera di strumenti volti a rendere efficiente e celere la giustizia amministrativa, dall’altro la buona qualità delle pronunce rese da quest’ultima in termini di garanzia dello Stato di diritto, cioè di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini e delle imprese e di scrutinio rigoroso sulla correttezza dell’operato di un’amministrazione. Ed è questa una doppia sfida con la quale si devono misurare il legislatore, la magistratura amministrativa e l’avvocatura.

4. – Raccogliere la doppia sfida presuppone però una conoscenza adeguata della situazione di fatto in cui versa oggi la giustizia amministrativa che solo in parte risulta dalle relazioni annuali curate dal Consiglio di Stato e dai Tribunali amministrativi regionali in occasione della cerimonia dell’inaugurazione dell’anno giudiziario che si soffermano soprattutto su aspetti qualitativi, cioè sulle principali tematiche emerse nella giurisprudenza e sui problemi più generali di

making, to take risks, and to innovate. The worst mechanically carry out detailed rules written by other people» (533 del secondo volume).

²⁹ Per una ricostruzione analitica dei contenuti necessari della “*rule of law*” alla luce del diritto europeo e dei principali ordinamenti nazionali cfr. il documento adottato il 12-12 marzo 2016 dalla Venice Commission of the Council of Europe, “*The rule of law checklist*”, 30, paragrafi 65 e 66. Per l’affermazione recente che la “*rule of law*” «prevede non solo la certezza del diritto, ma anche il rispetto delle regole fondamentali da parte innanzitutto dello Stato» cfr. da ultimo il commento giornalistico a un’ordinanza cautelare del Consiglio di Stato (VI Sez., n. 5383/2016) in tema di riforma delle banche popolari che ha avuto ampia risonanza mediatica dell’economista L. ZINGALES, su *Il Sole 24 Ore* del 4 dicembre 2016 il quale peraltro osserva anche che «in Italia i famosi lacci e laccioli non esistono solo nel mondo dell’economia, ma anche in quello del diritto [...] In qualsiasi settore l’incertezza sulle regole è tale da rendere rischioso operare. La colpa sarebbe degli azzeccagarbugli nostrani, che si divertono a filosofeggiare in punta di diritto, mentre il Paese cade a rotoli».

tipo istituzionale. Gli stessi dati quantitativi relativi ai numeri di ricorsi e delle decisioni nell'anno di riferimento, per quanto significativi delle tendenze generali in atto, richiederebbero, per poter offrire un quadro più preciso della situazione in essere, un lavoro complesso di disaggregazione e di riclassificazione.

Le indagini specifiche sull'efficienza della giustizia amministrativa si scontrano peraltro con alcuni problemi di metodo e con alcune difficoltà³⁰.

Una prima difficoltà è quella della classificazione attendibile dei dati primari, cioè dei ricorsi e dei vari tipi di pronunce dei giudici amministrativi. Con l'informatizzazione degli uffici giudiziari anche nel settore della giustizia amministrativa, l'accesso ai dati primari è certamente più agevole, ma le chiavi per ricavare i dati aggregati, che sono pensate essenzialmente per gli usi interni degli uffici giudiziari, non sempre consentono di estrarre informazioni significative in grado di soddisfare compiutamente gli obiettivi di indagini con finalità scientifiche.

In ogni caso, le analisi meramente quantitative, quand'anche complete e riferite a indicatori e a parametri significativi (pronunce di accoglimento o di rigetto, provvedimenti cautelari e di merito, sentenze in forma semplificata, appelli, ecc.), possono offrire una panoramica solo parziale. Essa andrebbe integrata con una valutazione qualitativa dei ricorsi e delle pronunce che richiederebbe però indagini complesse affidate a un numero elevato di ricercatori in grado di estrarre dalle banche dati e di analizzare una massa enorme di documenti³¹.

Del resto, i confronti e i giudizi elaborati nelle classifiche internazionali riguardanti il sistema giudiziario nel suo complesso, che vedono il nostro Paese collocato immancabilmente in posizioni arretrate, si basano spesso, più che su dati oggettivi, su percezioni opi-

³⁰ Ciò vale anche per il volume curato dall'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa citato in apertura del saggio. Nei paragrafi successivi, per ragioni di praticità, verranno citati in nota i principali contributi degli autori del volume senza richiamare ogni volta il volume.

³¹ Si vedano le classifiche internazionali citate nel contributo di M. CHITTI, *L'efficienza della giustizia amministrativa in un sistema di tutele multilivello nazionale, europeo ed internazionale*, 2017, 51 ss.

nabili degli utenti del servizio giustizia intervistati o su stime piuttosto approssimative³².

Una seconda questione attiene all'approccio alla comparazione tra i vari settori della giustizia all'interno di un ordinamento. Per esempio, mettere a confronto in modo estrinseco i tempi della giustizia civile con quelli della giustizia amministrativa dovrebbe scontare il fatto che le regole processuali che caratterizzano i riti nei due contesti sono molto diverse (per esempio i tre gradi di giudizio previsti nel processo civile contro i due gradi previsti nel processo amministrativo)³³. Del resto le esigenze sottese ai due ambiti della giustizia non sono omogenee, considerata per esempio la necessità presente in molte controversie di diritto civile di indagini istruttorie complesse per l'accertamento dei fatti rilevanti (testimonianze, consulenze d'ufficio, ecc.), indagini che invece sono per esperienza molto meno necessarie nelle controversie vertenti la legittimità di provvedimenti nelle quali molto spesso i fatti non sono controversi.

La stessa comparazione con altri ordinamenti deve tener conto e scontare la diversità di impostazione dei sistemi di giustizia amministrativa. Per esempio, in Gran Bretagna il sistema è tradizionalmente impostato su strumenti di risoluzione delle controversie alternative

³² Lamenta la drammatica scarsità di dati affidabili in materia di giustizia civile S. ROSSI, *op. cit.*, 163 che rinvia a una ricerca della Banca d'Italia curata da M. BIANCO, S. GIACOMELLI, C. GIORGIANTONIO, G. PALUMBO, B. SZEGO, *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?* in *Rivista di politica economica*, 2007, 207 ss. Quanto alle stime la Banca d'Italia ha provato a quantificare gli effetti del cattivo funzionamento della giustizia sulla crescita nella misura di un punto percentuale sul prodotto interno lordo: cfr., anche per altri dati riportati nelle classifiche internazionali, A. MACCHIATI, *op. cit.*, 60.

³³ Come sottolineato nel contributo di C. GERMINARO, C. GUARNIERI e D. PIANA, *Giustizia amministrativa e giustizia civile: una comparazione*, 2015, 21 ss. i tassi di impugnazione in cassazione del settore civile, che risultano in leggera diminuzione anche se in misura minore rispetto agli appelli in Consiglio di Stato, ma il dato risulta poco significativo atteso che i ricorsi in cassazione sono preceduti da un precedente giudizio di revisione operato in sede di corte d'appello. Sulla giustizia civile e sui leggeri miglioramenti dei principali indicatori in tempi recenti cfr. F. BARTOLOMEO - M. BIANCO, *Efficacia (ed efficienza) della giustizia civile in Italia*, Relazione al Convegno organizzato da Confindustria su "Il sistema giustizia tra vincoli organizzativi, tutela dei diritti e ragioni dell'economia", Roma 30 novembre 2016.

alla giurisdizione dinanzi a organi paragiurisdizionali³⁴. In ogni caso, la possibilità di proporre ricorso in molti casi non costituisce un diritto assoluto della parte privata, ma è soggetto a una sorta di autorizzazione discrezionale del giudice (il cosiddetto *leave*). Pertanto, il contenzioso propriamente giurisdizionale è numericamente molto più limitato rispetto all'esperienza spagnola o italiana, nella quale il primo tipo di rimedi non riesce ad affermarsi nella legislazione e nella prassi.

Inoltre, le analisi sull'efficienza della giustizia amministrativa dovrebbero essere integrate con analisi volte a misurare l'efficacia del sistema. Anzitutto, secondo le definizioni degli aziendalisti, l'efficienza mette in relazione le risorse impiegate in una certa attività (*input*) e i prodotti finali (*output*) e implica un'analisi del processo tecnico produttivo e della gestione dei fattori della produzione (efficienza produttiva e gestionale). È efficiente quell'apparato che impiega al meglio le risorse disponibili (poche o molto, non rileva) e dunque non genera sprechi.

L'efficacia tende invece a mettere in relazione i prodotti finali (*output*) con gli obiettivi assegnati (efficacia interna) e con risultati (*outcome*) effettivamente conseguiti (efficacia esterna). Un alto livello di efficacia in termini di capacità di raggiungere gli obiettivi (anche qualitativi) e di produrre i risultati può essere conseguito anche attraverso un impiego di molte risorse anche se con metodi inefficienti. D'altro canto, un basso livello di efficacia può essere la conseguenza della messa in opera di una quantità di risorse inadeguata, anche se esse sono impiegate con metodi efficienti.

Pertanto quando ci si propone di misurare il sistema della giustizia amministrativa, specie nella comparazione con altri settori della giustizia e con altri ordinamenti, diventa indispensabile partire dal dato delle risorse effettivamente disponibili, sia quelle finanziarie, sia

³⁴ Nel contributo di H. SIMONETTI sulla giustizia amministrativa d'Oltremarica si mette in rilievo come al 31 marzo 2013 i ricorsi paragiurisdizionali ai *tribunals* ammontavano a 898.000, mentre nel 2014 le *applications for judicial review* ammontavano a 4062. Quanto al cosiddetto *permission stage* consistente nel *leave* esso è stato accordato nel 2013 a solo il 9% delle richieste. Un filtro così rigoroso all'accesso alla giustizia, che sarebbe incompatibile nel nostro ordinamento costituzionale, consente ai giudici inglesi di condurre *hearings* molto ampi e di redigere sentenze particolarmente ricche di argomentazioni e approfondite.

quelle di dotazione di personale (magistrati e addetti agli uffici giudiziari) e di strumenti organizzativi (uffici, mezzi informatici, ecc.). Se si comparano ordinamenti disomogenei per domanda di giustizia (numero di ricorsi), per numero di giudici e di addetti agli uffici e per altro tipo di risorse, non deve stupire se gli esiti in termini di tempi della giustizia e di qualità delle decisioni possano essere molto diversificati. In questo genere di confronti internazionali, il sistema della giustizia amministrativa italiano parte con un forte *handicap*, costituito appunto dall'esiguità delle risorse³⁵.

Resta comunque il fatto che, pur in presenza di risorse limitate, un giudizio sull'efficienza degli apparati giudiziari può essere formulato, atteso che risulta sempre possibile migliorare l'impiego dei fattori produttivi. Da questo punto di vista, potrebbe essere più agevole una comparazione per così interna al sistema di giustizia amministrativa, in particolare riferita ai singoli Tribunali amministrativi regionali o a singole sezioni del Consiglio di Stato, data l'identità delle regole processuali applicate e atteso che i dati numerici di partenza hanno natura più omogenea³⁶.

Va considerato da ultimo che per misurare in modo completo i costi della giustizia amministrativa, ai fini di valutazioni in termini di efficienza, sarebbe forse necessario considerare non solo i costi diretti riferiti agli uffici giudiziari, ma anche quelli indiretti posti a carico degli utenti del servizio giustizia e in primo luogo degli avvocati sui quali, nonostante l'informatizzazione e l'avvio del processo telematico, grava ancora una mole notevole di adempimenti materiali³⁷.

³⁵ Circa 150 milioni di euro sono stanziati per il funzionamento dei Tar e del Consiglio di Stato secondo i dati riportati C. COTTARELLI, *op. cit.*, 135.

³⁶ Così, per esempio, il contributo di C. GERMINARO - C. GUARNIERI - D. PIANA, *Giustizia amministrativa e giustizia civile: una comparazione*, *op. cit.*, 21 ss. già citato fornisce dati significativi fondati su indici di rendimento relativo, che mirano a misurare la capacità degli uffici di trattare i procedimenti sopravvenuti e di dare così risposta alla domanda di giustizia, relativi singoli TAR. Da essi si dimostra il dato intuitivo secondo il quale il tempo di definizione dei procedimenti è condizionato dal carico di lavoro che ricade sui singoli magistrati.

³⁷ In materia di regolazione pubblica sempre più frequentemente si discute, nell'ambito dell'analisi di impatto della regolazione, anche dei cosiddetti costi di adeguamento (*compliance costs*) che gravano sui destinatari delle regole.

5. – Pur tenendo conto dei limiti e delle difficoltà che incontra un'analisi sull'efficienza della giustizia amministrativa, qualche considerazione generale è pur sempre possibile.

In primo luogo, per promuovere l'efficienza occorre distinguere diversi tipi di intervento.

Una prima tipologia di interventi riguarda la disciplina processuale che a partire dall'inizio del decennio scorso si è via via arricchita di nuovi riti e modelli di tutela. Da ultimo il Codice del processo amministrativo ha messo a sistema e perfezionato numerosi strumenti per accelerare i tempi della conclusione dei giudizi. Si pensi in particolare alla riduzione dei termini processuali in special modo nel contenzioso relativo ai contratti pubblici, alla sentenza in forma semplificata, alla possibilità di unificare fase cautelare e fase di merito, all'introduzione del principio di sinteticità degli atti. Si può dire, a una valutazione complessiva, che il Codice ha messo a disposizione dei giudici e degli avvocati una "cassetta degli attrezzi" completa, adatta a far fronte a ogni tipo di controversia, che, se ben utilizzata, può potenzialmente garantire una giustizia efficace e rapida.

In particolare, l'introduzione nel sistema processuale dell'istituto della sentenza in forma semplificata ha già prodotto risultati positivi in termini di riduzione dei tempi dei processi meno complessi e di quelli che richiedono una pronuncia definitiva entro i termini stabiliti per la tutela cautelare³⁸.

Anche la tutela cautelare *ante causam* o affidata a un giudice monocratico riduce al minimo i tempi per ottenere una prima pronuncia da parte del giudice amministrativo³⁹. Sul versante della tutela cau-

³⁸ Ciò risulta dal contributo di C. CRISCENTI e A. STORTO, *La sentenza in forma semplificata*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, 1087 che mette in evidenza come il numero dei ricorsi definiti con sentenza breve si è stabilizzato nel 2014 e 2015 in circa 7.700 all'anno. Si osserva peraltro che la sentenza in forma semplificata resa nella camera di consiglio aggrava il carico di lavoro del giudice, senza che questa venga riconosciuto con una valutazione ponderale adeguata, atteso che l'organo di autogoverno assegna un peso dimezzato a queste decisioni rispetto a quelle assunte all'esito dell'udienza pubblica. Cfr. altresì i dati inclusi nel contributo di E. TRENTI, *ivi*, 1100.

³⁹ Si veda sul tema il contributo di L. MARUOTTI, *Il Codice del processo amministrativo. D.lsg. 2 luglio 2010*, n. 104, a cura di G. Leone, C. Saltelli, L. Maruotti, Padova, 2010, 242 ss., in tema di giudizio cautelare alla luce delle modifiche legisla-

telare il processo amministrativo dispone ormai di strumenti più che adeguati in termini di celerità e di flessibilità. Oltretutto, le pronunce cautelari hanno in molti casi una valenza anticipatoria delle pronunce di merito che sono in massima parte confermatrice delle prime⁴⁰.

Va ricordato peraltro che in occasione dell'elaborazione del Codice del processo amministrativo era emersa la proposta di introdurre un esame preliminare da parte di un giudice monocratico dei ricorsi proposti al fine di anticipare l'eventuale fase istruttoria, di scremare e di canalizzare meglio il contenzioso in entrata e di promuovere la definizione più rapida dei giudizi. Una siffatta soluzione avrebbe però determinato con tutta probabilità un aggravio del carico di lavoro dei singoli magistrati.

De jure condendo, alcuni spunti potrebbero essere tratti dall'esperienza di altri ordinamenti. Per esempio, fa riflettere l'esempio della Spagna, caratterizzata da un tasso di litigiosità elevato, comparabile a quello del nostro Paese, nella quale l'ordinamento processuale amministrativo dal 1998 prevede per molte controversie il giudice monocratico (*Juzgado*) piuttosto che il giudice collegiale (*Sala de lo contencioso-administrativo*) e affida alla figura del *secretario judicial* (ora *Letrado de amministrazione de Justicia*), responsabile della cancelleria, compiti non solo preparatori, ma anche decisionali (per esempio, la decisione di improcedibilità per rinuncia da parte del ricorrente, la sospensione del processo, ecc. e persino la gestione del processo esecutivo) che nel nostro ordinamento solo riservati ai magistrati⁴¹. Meriterebbe di essere forse considerata, come fonte di arricchimento delle argomentazioni processuali, anche la figura del *rapporteur publique* prevista nell'ordinamento francese, una figura per certi aspetti assimilabile al procuratore generale nei giudizi di cassazione che ha il

tive recenti che conclude nel senso che sembra ormai raggiunto l'obiettivo di una tutela rapidissima delle situazioni giuridiche soggettive incise dal potere amministrativo.

⁴⁰ Nel contenzioso dei contratti pubblici il tasso di conferma delle ordinanze cautelari nel giudizio di primo grado è di circa l'80%. Cfr. il contributo di F. MASTRAGOSTINO, *La tutela cautelare nel rito speciale in materia di contratti pubblici: rapporto introduttivo*, in *Giustizia amministrativa ed economica*, Milano, 2017, 195 ss., nonché i dati forniti nel contributo collegato di P. NOVARO, *ivi*, 312.

⁴¹ Cfr. il contributo di M.L. MADDALENA, *L'efficienza e il sistema della giustizia amministrativa in Spagna* in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

compito di rappresentare al collegio giudicante la soluzione della controversia ritenuta più conforme al dato normativo e alle risultanze processuali e che partecipa alla camera di consiglio istruttoria preliminarmente all'udienza collegiale⁴².

Un altro tipo di intervento per promuovere l'efficienza della giustizia amministrativa attiene a misure di tipo organizzativo, da avviare anche *de jure condito*, attraverso un'attività di impulso e di coordinamento interno da parte dei responsabili degli uffici giudiziari. Aiuterebbe certamente una riqualificazione del personale amministrativo anche in relazione alle esigenze del processo telematico e l'introduzione di strumenti di incentivazione per premiare i dipendenti più produttivi. Ma qui il problema si sposta, almeno in parte, sulla necessità di rivedere la disciplina del pubblico impiego. Come supporto all'attività dei magistrati potrebbe essere ampliata la possibilità di coinvolgimento più strutturato di stagisti laureati. Più volte è stata prospettata anche l'esigenza di introdurre sezioni stralcio per l'abbattimento dell'arretrato.

Tra le misure di tipo organizzativo è sicuramente importante l'attuazione completa del processo telematico che ha subito ritardi significativi rispetto ai tempi originariamente previsti.

Un altro tipo di intervento, riguarda il tentativo di ridurre i flussi di contenzioso in entrata. Da questo punto di vista, potrebbe essere utile ampliare gli strumenti di tutela alternativi alla giurisdizione, anche se l'esperienza nel nostro ordinamento, se valutata rispetto a quella di altri Paesi, sino a oggi non è stata molto positiva. Ciò anche perché il fatto che una delle parti del giudizio è costituita dalla pubblica amministrazione che agisce attraverso atti unilaterali espressione di un potere pubblico rende di difficile, secondo l'opinione corrente, l'impiego di strumenti non giurisdizionali nei quali possa avvenire una negoziazione del potere pubblico con finalità transattive⁴³.

⁴² Si rinvia in proposito al contributo di Marco Lipari che mette in evidenza come al termine della camera di consiglio istruttoria i relatori consegnano i progetti di decisione al *rappporteur publique* sulla base dei quali potrà formulare le proprie conclusioni da presentare al collegio tre giorni prima dell'udienza e che vengono lette in quest'ultima.

⁴³ Si veda su questi aspetti i contributi di B. MARCHETTI, *Alternative Dispute Resolution e amministrazione pubblica*, 323 ss.; G.P. CIRILLO, *Processo amministrativo e metodi alternativi di risoluzione delle controversie amministrative*, 303 ss.

In realtà la recente introduzione nell'ordinamento francese della mediazione su iniziativa delle parti o del giudice amministrativo sembra dimostrare che non vi sia una incompatibilità per così dire ontologica tra potere amministrativo e risoluzione in via transattiva della controversia⁴⁴. Nel modello francese la mediazione ha carattere volontario, sospende i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale, non può pregiudicare i diritti dei terzi, è affidata a un mediatore che svolge il suo compito "*avec impartialité, compétence et diligence*", si conclude con una decisione che può essere omologata e resa esecutiva dal giudice.

Non può invece rappresentare una soluzione accettabile, oltre certi limiti, l'incremento degli oneri economici (il cosiddetto contributo unificato) che gravano sui ricorrenti al momento della proposizione dell'atto introduttivo del giudizio, specie in assenza di rimedi alternativi meno onerosi ma pur sempre efficaci.

Una riduzione del carico del contenzioso potrebbe derivare anche da misure di liberalizzazione di attività private, con il conseguente venir meno della necessità del rilascio di titoli autorizzativi o abilitativi. In realtà, la semplice sostituzione dei regimi di autorizzazione preventiva con la segnalazione certificata di inizio di attività non ha prodotto in molti casi i risultati sperati, visto che la questione della tutela giurisdizionale del terzo non può essere comunque elusa. In materia di commercio, in particolare, i recenti provvedimenti legislativi di liberalizzazione, lungi dal ridurre il carico di contenzioso, hanno posto il giudice amministrativo di fronte alla necessità di operare un bilanciamento delicato di interessi pubblici e privati nel momento in cui venga contestata la proporzionalità di limiti e restrizioni introdotte da amministrazioni locali⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. la *loi* n. 2016-1547 del 18 novembre 2016 che all'art. 5 del Titolo II ha modificato il Codice della giustizia amministrativa. È evidente peraltro che per poter incentivare nel nostro ordinamento questo tipo di meccanismi di mediazione andrebbe ripensato il potere della Corte dei conti di sindacare sotto il profilo del danno erariale la soluzione transattiva raggiunta all'esito di un procedimento che, nel sistema francese, è gestito da un arbitro terzo che può essere anche un giudice amministrativo.

⁴⁵ Si vedano in proposito i contributi di R. GIOVAGNOLI, D. PONTE, S. FANTINI, L. MONTEFERRANTE, 123 ss. con un ampio esame della giurisprudenza formatasi in

In conclusione, il miglioramento dell'efficienza della giustizia amministrativa e della qualità del servizio reso ai cittadini e imprese richiede una pluralità di interventi, inclusa una valutazione dell'adeguatezza delle risorse finanziarie disponibili, che oggi sono piuttosto limitate. Solo così potrà essere raccolta la doppia sfida dell'efficienza e della qualità del "servizio-giustizia", entrambe indispensabili, come si è visto, per garantire un livello elevato di protezione dei diritti e interessi nei rapporti con l'amministrazione pubblica, in conformità ai dettami di uno Stato di diritto in grado di promuovere anche un ambiente favorevole agli investimenti in funzione di promozione dello sviluppo economico.

Abstract

L'efficienza della giustizia amministrativa, che è da tempo al centro di un dibattito pubblico, viene talora considerata come un fattore di freno dello sviluppo economico. Il saggio analizza il tema partendo dagli elementi di contesto tra i quali la debolezza della pubblica amministrazione, i difetti della cultura giuridico amministrativa, la cattiva qualità della legislazione, la ventata populista *élite* tecnocratica. Il saggio si sofferma poi su alcune prese di posizione di economisti e scienziati politici che da un lato sottolineano l'importanza dello Stato di diritto (inclusa la presenza di un giudice indipendente) per il buon funzionamento del mercato, dall'altro lamentano l'inefficienza e la lentezza della giustizia amministrativa (e anche di quella civile). Il saggio infine tratta di alcune questioni metodologiche relative all'analisi dell'efficienza della giustizia amministrativa ed esamina alcune soluzioni volte ad accrescerla.

The efficiency of administrative justice, which has long been at the center of a public debate, is sometimes regarded as a brake factor of economic development. The essay analyzes the theme starting from the context items including the weakness of the public administration, legal-administrative culture defects, poor quality of legislation, the intense technocratic *élite* populist. The essay then focuses on some opinions of economists and political scientists, which on the one hand underscore the importance of the rule of law (including the presence of an independent judge) for the proper

seguito alle leggi di liberalizzazione succedutesi negli ultimi anni e che hanno interessato un'ampia gamma di settori (servizi professionali, farmacie, carburanti, ecc.).

functioning of the market, on the other hand they complain about the inefficiency and slowness of administrative justice (and civil). The essay finally comes to some methodological issues related to the analysis of the efficiency of administrative justice and examines some solutions that aim to increase it.



I Direttori di questa rivista sono amici e colleghi che insegnano nell'Università italiana. Vincitori del medesimo concorso di ordinario in diritto amministrativo, si sono incontrati il primo giugno del 1990 e si sono ritrovati a condividere una comune idea di libertà nella ricerca della verità, costituendo su questo fondamento il «Gruppo di San Giustino». Essi si propongono oggi come i direttori di questa Rivista che intende affrontare i temi più attuali e

rilevanti del diritto e del processo amministrativo, con un approfondimento che consenta di avere un panorama completo della giurisprudenza e della dottrina, divenendo strumento essenziale per i teorici e per i pratici.

L'idea fondante del gruppo di San Giustino permane quella che in ogni uomo sono presenti «semi di verità», per cui la rivista rappresenta uno spazio culturale aperto a tutti per un confronto in un libero dibattito, con un'attenzione particolare verso i giovani studiosi.

www.edizioniesi.it

Edizioni Scientifiche Italiane, 80121 Napoli, Via Chiatamone, 7
Finito di stampare nel mese di giugno 2018

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in A.P. - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Napoli



ISSN 1971-6974