

Il Dipartimento Jonico in “Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture” (DJSGE) è il primo dipartimento dell’Università degli Studi di Bari Aldo Moro con sede a Taranto. Esso nasce dall’aggregazione di docenti e ricercatori della II Facoltà di Giurisprudenza, della II Facoltà di Economia, dei corsi di laurea in Scienze della Formazione (Facoltà di Scienze della Formazione) e in Scienze Infermieristiche (Facoltà di Medicina) di Taranto intorno a tematiche di ricerca e di formazione rispondenti alla vocazione mediterranea dell’area ionica: ambiente, tutela della salute e del territorio, diritti ed economie del mare, valorizzazione dei saperi e delle culture dello spazio euro-mediterraneo.

Lo studio investe un tema antico, quello della funzione amministrativa neutrale, declinandolo in una prospettiva attuale proiettata *de futuro*.

Si è discusso tanto e talora persino eccessivamente della funzione amministrativa, tradizionalmente vista per lo più nella prospettiva unilaterale ed autoritativa, sostanzialmente preda del vincolo funzionale inteso alla realizzazione ineludibile dell’interesse pubblico attraverso l’esercizio “armato” del potere (in tesi, discrezionale), non sempre considerando tuttavia che nell’ambito della funzione in senso lato rientrano una pluralità di connotazioni che fanno di quella autoritativa ed unilaterale una delle possibilità di invero effettivo della funzione medesima e del potere.

L’autore ne è pienamente consapevole e muove da considerazioni di principio poste da dottrina autorevole ancorché risalente (spicca nell’*incipit* il riferimento ad Aldo Mazzini Sandulli), per poi sviluppare il lavoro con criterio logico approdando epistemologicamente alla conferma della perdurante rilevanza della funzione amministrativa a carattere neutrale.

Lo studio muove da una considerazione obiettiva e necessaria, secondo la quale l’ordinamento, per sua intrinseca natura, è (deve essere) neutrale. La stessa norma giuridica – frutto a monte di scelte politiche – una volta inserita nella trama legislativa perde, infatti, ogni caratterizzazione di parte per fondersi nell’interesse pubblico generale.

Lo scopo è ben delineato fin dalle premesse, ossia quello di verificare la permanente presenza della funzione neutrale in ambito amministrativo, tenendo conto della obiettiva difficoltà di “dipanare” le differenti declinazioni della funzione ed evidenziarne – laddove presenti – i tratti di neutralità distinguendoli da quelli propri dell’amministrazione attiva, talora imbattendosi in terreni “paludosi” ove tale distinzione è concretamente faticosa.

ISBN 978-88-6611-582-3



9 788866 115823

€ 38,00



M.T.P. Caputi Jambrenghi

La funzione amministrativa neutrale

18

DJSGE Collana del Dipartimento Jonico
in “Sistemi Giuridici
ed Economici del Mediterraneo:
società, ambiente, culture”



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO

M.T. Paola Caputi Jambrenghi

La funzione amministrativa neutrale

M.T. Paola Caputi Jambrenghi è professore associato di Diritto amministrativo nell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”, abilitata alla prima fascia nell’anno 2013. È autrice di diversi scritti giuridici su vari temi del diritto amministrativo e di 4 lavori monografici incentrati sui temi delle associazioni del terzo settore, degli esercizi commerciali, della funzione autoritativa e del volontariato visto nella prospettiva della sussidiarietà e del mercato.



CACUCCI
EDITORE

M.T. Paola Caputi Jambrenghi

La funzione amministrativa neutrale



CACUCCI
EDITORE
2017

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2017 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari - Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

**Collana del Dipartimento Jonico in “Sistemi Giuridici
ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture”
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”**

1. Francesco Mastroberti (*a cura di*)

La “Testa di Medusa”. Storia e attualità degli usi civici

2. Francesco Mastroberti, Stefano Vinci, Michele Pepe

Il *Liber Belial* e il processo romano-canonico in Europa tra XV e XVI secolo

3. Bruno Notarnicola, Antonio Felice Uricchio, Giuseppe Tassielli, Pietro Alexander Renzulli, Gianluca Selicato

Elaborazione di un modello di applicazione dei principi e degli strumenti dell’ecologia industriale ad un’area vasta

4. Fabio Caffio, Nicolò Carnimeo, Antonio Leandro

Elementi di Diritto e Geopolitica degli spazi marittimi

5. Aurelio Arnese

Usura e *modus*. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all’attualità

6. Antonio Uricchio (*a cura di*)

Azione di contrasto della pirateria: dal controllo dei mari a quello dei flussi finanziari

7. Andrea Buccisano

Assistenza amministrativa internazionale dall’accertamento alla riscossione dei tributi

8. Stefano Vinci

Regimento et governo. Amministrazione e finanza nei comuni di Terra d’Otranto tra antico e nuovo regime

9. Francesco Mastroberti

Costituzioni e costituzionalismo tra Francia e Regno di Napoli (1796-1815)

10. Mario Angiulli

I contributi consortili tra beneficio e capacità contributiva

11. Salvatore Antonello Parente

Criteri di deducibilità delle passività e limiti quantitativi del tributo successorio

12. Antonio Felice Uricchio (*a cura di*)

L’emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo “Magna Grecia”

13. Paolo Pardolesi

Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato

14. Danila Certosino

Mediazione e giustizia penale

15. Piergiuseppe Otranto

Internet nell’organizzazione amministrativa. Reti di libertà

16. Antonio Felice Uricchio, Mario Aulenta, Gianluca Selicato (*a cura di*)

La dimensione promozionale del fisco

17. Claudio Sciancalepore

Cambiamenti climatici e *green taxes*

18. Paola Caputi Iambrenghi

La funzione amministrativa neutrale

**Collana della II Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”
Sede di Taranto**

1. Antonio Incampo

Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica

2. Antonio Uricchio

Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali

3. Paola Pierri

L'ignoranza dell'età del minore nei delitti sessuali

4. Concetta Maria Nanna *(a cura di)*

Diritto vivente e sensibilità dell'interprete

5. Marta Basile

Il principio di collaborazione tra fisco e contribuente

6. Antonio Uricchio *(a cura di)*

Nuove piraterie e ordinamenti giuridici interni e internazionali

7. Paolo Pardolesi *(a cura di)*

Seminari di diritto privato comparato

8. Nicola Triggiani *(a cura di)*

La messa alla prova dell'imputato minorenni tra passato, presente e futuro. L'esperienza del Tribunale di Taranto

9. Salvatore Antonello Parente

I modelli conciliativi delle liti tributarie

10. Nicola d'Amati e Antonio Uricchio *(a cura di)*

Giovanni Carano Donvito scritti scelti di scienza delle finanze e di diritto finanziario.

11. Antonio Uricchio

Il federalismo della crisi o la crisi del federalismo? Dalla legge delega 42/2009 ai decreti attuativi e alla manovra salva Italia

12. Antonio Uricchio *(a cura di)*

I percorsi del federalismo fiscale

13. Francesco Fratini

Gli interpelli tributari tra doveri di collaborazione dell'amministrazione finanziaria e tutela del contribuente. Contributo allo studio delle tutele nei confronti degli atti non autoritativi dell'amministrazione finanziaria nell'ambito di una prospettiva de iure condendo del sistema delle garanzie dei tax payers

14. Paolo Pardolesi

Contratto e nuove frontiere rimediale. Disgorgement v. Punitive damages

15. Annamaria Bonomo

Informazione e pubbliche amministrazioni dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni

- 16. Gaetano Dammacco, Bronislaw Sitek, Antonio Uricchio** (*a cura di*)
Integrazione e politiche di vicinato. Nuovi diritti e nuove economie.
Integration and neighbourhood policies. New rights and new economies.
Integracja i polityki sąsiedztwa. Nowe prawo i nowa ekonomia
- 17. Sławomir Kursa**
La diseredazione nel diritto giustiniano
- 18. Concetta Maria Nanna**
Doveri professionali di status e protezione del cliente-consumatore. Contributo alla teoria dell'obbligazione senza prestazione
- 19. Umberto Violante**
Profili giuridici del mercato dei crediti in sofferenza
- 20. Filippo Rau**
La procura alle liti nel processo civile e nel processo tributario
- 21. Nicolò Carnimeo**
La tutela del passeggero nell'era dei vettori low cost. Annotato con la giurisprudenza
- 22. Giuseppe Ingrao**
La tutela della riscossione dei crediti tributari
- 23. Antonio Incampo**
Filosofia del dovere giuridico
- 24. Nicolò Carnimeo**
La pesca sostenibile nel mediterraneo. Strumenti normativi per una politica comune
- 25. Daniela Caterino**
Poteri dei sindaci e governo dell'informazione nelle società quotate
- 26. Giuseppina Pizzolante**
Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione europea
- 27. Vincenzo Caputi Jambrenghi** (*a cura di*)
Effetti economico sociali del federalismo demaniale in Puglia
- 28. Antonio Perrone**
Fatto fiscale e fatto penale: parallelismi e convergenze
- 29. Maria Concetta Parlato**
Le definizioni legislative nel sistema penale tributario
- 30. Antonio Uricchio** (*a cura di*)
Federalismo fiscale: evoluzione e prospettive
- 31. Maria Rosaria Piccinni**
Il tempo della festa tra religione e diritto
- 32. Gianluca Selicato**
Il nuovo accertamento sintetico dei redditi

Collana del Dipartimento Jonico in “Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture” - Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Direttore: Bruno Notarnicola

Comitato Direttivo: Bruno Notarnicola, Ferdinando Parente, Michele Indelicato, Giuseppe Losappio, Umberto Violante, Fabio Calefato, Carlo Cusatelli, Luigi Iacobellis (Resp. Redazione), Pietro Alexander Renzulli,

Comitato Scientifico: Domenico Garofalo, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Ferdinando Parente, Antonio Felice Uricchio, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo, Antonio Leandro, Tommaso Losacco, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco Mastroberti, Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi, Giovanna Reali, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Nicola Triggiani, Umberto Violante.

Comitato di Redazione: Aurelio Arnese, Giovanni Bianco, Annamaria Bonomo, Mario Aulenta, Lucianna Cananà, Nicolò Giovanni Carnimeo, Maria Casola, Ernesto Cianciola, Carlo Cusatelli, Annunziata de Felice, Gabriele Dell'Atti, Cira Grippa, Nicolaia Iaffaldano, Michele Indelicato, Antonio Leandro, Stella Lippolis, Pamela Martino, Pierluca Massaro, Patrizia Montefusco, Francesco Perchinunno, Armando Regina, Pietro Alexander Renzulli, Angelica Riccardi, Luigi Santacroce, Maria Laura Spada, Paolo Stefanì, Maurizio Sozio, Giuseppe Tassielli, Stefano Vinci, Umberto Violante.

Il presente volume è stato sottoposto ad una procedura di valutazione basata sul sistema di *Peer Review* a “doppio cieco”.

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso la segreteria del Dipartimento Jonico.

A me stessa e alle mie scelte

Sommario

PREMESSA

1. Amministrazione neutrale e amministrazione attiva nella dinamica degli interessi 15
2. Neutralità e imparzialità: una distinzione necessaria 18
3. Piano dell'opera 21

CAPITOLO I

FUNZIONI NEUTRALI E AMBITO DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

1. Disparità, uguaglianza e garanzie *ut* e *ne* 23
2. Neutralità nel comportamento del soggetto pubblico e impresa pubblica nel mercato secondo l'ordinamento comunitario 27
3. La neutralità economica dei trattati europei 30
4. Funzione pubblica e servizio pubblico. Cenni critici su una distinzione necessaria 32
 - 4.1 Segue. La tradizionale contrapposizione della funzione amministrativa al servizio pubblico. 38
5. Il "servizio pubblico" nell'ordinamento UE. 44
6. *Officium* e funzione pubblica 46
7. Alcuni spunti di riflessione su potere e funzione neutrale 49
8. La netta prevalenza dell'amministrazione di scopo 55

CAPITOLO II

LA LEGIFICAZIONE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA, IL *FAVOR* PER IL DIRITTO PRIVATO E LE CONSEGUENZE SULLE FUNZIONI AMMINISTRATIVE

1. La riduzione *ope legis* della sfera discrezionale dell'amministrazione e l'invasione costante dell'esecutivo 57
2. Le prospettive del nuovo rapporto tra amministratori e amministrati: l'art. 118, quarto comma, Cost. 69
 - 2.1 *Welfare* e "creazione" dell'interesse sostanziale nell'area contrattuale. Conseguenze sulla funzione neutrale 73
3. Funzione neutrale, certezza e affidabilità 76
4. La funzione di produzione di certezza 79
5. La neutralità della funzione di produzione delle certezze nel dibattito dottrinario. 84

CAPITOLO III
LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA NEUTRALE
IN DIRITTO POSITIVO

1. Premessa	89
2. Il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti sugli atti governativi come funzione amministrativa neutrale	90
3. Aspetti di neutralità nella funzione consultiva	101
4. Il Comitato economico e sociale e il Comitato delle regioni	113
5. La neutralità degli uffici elettorali e dell'ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione e l'effettività della tutela giurisdizionale	115
6. Gli organi di garanzia (di governo autonomo) delle magistrature tra indipendenza e neutralità	126

CAPITOLO IV
LA NEUTRALITÀ NEL "MERCATO" EUROPEO E LA MEDIAZIONE
NEUTRALE NELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
FRANCESE E ITALIANA

1. Il <i>favor</i> della Commissione europea per le soluzioni alternative delle controversie nel mercato.	129
2. La legge francese sulla mediazione tra le forme di modernizzazione della giustizia del XXI secolo e le proposte di riforma del codice del processo amministrativo	134
3. Il regolamento ministeriale sulle Camere arbitrali e di conciliazione	140
4. Elementi di contrasto sull'introduzione di strumenti giustiziali nel processo amministrativo italiano.	143

CAPITOLO V
NEUTRALITÀ NELL'AMMINISTRAZIONE
DELL'ECONOMIA PUBBLICA

1. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici	149
2. La neutralità dei dirigenti pubblici. Le <i>authorities</i>	153
3. La funzione neutrale delle commissioni di concorso e di gara ad evidenza pubblica.	164
4. Il ricorso amministrativo alle Commissioni di ricorso delle Agenzie europee. Il caso dell'ESMA.	173
4.1 L'ECHA e la sua Commissione di ricorso	177
5. Il Comitato europeo di esperti indipendenti del 1999.	182
6. Le funzioni amministrative neutrali nell'esperienza statunitense.	185

CAPITOLO VI
LE FUNZIONI NEUTRALI NEL MERCATO

1. Ricognizione delle funzioni neutrali nell'economia.	195
2. L'arretramento dello Stato e la produzione di certezze	210
3. Le funzioni neutrali della Commissione censuaria centrale.	214
4. <i>Board delegation</i> e neutralità. Il ruolo dell'ANAC. Cenni.	220
5. L'"esperto indipendente" e la funzione neutrale	232
6. L'arbitro finanziario Consob	236

CAPITOLO VII
FUNZIONI NEUTRALI E AUTORITÀ INDIPENDENTI

1. Il mito della neutralità delle autorità amministrative indipendenti. Considerazioni critiche	239
2. La discrezionalità nella verifica della natura giuridica delle funzioni delle autorità indipendenti.	249
3. L'interesse pubblico specifico come elemento rivelatore della <i>mission</i> . Qualche spunto di riflessione e un esempio	253
4. L'attribuzione di alcune marginali funzioni neutrali alle autorità indipendenti come garanzia di buona amministrazione	261

CAPITOLO VIII
LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA NEUTRALE E I "NUOVI DIRITTI"
NASCENTI NEL SETTORE DELLA COMUNICAZIONE
MEDIANTE LA RETE DELLE RETI

1. Premessa	275
2. Internet ed i suoi profili di bene comune	276
3. Il diritto all'informazione e i "nuovi diritti" (sociali) digitali.	290
4. Il diritto di accedere alla conoscenza tramite internet: profili di diritto europeo	297
5. La <i>net neutrality</i> (il servizio universale) negli ordinamenti giuridici.	309
6. La funzione amministrativa neutrale di garanzia dei "nuovi diritti" digitali	314

CAPITOLO IX
AUTORITARIETÀ E GARANZIE

1. Interessi, garanzie e potere unilaterale/autoritativo	323
2. Le Commissioni tributarie e il Garante del contribuente	335
3. Su alcune forme di neutralità "impropria": la funzione giustiziale tra autotutela e autodichia	340

CAPITOLO X
SPUNTI RICOSTRUTTIVI

1. Ricostruzione della funzione amministrativa neutrale	353
2. Neutralità e garanzie	357
3. Una riflessione finale	360

Premessa

Somario: 1. *Amministrazione neutrale e amministrazione attiva nella dinamica degli interessi.* 2. *Neutralità e imparzialità: una distinzione necessaria.* 3. *Piano dell'opera.*

1. Amministrazione neutrale e amministrazione attiva nella dinamica degli interessi

Il problema dell'individuazione di una funzione amministrativa neutrale distinta da quella -senz'altro di tale natura- esercitata in sede giurisdizionale è stato sollevato, in uno scritto che ha ispirato questa ricerca, da Aldo Mazzini Sandulli nel 1964, quando, come l'illustre giurista avvertiva, "i caratteri neutrali" si riscontravano "con notevole frequenza nell'azione dei diversi poteri pubblici; ma non tutti di identica significazione".

L'atto normativo, ad esempio -"risultato delle libere scelte in cui si concreta il potere di indirizzo politico, commesso ad organi che sono espressione delle forze politiche dominanti" e "risultanza di intenti politicamente impegnati"- "per definizione, non può considerarsi il frutto di una attività neutrale"; eppure la stessa norma, una volta entrata in vigore per essere divenuta legge penetra nell'ordinamento giuridico, distaccandosi dai "caduchi interessi particolari del momento della legiferazione", per acquistare "il carattere obbiettivo e neutrale che è proprio dell'ordinamento (nella sua permanente unità e, a un tempo, in ogni sua componente)" ed esprime "l'interesse generale della collettività (che contribuisce a definire), sì da dover essere applicata indifferentemente e imparzialmente -'neutralmente'- nei confronti di tutti (art. 3 Cost.)"¹.

¹ In questi lucidissimi termini A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 200, nonché in *Studi Segni*, Milano, 1967, IV, p. 243 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, p. 259 ss., spec. p. 261 degli *Scritti giuridici*, esprime la regola per la quale l'individuazione dei caratteri essenziali delle attività dei pubblici poteri non può riguardare il contenuto delle statuizioni in cui le attività stesse si risolvono, bensì la funzione nell'esercizio della quale esse vengono poste in essere. Sicché la funzione amministrativa non si caratterizza tanto per il contenuto delle statuizioni in cui il suo esercizio sfocia, quanto per i suoi profili formali

In questo studio si intende analizzare la funzione amministrativa neutrale attraverso una ricognizione delle funzioni attribuite all'amministrazione dalla legge, valutando i profili formali e sostanziali di ciascuna di esse per rintracciarvi l'effettiva presenza delle condizioni fondanti la neutralità o per escluderle, viceversa, la configurabilità.

Nello svolgimento della ricerca si dovrà tener conto di una situazione intermedia tra amministrazione attiva e amministrazione neutrale, quando alcune funzioni presentano marginali caratteri di neutralità, tuttavia per così dire inquinata dalla vicinanza agli interessi particolari oppure dalla presenza di una missione specifica assegnata dall'ordinamento giuridico a soggetti dell'organizzazione amministrativa che svolgono rilevanti funzioni di regolazione, cui viene garantita, in vario modo, l'indipendenza, disciplinata dalla legge sotto i profili genetico-strutturale e funzionale, l'irresponsabilità di fronte al Governo, nonché l'affrancamento dall'indirizzo politico di maggioranza; o, ancora, aspetti di neutralità rintracciabili all'interno di funzioni che si collocano sul confine dell'area neutrale dell'azione amministrativa, come avviene nell'esercizio di alcune funzioni destinate ad ausiliare l'amministrazione attiva nella manifestazione all'esterno della sua volontà, frutto di scelte discrezionali sindacabili sotto i pregnanti profili della proporzionalità, logicità e ragionevolezza, ma che rimettono la parte maggiore della decisione all'autorità amministrativa competente.

Il rilievo del rapporto tra funzione amministrativa e realtà degli interessi sui quali il suo esercizio deve incidere, ottenendo gli effetti previsti dall'ordinamento tra i quali, tuttavia, vi è quello di specificarne discrezionalmente la collocazione effettuando mediante un ufficio amministrativo la più opportuna scelta², non consente dubbi sulla necessità di presupporre la dommatica della discrezionalità amministrativa e del connesso onere di motivazione adeguata come maturata nel tempo nell'evoluzione degli ordinamenti giuridici.

Entrambe, può forse dirsi, costituiscono le condizioni logiche che giustificano la realizzazione concreta dell'azione dei pubblici poteri utile al cittadino nell'ambito del rispetto del principio del buon andamento dell'amministrazione che siffatte utilità pretende siano assicurate senza violare il principio della loro legalità, principio costituzionale (art. 97, co. secondo) che -a sua

intesi in senso ampio che comprenda, cioè, tutto quanto non attenga al contenuto delle statuizioni.

² Della migliore offerta per la realizzazione di opere pubbliche da parte dell'impresa; dei più meritevoli tra i concorrenti; del più affidabile magistrato; del concessionario più fedele al concedente; delle destinazioni d'uso del territorio più idonee; dei processi produttivi di merce o di arte più meritevoli di incentivazione mediante contributi finanziari nei limiti del regime europeo contrario agli aiuti di Stato; dell'attività privata che può/deve essere autorizzata e di quella che non merita la realizzazione o che addirittura deve essere vietata; delle modalità concrete e del tempo più opportuno per realizzare il fine di legge, ecc.

volta- implica e motiva la giustiziabilità completa, pur se non duratura, del provvedimento che quella scelta ha compiuto (art. 113).

Tutte le tematiche caratterizzate con sufficiente chiarezza dalla presenza rilevante di interessi differenti in gioco, equiorientati verso il medesimo risultato economico - sociale e dalla necessità di realizzare l'interesse primario in situazioni di imparzialità per assicurare il buon andamento dell'amministrazione emergeranno subito dopo l'esercizio della funzione neutrale e vedranno il ritorno della discrezionalità amministrativa e del controllo politico generale, o particolare ove quest'ultimo sia previsto dall'ordinamento.

Sarà, in altri termini, l'amministrazione attiva che, preso atto della certazione, dell'accertamento o della valutazione dell'organo neutrale, provvederà a tessere nuovamente da indi in poi la tela del buon andamento nell'interesse generale in quei termini ormai noti nei quali la stessa amministrazione lo identifica: esercitando in tal modo la sua primaria funzione di selezione e riconoscimento degli interessi, pubblici e privati. Ciò, tuttavia, con l'apporto determinante del precedente esercizio di funzione amministrativa neutrale, voluto dall'ordinamento in casi determinati e attribuito all'organo competente: se non condivide la conclusione di quest'ultimo, quello di amministrazione attiva beneficerà in ogni caso dei risultati e degli effetti anzitutto conoscitivi che saranno stati comunque raggiunti in sede neutrale.

Detto in altri termini, l'esercizio della funzione amministrativa neutrale non esclude che da parte dell'amministrazione attiva si pervenga eventualmente a porne nel nulla gli effetti, se stimati come non compatibili con la nuova valutazione degli interessi in gioco svolta dall'organo competente che di essa è responsabile secondo l'ordinamento; nonché -in fattispecie, per quanto rare, di rilevanza del controllo politico anche sulla funzione neutrale- nel contrasto con l'opinione e la volontà dei ministri competenti in quella materia.

Dunque, arresti procedurali che sfociano legittimamente anche in una revoca del primo provvedimento, essendo mutate nel tempo le condizioni del pubblico interesse; avvio di nuovi procedimenti amministrativi, paralleli a quello che non può concludersi a causa della posizione ostativa assunta correttamente dall'organo neutrale e che, da un lato, non presuppongono l'intervento di quest'ultimo organo e dall'altro possono raggiungere soltanto in parte il risultato che originariamente era stato divisato dall'autorità amministrativa; rinuncia piena a tornare a provvedere in materia; riproposizione della richiesta di attività neutrale, quando ciò sia in concreto possibile, modificando una parte della richiesta stessa (ad es., analisi, non dell'acidità, ma della sola composizione organolettica dell'olio d'oliva; richiesta di nuova valutazione in ordine al grado di staticità del ponte autostradale o ferroviario, progettato in seconda istanza con l'uso di materiali da costruzione di nuova concezione tecnologica; modifica del progetto di realizzazione di un oleodotto seminterato in zona paesaggisticamente protetta, mediante l'interramento integrale di quell'oleodotto e richiesta di valutazione tecnica ed ambientale del nuovo progetto).

In definitiva, può dirsi che di fronte all'emersione incontrollata degli interessi e al primato della politica, la Costituzione indirizza l'evoluzione dell'ordinamento giuridico verso la preferenza per una partecipazione popolare attiva e consapevole, e verso un severo controllo giurisdizionale del potere pubblico su istanza del portatore dell'interesse leso.

Ma, può dirsi anche, quella cennata è una chiara evoluzione che tende a far emergere finalmente anche nel nostro ordinamento istanze varie di neutralità nella funzione affidata ad organi amministrativi di nuova costituzione -tra i più recenti l'avvio della composizione dell'organo collegiale che valuterà la *performance*, dei dirigenti ministeriali anzitutto³, le proposte finanziarie della commissione nominata dal ministro di giustizia per la nuova mediazione e con lo scopo dell'istituzione dell'arbitro per le controversie-.

Non si può tacere che questo genere di evoluzione all'interno dell'organizzazione amministrativa è dovuto alla sempre minore efficacia e trasparenza della sua azione, che imporrebbe talora il ricorso continuo al giudice amministrativo.

2. Neutralità e imparzialità: una distinzione necessaria

Ed è opportuno, se questo è vero, per avviarsi ad un primo approfondimento della qualità giuridica dell'attività neutrale nell'esercizio della funzione amministrativa, considerare subito una distinzione concettuale di questa dall'imparzialità.

³ Si tratta del d.p.c.m. 2 dicembre 2016 (in G.U. n. 14 del 18.1.2017) che istituisce l'elenco nazionale dei componenti degli organismi indipendenti di valutazione della *performance* (OIV) presso amministrazioni, agenzie ed enti statali, anche ad ordinamento autonomo.

L'accesso all'elenco è, tuttavia, riservato a professionalità -pubbliche o private indifferentemente- sperimentate per cinque anni almeno «*nella misurazione e valutazione della performance organizzativa e individuale, nella pianificazione, nel controllo di gestione, nella programmazione finanziaria e di bilancio e nel risk management*» (art. 2).

Si tratta certamente di funzioni neutrali che richiedono esperienza e capacità di esaminare almeno non inferiore alla capacità e all'esperienza che si presume nei soggetti esaminati.

Ma è inevitabile il dubbio della scarsa distanza tra funzionari omologhi in tutto.

C'è, tuttavia, un'apertura abbastanza ampia per l'esperienza nella conduzione privata aziendale e ciò induce a concludere che la via intrapresa per ottenere con neutralità la valutazione voluta dalla norma di cui all'art. 14 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 105 -all'origine quale legge delegata dalla l. 4 marzo 2009, n. 15 dell'ultima (ennesima) vasta, ma lenta e dubitosa, campagna di «*ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico*»-, è probabilmente quella giusta.

Questa legge fa seguito al d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, recante «*Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59*», che non aveva ottenuto risultati di rilievo, a quanto è dato desumere dal successivo, rinnovato intervento nella medesima materia.

Infatti è l'*imparzialità*, non certo la *neutralità*, ad aver meritato nel 1947 disciplina costituzionale all'art. 97, comma secondo (siamo nella parte seconda, titolo terzo: "Del Governo", sezione seconda: "La pubblica amministrazione"), dove non soltanto si esige che i pubblici uffici amministrativi siano organizzati secondo disposizioni di legge, ma, intende il costituente, che nel provvedere a questa fondamentale incombenza il Governo e prima ancora, per le linee generali più rilevanti, il legislatore che abbia "voluto" quei pubblici uffici operino «*in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*», quando questa entrerà in azione mediante i suoi organi ed uffici legittimamente ed opportunamente programmati nel numero, nelle competenze specifiche anche territoriali e nella qualità degli addetti⁴.

Dunque, imparzialità è indiscutibile valore costituzionale dell'attività amministrativa; proprio per questo motivo essa non compariva nella legge sul procedimento amministrativo, ma la l. 69/2009 l'ha introdotta tra i cinque criteri che reggono l'attività degli uffici dell'amministrazione: economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza.

È evidente che imparziale -cioè legata alla presenza non di una sola, ma di più "parti", tutte meritevoli della stessa qualificazione- deve essere l'azione specifica, la scelta, che caratterizza l'attività dell'organo amministrativo (del "pubblico ufficio"), la modalità mediante la quale questo, muovendo da un'istanza privata o dalla proposta di un altro organismo pubblico o ancora da una precedente propria convinzione in ordine alla necessità ovvero all'opportunità di realizzare uno specifico interesse pubblico, procede verso un fine preordinato.

Tale preordinazione, com'è noto, si deve alla norma attributiva del potere genericamente e negli aspetti essenziali e specifici, al risultato di una valutazione "da vicino"⁵ degli aspetti concreti dell'interesse meritevole di riconoscimento, promozione e tutela nella scelta discrezionale (nell'*an*, oppure nel *quid* o nel *quomodo*, infine nel *quando*) ampia o, assai più spesso, alquanto ristretta che è propria dell'amministrazione nello Stato contemporaneo.

Deve, dunque, individuarsi una *mission* specifica in ogni espressione di funzione pubblica regolata da norme proprie del diritto pubblico, dettate per garantire la produzione degli effetti economico-sociali di un'attività ben fondata e valida per qualsiasi cittadino o, indifferentemente, da norme di diritto comune, anzitutto europee, che, riferite alla pubblica amministrazione attiva, sempre perseguono un fine determinato.

⁴ Per una valutazione generale della rilevanza del principio di buon andamento come principio "presupposto" con i riflessi su altri principi dell'attività amministrativa, cfr. di recente F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in Alb Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, IV, 4, p. 43-49 e *ivi* ampi richiami bibliografici sul tema.

⁵ Per pervenire al provvedimento è necessario *proxime videre*, essendo la veduta del legislatore pienamente condizionante, ma spesso incapace di regolare a dovere gli aspetti concreti dell'interesse individuato dalla norma.

Anche l'assunzione di un immobile in locazione, effettuata *jure privatorum* con lo stesso modulo giuridicamente corretto e disponibile per tutti i cittadini, realizza una finalità di pubblico interesse e richiede scelte comportamentali ispirate ad efficacia, economicità, efficienza, pubblicità, trasparenza, imparzialità e legalità per garantire un vantaggio a quei funzionari o concessionari, che potranno disporre di nuovi ambienti di lavoro, immediatamente utili per la loro attività di raggiungimento del fine, che è proprio di quei pubblici uffici dell'amministrazione.

L'esercizio di funzione amministrativa neutrale sembra, già da una prima analisi, costruito nell'ordinamento, viceversa, come avulso da qualunque diretta finalità riconducibile al comma secondo dell'art. 97, anche se spesso indirettamente corrispondente a compiti di benessere attribuiti ad organi della c.d. amministrazione attiva.

L'attività-funzione neutrale, infatti, appare utile, talora indispensabile, per l'attuazione qualitativamente migliore, informata e più efficiente da parte dell'organo amministrativo del programma finale che è stato affidato alla sua responsabilità di risultato: ed a quest'ultimo fornisce le conclusioni rilevanti delle sue ricerche su singoli accertamenti, senza escludere punto apprezzamenti tecnici, certazioni, misurazioni, giudizi "laici", ecc., che l'amministrazione attiva utilizza per meglio svolgere i suoi compiti.

La commissione giudicatrice del concorso pubblico -ad esempio- non ha una *mission* che svolga i suoi effetti all'interno della pianta organica, ma è portatrice di doveri di trasparenza nell'analizzare e valutare le prove scritte e pratiche dei candidati alla luce delle norme applicabili (legge, regolamento, bando di concorso) nel pieno anonimato, condizione che cederà soltanto durante le successive prove orali.

La "graduatoria" -o l'elencazione- finale esaurisce tutti i compiti di quella commissione: sarà, infatti, l'amministrazione che ne ha chiesto la prestazione, costituendola secondo legge, ad effettuare le scelte tra i candidati meritevoli di nomina, vincolate nell'*an* oppure discrezionali a seconda della disciplina del caso concreto, mai la commissione, organo neutrale rispetto a qualsiasi effetto finale di realizzazione di interessi mediante la produzione di effetti giuridico-economici "finali", così come prefigurati dall'ordinamento generale.

La funzione neutrale, nel suo rapporto con l'attività amministrativa attiva, sembra dunque meritevole di una riflessione specifica che, muovendo dalla preziosa ricostruzione concettuale degli ambiti giurisdizionale e legislativo, che si deve a Sandulli, ne esplori rinnovate caratterizzazioni sul piano concettuale ed applicazioni molteplici nel panorama variegato degli strumenti di esercizio di una funzione del tutto particolare.

Mentre licenziamo queste note è stato spedito dal ministro della giustizia al presidente del Consiglio dei ministri un progetto di regolamento scaturito dal lavoro di una Commissione di giuristi tecnici soprattutto del diritto civile da lui insediata.

Mediazione, arbitrato, volontaria giurisdizione, negoziazione assistita, *small claims* sono stati gli istituti di giustizia non giurisdizionale oggetto di riesame e riforma da parte della Commissione nella direzione dell'efficacia, anzitutto con la finalità di far luogo alla concreta istituzione di uno spazio sempre più ampio per la giustizia non giurisdizionale.

I casi di obbligatorietà della mediazione nel settore civile e commerciale dell'ordinamento generale, previsti dal d.lgs. 28/2010 s.m.i., aumentano notevolmente e l'attività conciliativa viene individuata *ratione loci* con un chiaro legame alla competenza territoriale del giudice competente per la ratifica-presa d'atto della mediazione riuscita o, al contrario, per il giudizio nel caso di mediazione fallita; *ratione temporis* si dispone di tre mesi, al termine dei quali il mediatore pronuncia la decadenza della procedura di mediazione se non conclusa nel merito.

Le parti, se -è raro- d'accordo, propongono, tramite il mediatore, un'omologazione presso il presidente del Tribunale competente per territorio, sempre su loro istanza congiunta.

Pregio della proposta della Commissione è la norma secondo cui "gli avvocati iscritti all'Albo sono di diritto mediatori". La norma-cardine proposta dalla Commissione incrementa, con le azioni relative a contratti di subfornitura, *franchising*, *leasing* mobiliare non finanziario, rapporti sociali inerenti le società di persone, i casi di mediazione obbligatoria, posti in alternativa ma sempre come condizione di procedibilità al procedimento di conciliazione di cui al d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 o alla mediazione bancaria (d.lgs. 1993, n. 385), che avrebbero efficacia fino al 21 settembre 2023.

È, inoltre, attivo l'arbitrato finanziario: dal 9 gennaio 2017 presso la Consob, autorità, non si dimentichi, (semi)indipendente, opera l'arbitro per le controversie finanziarie, organo collegiale retto da un regolamento del 4 maggio 2016, a sua volta previsto dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, aggiornato con l'inserimento nell'art. 2 originario dei co. 5-bis e 5-ter.

3. Piano dell'opera

Sono quelli da ultimo accennati alcuni esempi di funzione amministrativa tendenzialmente neutrale.

In una ricerca sulla funzione neutrale l'indagine non può che prendere le mosse dalla ricognizione dell'ambito della funzione amministrativa, esplorandone i suoi confini nel mercato, da una parte, e con il servizio pubblico, dall'altra; potere-amministrazione dotata di *mission* e funzione amministrativa neutrale potrebbero segnare i due confini per così dire estremi di tutta la ricerca.

Ma se ci si inoltri all'interno di quell'ambito s'incontra il rapporto tra il fenomeno della legificazione subita progressivamente nel tempo dalla discrezionalità amministrativa -fenomeno, infatti, presente da anni nel nostro diritto vivente- e la conseguente apertura al diritto comune dell'ordine giuridico della società:

la funzione amministrativa neutrale -potrebbe dirsi, al contrario- resta preziosa nella produzione di certezza, nell'affidabilità e nella sussidiarietà orizzontale, di cui soprattutto all'art. 118, comma quarto della Costituzione, dove s'impone una larga iniziativa delle istituzioni repubblicane nel favorire l'espletamento di attività private di interesse generale proposte da cittadini singoli o associati.

Scendendo ad esaminare la fattispecie concreta di titolarità in diritto positivo dell'esercizio di funzioni neutrali ci si imbatte in una pluralità di *figurae juris*; sulle più interessanti tra di esse -anche nel campo strettamente economico- ci si vorrà-dovrà soffermare per un'analisi della situazione particolare alla luce del tipo giuridico emergente di funzione amministrativa.

La nuova figura del mediatore, sull'esempio di una recentissima legge francese, ed alcune forme di ADR meriteranno una ricerca degli elementi della neutralità, ormai avviata anche nel nostro ordinamento, essendo la loro attività di complemento o alternativa a quella giurisdizionale.

Finalmente nella struttura dello Stato-economia si possono analizzare le funzioni neutrali, dalla Commissione censuaria centrale fino ai numerosi comitati e commissioni neutrali istituiti al suo interno dall'amministrazione dell'Unione europea.

Segue l'indagine sulle credenziali -scarse, come sembra di poter intravedere- offerte in tema di neutralità dell'azione e del suo scopo dalle autorità amministrative indipendenti, salvo che nell'esercizio della funzione giustiziale talora affidata ad alcune di esse dal legislatore.

La prova di maggiore contemporaneità-attualità della funzione neutrale nell'attività della pubblica amministrazione dovrà essere attinta nella considerazione del rapporto con la rete delle reti e con i nuovi diritti derivanti dall'occasione offerta per la conoscenza di ogni cittadino da Internet; ancora, dalla funzione amministrativa affidata al Governo dal cui esercizio, ispirato ai principi della neutralità (*net neutrality*) deve sortire una vera e propria diffusione capillare del servizio per tutti i cittadini, come accadde ai tempi della nazionalizzazione della produzione e della distribuzione dell'energia elettrica con l'istituzione dell'E.n.e.l. per appagare l'esigenza di energia avvertita dai residenti nella più umile casa di montagna o dai titolari di poderi agricoli fertili, ma lontani dalle linee elettriche delle società private concessionarie della produzione e distribuzione dell'energia, che, per questo unico motivo di "sconvenienza" imprenditoriale, non potevano provvedere alla lavorazione *in loco* dei prodotti.

Infine, è apparso necessario guardare più da vicino all'interno della funzione amministrativa giustiziale, che certamente è di per sé esemplare per l'esercizio di funzioni amministrative neutrali e che tuttavia presenta differenziazioni di notevole interesse: l'autotutela -ad esempio- non può essere scambiata per un'attività amministrativa neutrale priva di una sua *mission* finale specifica, perché, al contrario, è l'attività più intensamente tesa a ripristinare, nel caso concreto, il pubblico interesse, nella nuova interpretazione della stessa autorità, dunque forse la più lontana dall'area della neutralità.

Regolamento per la pubblicazione sulle collane del Dipartimento Jonico

1. Collane di pubblicazioni del Dipartimento Jonico

Il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro ha tre distinte collane:

- Collana di pubblicazioni del Dipartimento Jonico (d'ora in poi Collana Cartacea), cartacea, affidata alla pubblicazione ad una Casa Editrice individuata con Bando del Dipartimento, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei.
- Annali del Dipartimento Jonico, collana di volumi pubblicata on line dal 2013 sul sito www.annalidipartimentojonico.org. Essa ospita saggi, ricerche, brevi interventi e recensioni collegati alle attività scientifiche del Dipartimento Jonico. Gli Annali del Dipartimento Jonico hanno cadenza annuale.
- Quaderni del Dipartimento Jonico, collana di volumi pubblicata on line sul sito www.annalidipartimentojonico.org. Essa ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei.

2. Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico

È istituito un Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico formato dai Direttori delle tre collane che dura in carica per un triennio.

Il Coordinamento è diretto dal Direttore del Dipartimento in qualità di Direttore della Collana cartacea, ed è convocato, secondo le necessità, anche su richiesta dei Direttori delle Collane. La riunione del Coordinamento a discrezione del Coordinatore può essere allargata anche ai componenti dei Comitati Direttivi delle tre collane dipartimentali. Il Coordinamento approva o rigetta le proposte di pubblicazione dei volumi delle Collane, dopo l'espletamento delle procedure di referaggio da parte dei Direttori e dei Comitati Direttivi. In caso di referaggi con esito contrastante, il Coordinamento decide sulla pubblicazione del contributo, sentito il parere del Comitato Direttivo della collana interessata. Il Coordinamento provvede alla formazione dei Comitati scientifici e dei Comitati Direttivi secondo le modalità stabilite dagli articoli successivi.

3. Direttori delle Collane

La Collana Cartacea è diretta d'ufficio dal Direttore del Dipartimento Jonico. Il Direttore degli Annali del Dipartimento Jonico è eletto dal Consiglio di Dipartimento e la sua carica ha durata triennale. Il Direttore dei Quaderni del Dipartimento Jonico è eletto dal Consiglio di Dipartimento e la sua carica ha durata triennale. I Direttori ricevono le istanze di pubblicazione, secondo le modalità prescritte dagli articoli seguenti, valutano preliminarmente la scientificità della proposta, tenendo conto del curriculum del proponente e dei contenuti del lavoro, e procedono, nel caso di valutazione positiva, ad avviare le procedure di referag-

gio. I Direttori dirigono i lavori dei Comitati Direttivi e relazionano periodicamente al Coordinamento. I Direttori curano che si mantenga l'anonimato dei revisori, conservano tutti gli atti dei referaggi e informano gli autori sull'esito degli stessi, invitandoli alle necessarie modifiche/integrazioni, e, d'intesa con il Coordinamento, decidono la pubblicazione o meno, in caso di pareri contrastanti dei referees.

4 *Comitati scientifici*

Ogni collana ha un proprio comitato scientifico composto dai professori ordinari e associati del Dipartimento Jonico. Il Consiglio di Dipartimento può deliberare l'inserimento nel Comitato Scientifico di studiosi italiani o esteri non appartenenti al Dipartimento Jonico.

5. *Comitati Direttivi*

Ciascuna delle tre collane ha un proprio Comitato Direttivo formato da 4 professori ordinari o associati e 4 ricercatori, tutti incardinati nel Dipartimento Jonico. I Comitati Direttivi durano in carica tre anni e i componenti non sono immediatamente rieleggibili, salvo diversa delibera del Dipartimento Jonico. I requisiti per l'ammissione nei Comitati Direttivi sono determinati dal Consiglio di Dipartimento. A seguito di lettera del Coordinatore delle Pubblicazioni del Dipartimento Jonico, gli interessati presenteranno istanza scritta al Coordinamento che, in base alle indicazioni del Consiglio di Dipartimento, provvederà alla scelta dei componenti e alla loro distribuzione nei tre Comitati Direttivi. I Comitati Direttivi collaborano con il Direttore in tutte le funzioni indicate nell'articolo 3 ed esprimono al Coordinamento il parere sulla pubblicazione sulla loro collana di contributi che hanno avuto referaggi con esiti contrastanti. All'interno del comitato direttivo è stabilita la seguente ripartizione di funzioni: i professori ordinari e associati coadiuveranno il Direttore della Collana nelle procedure di referaggio, mentre i ricercatori cureranno la fase di editing successiva all'espletamento positivo della procedura di referaggio, sotto la direzione di un Responsabile di Redazione nominato dal Coordinamento delle Pubblicazioni del Dipartimento Jonico.

6. *Procedura di referaggio*

Tutte le Collane del Dipartimento Jonico adottano il sistema di referaggio a "doppio cieco" con le valutazioni affidate a due esperti della disciplina cui attiene la pubblicazione, preferibilmente ordinari.

La procedura di referaggio è curata dal Direttore della Collana con l'ausilio dei professori ordinari e associati dei rispettivi Comitati Direttivi.

7. *Proposta di pubblicazione*

La proposta di pubblicazione deve essere indirizzata al Direttore della Collana su modulo scaricabile dal sito www.annalidipartimentojonico.org,

nel quale il proponente dovrà indicare le proprie generalità e sottoscrivere le liberatorie per il trattamento dei dati personali e per l'eventuale circolazione e pubblicazione on line o cartacea del lavoro. Alla proposta di pubblicazione il proponente deve allegare il proprio curriculum vitae et studiorum e il file del lavoro in due formati (word e pdf).

Per la pubblicazione sulla Collana Cartacea il proponente dovrà indicare i fondi cui attingere per le spese editoriali. Le proposte di pubblicazione dovranno attenersi scrupolosamente ai criteri editoriali pubblicati sul sito www.annalidipartimentojonico.org. Nel caso di non corrispondenza, i direttori potranno restituire il file e non ammettere la proposta. Nel caso siano previste scadenze, pubblicate sul sito, la proposta dovrà tassativamente entro la data indicata. I Direttori comunicheranno agli autori l'avvio della procedura di referaggio e il suo esito.

Espletata positivamente la procedura di referaggio, i responsabili della redazione delle rispettive Collane invieranno agli autori le indicazioni cui attenersi per la fase di editing.