
Diritto amministrativo

Francesca Trimarchi Banfi

TEORIA E PRATICA DELLA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

Già prima della riforma costituzionale del 2001 la sussidiarietà “orizzontale” era presentata da alcuni studiosi come un principio vigente, ricavabile in via interpretativa dal testo della Costituzione. Il quarto comma dell’art. 118, introdotto con la riforma del Titolo V, è non di rado letto come la conferma dell’opinione di quegli studiosi. Il presente scritto mette in dubbio sia la tesi della sussidiarietà orizzontale come principio immanente alla Costituzione, sia la lettura dell’art. 118, c. 4 Cost. come enunciazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Lo scritto mette anche in evidenza la contraddizione tra il fondamento del principio — che vorrebbe che l’intervento delle istituzioni pubbliche fosse giustificato dall’insufficienza delle iniziative dei privati — e l’applicazione del principio medesimo, che viene addotto a sostegno della preferenza per i privati quali esecutori di progetti la cui pertinenza alla sfera del pubblico non è messa in discussione.

Before the constitutional law 3/2001, some scholars regarded the “horizontal” subsidiarity as an immanent principle of the existing Constitution; according to this view, the new par. 4 of art. 118 Const., introduced by the abovementioned law, makes explicit an unwritten principle. This paper questions the basis of both interpretations.

The paper also highlights the contradiction between the basis of the principle and its application. Whereas the reason for the principle lies in the ability of citizens to meet social needs, in its application the principle leads to preference for private undertakings as executors of projects whose public character is not in dispute.

Maurizio Cafagno

RISORSE DECISIONALI E AMMINISTRAZIONE DIFENSIVA. IL CASO DELLE PROCEDURE CONTRATTUALI

Il lavoro orbita attorno alla tensione che, in materia di procedure di gara, corre tra obiettivi teorici della legislazione europea e pratica gestionale italiana. Più precisamente, la prima parte dello scritto mostra, con l'ausilio della teoria economica, che le istanze di automatismo della selezione dei contraenti, in funzione del maggior controllo dei funzionari pubblici, devono cedere il passo alle istanze di flessibilità delle procedure, in funzione della maggior efficienza delle transazioni, quando in gioco sia il perfezionamento di negozi complessi. La seconda parte dello scritto mostra, dati alla mano, che un fenomeno di amministrazione difensiva rende però nei fatti i funzionari pubblici molto restii all'esercizio intraprendente della discrezionalità loro accordata dalle norme più recenti. La parte conclusiva del lavoro porge qualche considerazione critica e costruttiva, sul regime della responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara.

The work deals about the tension between theoretical objectives of European legislation and Italian management practice, in the tender procedures' area.

The first part of the paper shows, with the help of economic theory, that the requests for automatic selection of contractors, in order to achieve the greater control of public officials, must give way to requests for flexibility of procedures, in function of the greater efficiency of transactions, when the improvement of complex contracts is at stake.

The second part of the text shows, on empirical basis, that a defensive administration phenomenon, however, makes public officials very reluctant to the enterprising exercise of the discretion granted by the most recent rules.

The final part of the work poses some critical and constructive considerations on the administrative liability regime arising from the violation of the tender rules.

Simone Torricelli

PER UN MODELLO GENERALE DI SINDACATO SULLE VALUTAZIONI TECNICHE: IL CURIOSO CASO DEGLI ATTI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

Il saggio si propone di analizzare in quale misura il giudice possa svolgere un sindacato sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti, anche alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali. Premesso un ripensamento delle categorie concettuali a ciò sottese, in particolare della c.d. "discrezionalità tecnica", il lavoro approfondisce in termini generali la questione del limite dell'intervento del giudice, in particolare criticando gli approdi della giurispru-

denza che sembrano consentire un giudizio, non già sulla mera attendibilità, ma sul grado di attendibilità della soluzione tecnica prescelta dall'amministrazione. Definito quindi lo standard ordinario del sindacato, l'Autore conclude che detto standard deve necessariamente essere applicato, senza adattamenti, alle autorità indipendenti, non potendo i tratti strutturali dell'organo decidente variare la fisionomia del rapporto tra amministrazione e giudice. Piuttosto, dalla particolare configurazione istituzionale delle autorità indipendenti derivano obblighi procedurali aggravati, attraverso i quali si producono le condizioni perché il Giudice possa invero svolgere, sulle scelte tecniche, un sindacato che risulta particolarmente intenso.

The article is focused on the judicial review of administrative technical choices, according to the most recent case law. A reconsideration of the relevant conceptual categories, namely of the “discrezionalità tecnica”, is the starting point for a critique of the case law, which shows the sign of an intensification of the review. Judges seem to extend the ordinary control on the reasonableness of the technical choice toward a control on the “measure” of the reasonableness, which allows to question a “reasonable” choice when it is not “the most” reasonable. Once defined the general standard of the judicial review, the Author concludes that this standard must be applied also to Independent Authorities, since the structural features of an administrative body cannot change the balance of the relation between administration and judge. Nevertheless, the fact that Independent Authorities are submitted to stronger procedural duties, indirectly enhance the possibility for the judge to verify the legality of the decision.

Alessandro Cioffi

IL PROBLEMA DELL'INTERPRETAZIONE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'interpretazione, l'opera del giurista più riuscita, quella che nel diritto disvela il significato delle parole, può essere diversa nel diritto amministrativo? Il saggio tenta di rispondere a questo interrogativo fondamentale. Parte dall'idea, fondata sulle teorie di Betti e di Santi Romano, che oggetto dell'interpretazione sia l'interesse. Se l'interesse è al centro dell'interpretazione, il dogma della volontà è superabile e allora tutto può cambiare. L'interpretazione del diritto amministrativo può scoprirsi come interpretazione per principi, interpretazione assiologica e teleologica. E soprattutto può essere interpretazione volta a decifrare non la volontà insita in un testo — la legge, il provvedimento — ma il significato che gli interessi assumono nel sistema. Il che richiama l'interrogativo più pressante, se, nel diritto amministrativo contemporaneo, la ricerca di senso risponda a un qualcosa che risponda ad un elemento proprio del diritto

amministrativo, ad una sua cultura, fatta di valori e di principi. Emerge così anche un'idea originale di interpretazione, che tende a distaccarsi dalla disciplina legale del codice civile. Difatti, in ermeneutica, l'interpretazione contemporanea rispecchia sempre il suo oggetto, quello che l'ordinamento giuridico le fa assumere volta per volta. Allo stesso modo, l'interpretazione contemporanea del diritto amministrativo rispecchia la regolazione degli interessi.

It's an essay on the legal theory of interpretation in Administrative law. The essay aims to discover a different point of view, rejecting the doctrine founded on the "will", in an attempt to go over its ambiguities. The different point of view aims to discover a different notion of interpretation: the notion of creating a new, that is, a notion of interpretation founded on interests and worths. This notion aims to denote the discovery of law by means of an induction, relating to which may be implied by the notion of Public interest. This implies to change the usual criteria of interpretation, replacing it by new criteria, based on the general principles of Law.

Barbara Gagliardi

LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI DIRIGENTI PUBBLICI EUROPEI

La vicenda dei direttori dei musei offre l'occasione per analizzare il perimetro della riserva di nazionalità per l'accesso agli impieghi pubblici prevista nell'ordinamento italiano, anche nel confronto con altre esperienze nazionali. Si rileva come, nonostante l'enunciazione di una norma generale sull'accesso degli europei che riprende (quasi) letteralmente la giurisprudenza della Corte di giustizia, in sede di attuazione se ne sia in parte tradita la *ratio*, riservando ai nazionali anche impieghi sprovvisti delle prerogative d'autorità. Il fondamento dell'apertura si individua nella comune professionalità della burocrazia d'Europa, che si traduce in peculiari elementi culturali e di legittimazione tecnico-professionale. Tra questi assume specifico rilievo l'assunzione per concorso pubblico, sicché stupisce osservare come proprio per i direttori dei musei la giurisprudenza abbia escluso — ai fini del riparto di giurisdizione — il carattere concorsuale dei procedimenti di selezione, ritenendo l'elemento fiduciario prevalente sull'accertamento delle professionalità.

Starting from the recent case of museums directors, the paper analyzes the access to civil service of European citizens in the Italian legal system, also in comparison with other national experiences. Italian law establishes a general rule which seems perfectly consistent with EU jurisprudence about freedom of circulation for workers in the public sector. Nevertheless, in its implementation it goes further, as EU citizens could be excluded from technical posts, without any regard to the

involvement of the exercise of public authority, as it was the case for museums directors. The rationale behind the obligation of opening these posts corresponds to the existence of an European common administrative culture, shared by national bureaucracies. Recruitment through open competitions or professional examinations is one of the most important features of this culture. For this reason, it is particularly surprising to observe how national Courts have excluded the competitive nature of recruitment procedures provided for museum directors.

Gloria Mancini Palamoni

LA LINGUA ITALIANA COME BENE CULTURALE IN SÉ

La Corte costituzionale decidendo sul noto caso del Politecnico di Milano ha riaperto il dibattito sulla lingua italiana riconoscendola come bene culturale in sé e indicando una possibile via per la sua conservazione e valorizzazione. Il presente saggio riflette sul tema della lingua italiana come espressione e parte del patrimonio culturale e sugli strumenti e le azioni di tutela all'uopo apprestate dall'ordinamento, sviluppandosi in tre parti. La prima analizza il contesto storico-giuridico ed evidenzia l'assenza di una politica linguistica in Italia; la seconda si concentra sul rapporto tra lingua italiana e poteri pubblici e sulle leggi a sua tutela e a protezione dei dialetti e delle lingue locali. La terza parte, infine, approfondisce l'immaterialità del bene "lingua" ed analizza il riconoscimento formale della lingua italiana come bene culturale in sé. Le conclusioni offrono alcune possibili soluzioni alle questioni esaminate suggerendo strategie di politica linguistica.

By deciding on the well-known case of the Politecnico di Milano, the Constitutional Court reignited the debate on the Italian language, recognizing it as a cultural asset in itself and indicating a possible way for its preservation and enhance. This paper is divided into three parts and it examines the Italian language as an expression and part of the cultural heritage and the tools and legal instruments duly provided by the law to protect it. The first part analyzes the historical-legal context and highlights the absence of a linguistic policy in Italy. The second part of the essay concerns the relationship between the Italian language and public authorities and the laws that protect it together with dialects and local languages. Finally, the third part focuses the language as an intangible cultural heritage and analyzes the formal recognition of the Italian language as a cultural asset in itself. The conclusion offers some possible answers to the issues examined, suggesting some language policy strategies.

Livia Lorenzoni

OSSERVAZIONI CRITICHE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA P.A.

Il presente contributo esamina alcuni profili critici inerenti alle conseguenze giuridiche discendenti dalla violazione dei doveri di correttezza da parte della pubblica amministrazione. Il lavoro si concentra, in particolare, sulla trasposizione nel diritto amministrativo della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, elaborata dalla dottrina e giurisprudenza civilistica e accolta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 5 del 2018. In senso critico rispetto al recepimento della suddetta dicotomia nel diritto amministrativo, si tentano di dimostrare le potenzialità, in termini di tutela per l'amministrato, di una piena applicazione dei principi di diritto comune all'attività amministrativa, non solo ai fini risarcitori, ma anche demolitori.

This paper analyses some critical aspects of the legal consequences deriving from the violation of fairness duties by the public administration. The work focuses, in particular, on the transposition into administrative law of the distinction between rules of validity and rules of behaviour, elaborated in the private law field and accepted by the Plenary Assembly of the Council of State in the judgement n. 5 of 2018. By contrast to the aforementioned reconstruction, this essay attempts to demonstrate the potential, in terms of protection for the citizens, of a full application of the private law principles to administrative activity, not only for compensation purposes, but also for the invalidity of administrative acts.