

**Alma Mater Studiorum – Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE**

**Ciclo XXXII**

**Settore Concorsuale: 12/D1 - Diritto Amministrativo**

**Settore Scientifico Disciplinare: IUS/10**

**COSTRUZIONE SISTEMATICA DEL CONTROLLO AMMINISTRATIVO  
DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA IN BASE ALL'ESPERIENZA  
COLOMBIANA ED ITALIANA**

**Presentata da:**

**Camilo Perdomo Villamil**

**Coordinatore Dottorato**

**Supervisore**

**Chiar.mo Prof. Andrea Morrone**

**Chiar.mo Prof. Marco Dugato**

**Esame finale anno 2020**

**COSTRUZIONE SISTEMATICA DEL CONTROLLO AMMINISTRATIVO  
DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA IN BASE ALL'ESPERIENZA  
COLOMBIANA ED ITALIANA**

**INDICE**

<b>INTRODUZIONE</b> .....	1
<b>I. Oggetto e confini dell'indagine</b> .....	3
<b>II. Scopo dell'indagine, problema giuridico, metodo e piano di svolgimento</b> .....	6
<b>CAPITOLO I. DAL MONOPOLIO GIURISDIZIONALE DEL CONTROLLO AMMINISTRATIVO ALLA CO-TITOLARITÀ CON IL CONTROLLO AMMINISTRATIVO NON GIURISDIZIONALE</b> .....	21
<b>Premessa</b> .....	21
<b>Sezione I. Percorso di nascita e consolidamento dell'identificazione-monopolio del controllo amministrativo con il giudice della funzione amministrativa: la fonte dell'ombra</b> .....	23
<b>1. Formazione, lenta e impercettibile, a livelli teorico e dogmatico del monopolio giurisdizionale del controllo dell'attività amministrativa: lo Stato di diritto e la separazione dei poteri pubblici</b> .....	24
<b>2. Verifica dogmatico - teorica e storico – normativa del monopolio teorico: modello tradizionale del diritto amministrativo, tutela giurisdizionale effettiva e l'attribuzione - allargamento- della competenza giurisdizionale</b> .....	33
<b>3. I potenziali effetti del controllo giurisdizionale nei confronti dei potenziali effetti del controllo legislativo - politico o del controllo non giurisdizionale: conferma del monopolio giurisdizionale</b> .....	46
<b>Sezione II. Demistificazione del controllo pieno dell'attività amministrativa: ambiti sprovvisti o immuni</b> .....	58
<b>1. Giudicare le attività amministrative non sempre è controllarle: ambiti vuoti o immuni al controllo amministrativo</b> .....	59
<b>2. Controllare le attività amministrative non sempre è giudicarle: trascuratezza del controllo non contenzioso</b> .....	66
<b>3. Gli oggetti dei controlli non giurisdizionali si trovano sprovvisti di controllo: l'apparente attribuzione di controllo a soggetti diversi dal giudice</b> .....	72
<b>Sezione III. Scioglimento del monopolio giurisdizionale come presupposto della materializzazione del dogma – garanzia di controllo dell'attività amministrativa: co- titolarità del controllo non giurisdizionale</b> .....	78

1. **Controllo della funzione amministrativa nella cornice dell'aggiornamento dei suoi presupposti teorici e dogmatici: l'obbligo di controllo non giurisdizionale** .....79
2. **La necessaria attribuzione di effetti (diretti, concreti e certi) ai meccanismi di controllo non giurisdizionale come risposta agli spazi sprovvisti di controllo: legittimità dagli effetti**.....86
3. **Delimitazione e riconfigurazione del rapporto fra il controllo giurisdizionale e quello non giurisdizionale: il giudice come *ultima ratio* di controllo e controllore principale dei meccanismi di controllo non giurisdizionale** .....95

**CAPITOLO II. DALLA LIMITAZIONE AL CONTROLLO AMMINISTRATIVO DELLA LEGALITÀ - VALIDITÀ ALLA GARANZIA DEL CONTROLLO DELLA LEGALITÀ - EFFETTIVITÀ**..... 101

**Premessa** ..... 101

**Sezione I. L'origine e il consolidamento del controllo dell'attività amministrativa circoscritto alla verifica della conformità legale (validità): la fonte dell'ombra**..... 104

1. **Formazione fulminante della fissazione dell'esercizio delle attività amministrative con la legalità: Stato di diritto e modello tradizionale del diritto amministrativo** ..... 105
2. **L'esercizio delle attività amministrative intrappolato nell'adempimento dei requisiti di validità (legalità): l'irrilevanza dell'effettività** ..... 110
3. **L'originaria impossibilità torica-normativa di estendere il controllo oltre la legalità-validità** ..... 118

**Sezione II. La demistificazione del controllo amministrativo oltre la validità: l'effettività, la soddisfazione delle finalità e l'attuazione dell'amministrazione di risultato** ..... 127

1. **L'incompiuto aggiornamento indirizzato al controllo della legalità – effettività dell'attività amministrativa** ..... 128
2. **La debole effettività dei meccanismi di controllo non giurisdizionale dell'attività amministrativa** ..... 137
3. **Principio di giuridicità e controllo dell'effettività: dilemma/dicotomia pragmatica fra legalità ed effettività dell'attività amministrativa** ..... 148

**Sezione III. Controllo amministrativo dell'effettività dell'attività amministrativa come materializzazione del dogma-garanzia della sottomissione all'ordinamento giuridico e del divieto di potere sprovvisto di controllo**..... 157

1. **Aggiustamento dei fondamenti storici e dogmatici del controllo amministrativo e dell'obbligo di controllo dell'effettività: conservazione e avanzamento**..... 158
2. **La misura del controllo non giurisdizionale dell'effettività: modulazione degli effetti del controllo dell'attività amministrativa con lo scopo di controllare l'effettività e la correttezza** ..... 166

3. Contrasti della validità con l'effettività derivati dal controllo della funzione amministrativa: irregolarità, carica motivazionale e argomentativa .....	176
<b>CAPITOLO III. RICOSTRUZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DI CONTROLLO: CONTROLLO AMMINISTRATIVO NON GIURISDIZIONALE .....</b>	<b>183</b>
<b>Premessa .....</b>	<b>183</b>
<b>Sezione I. Controllo amministrativo non giurisdizionale come funzione amministrativa: caratterizzazione e portata dell'attività amministrativa di controllo .....</b>	<b>185</b>
1. Rivendicazione del controllo amministrativo non giurisdizionale come funzione amministrativa .....	186
2. Concetto di "attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa" e reimpostazione del rapporto fra essa e le altre attività amministrative: effetti incisivi e presunta co-amministrazione .....	195
3. Aggiornamento del contenuto e della portata degli elementi costitutivi del rapporto di controllo amministrativo dell'attività amministrativa .....	205
<b>Sezione II. Costruzione sistematica e depurazione della tipologia dell'attività amministrativa di controllo: decidere per controllare e controllare per decidere .....</b>	<b>214</b>
1. Sistema di controllo dell'attività amministrativa: controllo pieno e prevedibile ..	215
2. Tipologia dell'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa: decidere per controllare .....	221
3. Strumenti volti alla verifica di parametri per decidere: controllare per decidere	235
<b>Sezione III. Il regime giuridico e la cornice per l'attuazione dell'attività di controllo dell'attività amministrativo.....</b>	<b>242</b>
1. Natura giuridica, regime giuridico e inquadramento degli atti dell'attività di controllo amministrativo.....	243
2. Organizzazione dei controllori, pianificazione e procedimento di attuazione dell'attività di controllo amministrativo.....	250
3. Vicende ulteriori alla conclusione del procedimento di controllo: impugnabilità, attuazione della misura e riscontro .....	261
<b>CENNI CONCLUSIVI .....</b>	<b>271</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>275</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>291</b>

## **ABBREVIAZIONI E ACRONIMI**

A.l.	Atto legislativo (riformatorio della Costituzione)
C.C.c.	Corte Costituzionale colombiana
C.C.i.	Corte Costituzionale italiana
C.E.c.	Consiglio di Stato colombiano
C.E.i.	Consiglio di Stato italiano
C.C.A.c.	Codice Contenzioso Amministrativo colombiano
C.P.A.	Codice del Processo Amministrativo italiano
C.P.A.C.A.	Codice di Procedimento Amministrativo e del Contenzioso Amministrativo colombiano
C.P.c.	Costituzione Politica di Colombia
C.R.i.	Costituzione della Repubblica italiana
D.	Decreto
D.lgs.	Decreto Legislativo
D.l.	Decreto Legge
L.	Legge
S.	Sentenza
T.A.R.	Tribunale Amministrativo Regionale

## INTRODUZIONE

“Chi ha un potere tende quasi inevitabilmente ad abusarne. Da qui l’esigenza, da sempre avvertiva, di porre dei limiti al suo esercizio, soprattutto quando il potere è un potere politico e più generalmente un potere pubblico”<sup>1</sup>. Queste affermazioni sintetizzano perfettamente una delle questioni storicamente cardinali del diritto pubblico: la perenne tensione tra potere e controllo, perché il primo tende ad evitare e sfuggire dal secondo, mentre quest’ultimo lotta per essere effettivo ed evitare gli abusi del primo. Di conseguenza, nonostante l’evoluzione del modello statale, la ricerca dell’equilibrio tra potere e controllo rimane una questione centrale e di grande rilevanza nei diversi ordinamenti giuridici, almeno in quelli occidentali, come il colombiano e l’italiano, su cui si focalizzerà questa ricerca.

Inoltre, il controllo del potere pubblico e, in particolare, delle attività amministrative costituisce un argomento trasversale a tutto il diritto pubblico. La teoria dello Stato di diritto (che non scompare nel processo di evoluzione dei diversi modelli statali) e, in particolare, i principi che ne sono derivati come la sottomissione del potere alla legge e al Diritto, il principio di legalità-giuridicità, il principio di separazione dei poteri pubblici, la creazione di organismi di controllo esterno, oppure di controlli interni, tra molti altri aspetti, mettono in luce come gli Stati costituzionali continuano a porre la questione del controllo delle attività amministrative al centro delle discussioni giuridiche.

Si crea così un’immagine in cui gli Stati costituzionali sono dotati di un sistema di controlli che garantisce la pienezza, quantitativa e qualitativa, del controllo. Tuttavia, per nessuno è un segreto che l’auspicato equilibrio tra potere e controllo non è mai esistito, non esiste e sembra che non esisterà. In senso stretto non esiste un “sistema” di controlli, poiché i diversi meccanismi non agiscono in modo armonico e il loro regime è disordinato e, appunto, asistemico. La cosa più preoccupante è che questo apparentemente robusto sistema di controllo è caratterizzato da un evidente tallone d’Achille: la sua scarsa effettività e le aree prive di controllo (lacune e immunità). È il caso, in Colombia e in Italia, dell’insieme (non del sistema) di controlli delle attività amministrative, composto da una gamma molto ampia e variegata di meccanismi, che non è ancora riuscito a garantire efficacemente la limitazione e la razionalizzazione di tali attività, mettendo in dubbio la materializzazione dell’essenza stessa dello Stato di diritto.

In questo contesto, il giudice, per motivi storici, teorici, dogmatici e pratici, esercita un monopolio del controllo, tendenzialmente limitato al controllo della legalità-validità dell’attività amministrativa e che, pertanto, trascura la legalità-effettività. Monopolio giurisdizionale e limitazione alla validità che sono rafforzati nel tempo perché i cosiddetti meccanismi di controllo non giurisdizionale (interni ed esterni) non sono riusciti a supplire le carenze del controllo giurisdizionale, non ne soddisfano le loro finalità, limitano la loro portata alla verifica delle deformità e, in sintesi, non sono riusciti a consolidarsi come effettivi meccanismi di controllo. In

---

<sup>1</sup> Guido Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 131.

questo contesto, è evidente che le promesse costituzionali di sottomissione del potere alla legge e della pienezza del controllo siano state, almeno in parte, disattese.

Quindi, se la questione che ha reso utopico l'equilibrio tra potere e controllo si trova, attualmente, nella scarsa effettività dei meccanismi di controllo, la soluzione potrebbe essere trovata proprio lì. A questo proposito, occorre sottolineare che la garanzia della pienezza del controllo richiede sia lo scioglimento del monopolio giudiziario sia il controllo effettivo della legalità - effettività, a tal fine i meccanismi di controllo non giurisdizionale dell'attività amministrativa svolgono un ruolo centrale e determinante. Pertanto, la soluzione non potrebbe essere quella di rafforzare il controllo giurisdizionale, ma di rafforzare i controlli non giurisdizionali, la cui debolezza risiede negli effetti collaborativi, accessori e strumentali che producono, che, in modo irrazionale e contrario alla garanzia di pieno controllo, sprecano e lasciano sfuggire completamente i riscontri e le verifiche che si ottengono nei loro esercizi.

Questo percorso porterà, in una logica di conservazione-avanzamento, a ridefinire la natura giuridica di alcuni dei meccanismi di controllo non giurisdizionale che, essendo dotati di effetti giuridici veramente incisivi e correttivi (come denominatore comune) formeranno un'attività amministrativa autonoma e differenziabile delle altre attività amministrative (attività controllate), a cui è attribuita una parte specifica delle finalità perseguite dall'esercizio della funzione amministrativa: l'effettiva garanzia di limitazione, razionalizzazione e correzione delle attività amministrative, al fine di materializzare i diversi presupposti che affermano la loro piena sottomissione alla legge e al Diritto. Questa rivendicazione della natura giuridica di alcuni dei meccanismi di controllo non giurisdizionale, perché alcuni dovranno continuare a svolgere le importanti finalità collaborative, in una logica di costruzione sistematica del diritto amministrativo, deve irradiare la natura giuridica di tutti gli elementi che costituiscono il rapporto di controllo e anche il loro intero regime giuridico.

Per chiarire che cos'è l'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa, riconoscerla come un oggetto di studio autonomo, proporre una concettualizzazione, indicare i motivi che spiegano la necessità di rafforzare gli effetti giuridici e, in breve, erigerla effettivamente come forma complementare del controllo giurisdizionale, che contribuisce alla realizzazione della garanzia di pieno controllo (quantitativo e qualitativo) delle attività amministrative, è necessario in questa introduzione presentare alcune idee per chiarire lo scopo dell'indagine e la metodologia del suo sviluppo, soprattutto quando si tratta di una ricerca che si basa sull'esperienza di due diversi ordinamenti giuridici. In primo luogo, l'oggetto di studio sarà spiegato e delimitato, al fine di giustificarne la sua importanza, dimostrarne la pertinenza e dimostrare la fattibilità di uno studio basato simultaneamente sugli ordinamenti giuridici colombiano e italiano (I), ciò consentirà, in secondo luogo, di spiegare lo scopo dell'indagine, la problematica giuridica specifica che si intende studiare, l'ipotesi di soluzione e la metodologia di sviluppo (II).

## I. Oggetto e confini dell'indagine

È innegabile che le pubbliche amministrazioni e, piuttosto, le attività amministrative sono completamente permeate di controlli e di rapporti di controllo, nel senso che tutte esse sono soggette a meccanismi di controllo diversi e variegati, che hanno permesso di affermare l'esistenza del principio di generalizzazione del controllo<sup>2</sup>. Questa situazione sembra destinata a consolidarsi in futuro poiché la tendenza, in virtù della diversificazione dell'attività amministrativa, è quella di un'estensione continua e graduale dei meccanismi di controllo<sup>3</sup>. In questo contesto, la presente indagine concentrerà la sua attenzione su uno specifico insieme di meccanismi di controllo che, in linea con il modello di controllo in vigore, possono rientrare nella denominazione di controlli non giurisdizionali, il cui elemento comune, come si tenterà di dimostrare, è gli effetti incisivi e correttivi delle loro risultanze e la loro appartenenza a un'attività amministrativa autonoma e differenziabile, disciplinata dal diritto amministrativo<sup>4</sup>, il che consentirà uno studio coerente e sistematico di questi diversi meccanismi di controllo e del loro regime giuridico.

Al fine di chiarire il contenuto e i limiti dell'oggetto di studio è necessario, innanzitutto, sottolineare che la questione dei controlli dell'attività amministrativa, nonostante la sua centralità storica, non potrà mai risolvere il problema inerente alla polisemia del termine "controllo", derivato dal linguaggio corrente, che si è irradiato al concetto giuridico di controllo dell'attività amministrativa<sup>5</sup>. Nonostante ciò, nel campo giuridico, è obbligatorio garantirne la delimitazione,

---

<sup>2</sup> "In linea di massima, tutti gli atti e attività delle pubbliche amministrazioni possono formare oggetto di controllo. Poiché, infatti, l'attività amministrativa è rilevante in tutti i suoi aspetti per i fini che persegue, si è affermato, nella costituzione materiale, il principio di *generalizzazione del controllo*. Di qui, da una parte, l'estensione dei controlli a tutti gli ambiti di attività amministrativa". Gaetano D'Auria, «I controlli», Sabino Cassese (a cura di), *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. i, Milano, Giuffrè, 2015, p. 545.; Jorge Iván Rincón Córdoba, *La teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 242 a 244.

<sup>3</sup> "Il mondo in cui viviamo e, possiamo ritenere, il mondo futuro, è e sarà pieno di controlli, delle specie più svariate. diverse" Massimo Severo Giannini, «Controllo: nozioni e problemi», *Scritti. Volume sesto. 1970 - 1976*, Giuffrè, 1975, p. 724 a 725.

<sup>4</sup> Il diritto amministrativo è il diritto sull'amministrazione e anche dell'amministrazione, perciò viene criticata "l'erronea impostazione secondo la quale il diritto amministrativo è il diritto sull'amministrazione (le leggi che la riguardano), e non anche il diritto dell'amministrazione. Il positivismo legalistico ragiona in questo modo: l'amministrazione è sottoposta alla legge; la legge è il diritto dell'amministrazione; lo studio giuridico dell'amministrazione è studio della legge amministrativa. Questo ragionamento ha due difetti. Nasconde un vizio logico, in quanto un dover essere diventa essere, una prescrizione diventa realtà (Croce – nello stabilire ciò che è vivo e ciò che è morto della filosofia di Hegel – ha scritto che il dover essere è «l'impotenza dell'ideale, che deve sempre essere e non è»). Così, inoltre, si dà per implicito che gli amministratori pubblici siano automi, fedeli esecutori della legge. Si dimentica la «potenza legiferatrice della burocrazia». Si tralasciano le circolari, le prassi, le interpretazioni amministrative, l'uso dei tempi fatto dagli apparati. Valgono più le *paper rules* che le *real rules*, il diritto cartaceo del diritto vivente, ciò che l'amministrazione dovrebbe fare di quel che l'amministrazione realmente fa." Sabino Cassese, Luisa Torchia, *Diritto amministrativo: una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 17.

<sup>5</sup> Cfr. M.S. Giannini, «Controllo...»cit., pp. 723 e 724.; Gaetano D'Auria, «I controlli», Sabino Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale. Tomo Secondo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1343 a 1351.; Franco Gaetano Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 113.; Jorge Agudo González, *La función administrativa de control: Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, p. 24 a 30.; Diego Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 2016, p. 349 a 351.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 240.



la caratterizzazione e la differenziazione da altre istituzioni, al fine di assicurare la certezza del diritto, di dimostrare la utilità pratica del controllo e garantirne un uso coerente e prevedibile. Il concetto giuridico di controllo dell'attività amministrativa, come tutto ciò che fa parte del linguaggio, deve definire una realtà specifica e consentire una rappresentazione del suo contenuto e della sua portata.

In questo contesto, la delimitazione dell'oggetto di studio richiede il riconoscimento della suddetta polisemia, che si aggrava quando si aggiunge il fenomeno dell'attività amministrativa perché, come si vedrà, esiste una molteplicità di meccanismi di controllo, il cui contenuto, portata, scopo, natura giuridica e regime giuridico sono molto diversi. Tuttavia, nonostante tale ampiezza, è possibile affermare che l'esercizio delle attività amministrative richiede, nel contesto dello Stato costituzionale, una serie di meccanismi di controllo incisivi e correttivi che completino la funzione di controllo giurisdizionale, che condividano gli elementi formali<sup>6</sup> di qualsiasi rapporto di controllo<sup>7</sup>, ma che siano chiaramente in funzione (funzionalizzati) alla soddisfazione di scopi specifici, poiché cercano di materializzare efficacemente la garanzia di sottomissione al Diritto e di correzione delle deformità riscontrate.

Pertanto, questa indagine si concentrerà su uno specifico insieme di controlli sull'attività amministrativa, la cui natura non è né giurisdizionale, né legislativa, che nell'ordinamento italiano sono denominati "controlli amministrativi" e nell'ordinamento colombiano "controlli non giurisdizionali". In entrambi gli ordinamenti, come si vedrà, questi meccanismi cercano di rafforzare il ruolo dei controlli tradizionali (essenzialmente di quello giurisdizionale) e di materializzare l'idea, secondo la quale, potere amministrativo, competenze amministrative e responsabilità amministrativa, da un lato, e controlli, dall'altro, sono due facce della stessa medaglia<sup>8</sup>.

Anche al fine di stabilire i confini dell'oggetto della ricerca è necessario sottolineare che lo studio sarà realizzato sulla base delle esperienze degli ordinamenti giuridici colombiano e italiano. Ciò, pur trattandosi di un elemento metodologico, sul quale si ritornerà più avanti quando si spiegherà, appunto, il metodo scelto per realizzare la ricerca, è pertinente in questa parte, in quanto mette in luce come l'esito dell'indagine risulterà dall'analisi congiunta di elementi giuridici di due diversi ordinamenti, non a fini di comparazione separata per cercare somiglianze e differenze -non

---

<sup>6</sup> Il controllo è "una tipica relazione fra figure soggettive, fra organi di uno stesso ente, fra organi di enti diversi, fra uffici diversi di uno stesso ente. Una relazione che presuppone un criterio o un parametro alla stregua del quale valutare l'atto o l'attività altri: che dà luogo ad un giudizio di conformità o difformità rispetto al parametro; e che sfocia di solito in una misura. Nel caso di accertata difformità dal parametro viene colpito l'atto o il soggetto che lo ha posto in essere". G. Corso, *Manuale...*cit., p. 132.

<sup>7</sup> "I controlli amministrativi possono essere esaminati avendo riguardo, in primo luogo, alle caratteristiche del rapporto che corre fra l'autorità di controllo e l'amministrazione i cui atti o la cui attività sono sottoposti a verifica; in secondo luogo, alle componenti della nozione di controllo, che sono: l'oggetto, il tipo di controllo, il giudizio ed i suoi parametri di riferimento, gli effetti (gli esiti o "misure") del controllo eseguito". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1351.

<sup>8</sup> "El margen de autonomía y apreciación que tiene la administración pública debe ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control. Responsabilidades de la Administración y control constituyen las dos caras de una misma moneda, son elementos fundamentales del orden constitucional democrático". Eberhard Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo», Javier Barnes (a cura di), (tradotto da) Luciano Parejo Alfonso, *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press - INAP, 2012, p. 89.

si tratta di una ricerca di diritto comparato-, ma con la pretesa di astrarre elementi da ciascuno di essi e cercare di costruire una risposta al problema giuridico, applicabile in entrambi gli ordinamenti. Quanto sopra sulla base del riconoscimento che l'analisi convergente<sup>9</sup> delle istituzioni giuridiche, che a volte sono in concorrenza<sup>10</sup>, oltre ad essere un metodo di ricerca necessario negli studi storici<sup>11</sup>, come quello che si intende realizzare, consente anche una costruzione sistematica, più coerente e più utile, in cui l'analisi simultaneo delle particolarità di sistemi che hanno basi comuni, ma che hanno percorso strade differenziabili e piene di particolarità, permette di ottenere risultati più comprensivi e che, se utilizzati senza ignorare le divergenze<sup>12</sup>, consente la costruzione di soluzioni a problematiche comuni. Questo perché ci si aspetta che il risultato della presente indagine derivi dall'esperienza giuridica convergente ma differenziabile, da due sistemi giuridici in cui i meccanismi di controllo delle attività amministrative sono stati costruiti su basi teoriche analoghe.

Infatti, come sarà dimostrato nel documento, il modello di controllo dell'attività amministrativa in vigore nell'ordinamento colombiano e nell'ordinamento italiano è sostanzialmente simile, nonostante il percorso che hanno percorso per raggiungere l'attuale configurazione sia stato diverso in quanto, ovviamente, hanno risposto alle particolarità (storiche, sociali, culturali, ecc.) proprie del contesto di ciascun paese. Ciò emerge dall'analisi dei tratti distintivi del diritto amministrativo colombiano e italiano, poiché la configurazione normativa di entrambe gli ordinamenti<sup>13</sup> risponde a fondamenti teorici simili: lo Stato del diritto costituzionale,

---

<sup>9</sup> In virtù della convergenza progressiva fra diversi ordinamenti giuridici, a cui si riferisce la recente dottrina, confermando lo studio fatto nel 1992. In concreto, si afferma che “anche indipendentemente dall'influenza comunitaria e internazionale, i diritti amministrativi nazionali -prima incomunicabili fra loro- si aprono a vie di convergenza”. Si veda Marco D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 21.; Marco D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato: mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, il Mulino, 2019; Marco D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, il Mulino, 1992.

<sup>10</sup> Come nel caso dell'Unione Europea, in cui vi è una concorrenza fra gli ordinamenti nazionali, che ha portato a chiedersi quanta uniformazione o concorrenza è necessaria poiché “la concorrenza istituzionale sarebbe preclusa se, almeno nello spazio giuridico europeo, tutti gli operatori economici dovessero necessariamente utilizzare le stesse norme e, magari, il medesimo codice civile, lo stesso diritto amministrativo, o dovessero sottoporsi ad un'identica impostazione fiscale. Ma ciò serve veramente a rendere più efficiente l'allocazione delle risorse pubbliche e private, migliorare e più armonico il funzionamento del mercato unico e, infine, concorre a promuovere una maggiore giustizia sociale? (...) quello comunitario è un ordinamento composito, in cui tutti i cittadini usufruiscono delle medesime norme perché possono utilizzare alternativamente tutte le regole previste dai vari ordinamenti, che si danno in rapporto di concorrenza”. Andrea Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma, Laterza, 2004, p. VIII.

<sup>11</sup> In relazione al sistema italiano, ma applicabile anche al colombiano, si afferma che “*history involves comparison, comparison involves history*”. Lorenzo Casini, Sabino Cassese, Giulio Napolitano, «The new Italian public law scholarship», *ICON*, vol. 9, fasc. 2, 2011: 304 a 306.

<sup>12</sup> Il percorso di nascita e sviluppo del diritto amministrativo moderno, a livello europeo, ha implicato la continua interazione fra diversi ordinamenti (Regno Unito, Francia, Italia). Questo dialogo è segnato da divergenze, differenze e opposizioni, importanti tanto quanto le convergenze. Pertanto, anche né la convergenza progressiva né le particolari divergenze possono essere trascurati. Si veda, Sabino Cassese, *Derecho administrativo: historia y futuro*, Sevilla, Global Law Press, 2014, p. 23 a 233.

<sup>13</sup> In tutti e due ordinamenti giuridici gli atti processuali hanno, in sostanza, gli stessi contenuti; tuttavia, dalla prospettiva formale hanno denominazioni diverse, quindi, e poiché la ricerca viene svolta in Italia, verrà utilizzata la terminologia italiana. La sentenza italiana ha una perfetta somiglianza semantica con la “*sentencia*” colombiana, mentre che l'ordinanza italiana si userà come sinonimo del “auto” colombiano, perché entrambi sono provvedimenti

la sottomissione del potere al diritto, il principio della separazione dei poteri, il principio di legalità, controlli giurisdizionali, controlli legislativi, controlli esterni e interni, ecc.

In questo ordine di idee, l'oggetto di studio della presente indagine e i suoi limiti sono dati dall'insieme dei meccanismi di controllo dell'attività amministrativa che, in primo luogo, costituiscono solo una parte della vasta gamma di strumenti previsti negli Stati costituzionali contemporanei, come nel caso degli ordinamenti colombiano e italiano, in secondo luogo, che sono esercitati dallo stesso soggetto controllato (controlli interni) o da terzi diversi dal giudice e dal legislatore (controlli esterni) e, in terzo luogo, che insieme costituiscono i cosiddetti controlli non giurisdizionali, in quanto strumenti chiamati a integrare il ruolo dei giudici e garantire l'effettiva sottomissione delle attività amministrative alla legge e al Diritto.

## II. Scopo dell'indagine, problema giuridico, metodo e piano di svolgimento

In tale contesto, lo scopo dell'indagine è rivendicare il ruolo e il potenziale dei meccanismi di controllo non giurisdizionale delle attività amministrative, in modo tale che siano effettivamente configurati come strumenti di controllo correttivo, che integrino il compito dei giudici e che garantiscano il controllo delle aree a cui quest'ultimi non arrivano o non possono raggiungere. In questo modo, la ricerca mira ad effettuare una diagnosi, in una prospettiva critica<sup>14</sup>, del sistema di controlli in vigore in entrambi gli ordinamenti studiati, senza limitarsi a esporre le caratteristiche o i difetti dell'attuale modello<sup>15</sup> e, al contrario, proponendo una possibile soluzione, in particolare, alla tendenziale ineffettività che lo ha caratterizzato fin dalle sue origini.

Cioè, oltre a spiegare le cause e le conseguenze (storiche, teoriche, normative e pratiche) che hanno fatto sorgere il modello di controllo monopolizzato dal giudice e limitato alla verifica della legalità-validità, l'indagine mira a spiegare i motivi per cui si tratta di un modello che, nonostante le riforme teoriche e normative, sussiste ancora in modo inconsapevole o non evidente perché, in pratica, i controlli non giurisdizionali sono ineffettivi per raggiungere i loro scopi, non producono effetti giuridicamente efficaci e, pertanto, confermano il ruolo monopolistico del giudice e l'assenza del controllo di parametri diversi dalla legalità-validità.

---

del giudice con funzione ordinatoria dello svolgimento del processo e finalizzato a risolvere eventuali contestazioni sorte tra le parti del giudizio. Cfr. Francesco Caringella, Marco Giustiniani, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, Dike, 2015, pp. 195 e 196.

<sup>14</sup> “*El propósito de la investigación crítica es ayudar a que las personas superen las limitaciones sobre su libertad y desarrollo. Las limitaciones se presentan en forma de malos entendidos o creencias falsas sobre la realidad, y pueden hacer que los individuos actúen de maneras que contradicen a sus intereses (...) En la investigación crítica, el papel de la teoría es la de revelar las limitaciones sobre las acciones y lo que se cree, y hacer que los actores sean capaces de cambiar sus creencias falsas...*”. Jay D. White, *Tomar en serio el lenguaje. Los fundamentos narrativos de la investigación en administración pública*, (tradotto da) Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 95 e 96.

<sup>15</sup> “Allo studioso del diritto amministrativo non è consentito limitarsi a dire che nei fatti l'amministrazione pubblica funziona male, che i servizi pubblici sono lontani della decenza, che i risparmiatori sono abbandonati a sé stessi per l'inadeguatezza delle autorità di vigilanza. Occorre (...) distinguere i problemi, ripercorrere l'evoluzione storica degli istituti, capire le lacune da colmare”. Marco D'Alberti, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Lezioni magistrali, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 49.

Sulla base di ciò, la ricerca proporrà una soluzione che, senza ignorare o trascurare i progressi compiuti, si concentri sulla necessità dello studio e della costruzione sistematici di questi meccanismi, che devono essere dotati di effetti incisivi-correttivi: la garanzia del controllo pieno dell'attività amministrativa, di piena sottomissione al diritto, implica che la portata delle risultanze dei controlli non può essere confinata solo alla verifica delle difformità, anzi, richiede di rafforzare gli effetti dei controlli non giurisdizionali<sup>16</sup>, e attribuirli degli effetti incisivi<sup>17</sup> (diretti, concreti e certi). Solo in questo modo, il ruolo centrale e trasversale dei controlli, che permeano tutte le aree dell'attività amministrativa<sup>18</sup>, può avere effetti utili e visibili.

Tutto quanto sopra, che sarà approfondito nel corso dell'indagine, oltre a spiegare lo scopo dell'indagine, serve come base per esporre i motivi che giustificano la ricerca, che ne evidenzia l'attualità e che supportano il problema giuridico che intende risolvere.

In precedenza, si è affermato che i modelli di diritto amministrativo e di controllo dell'attività amministrativa, negli ordinamenti studiati, sono analoghi. Le cause e le conseguenze dell'inefficienza di questi ultimi sono altrettanto simili e, quindi, è possibile effettuare uno studio simultaneo, sulla base di queste basi analoghe. In questo modo, si può affermare che in entrambi gli ordinamenti i meccanismi di controllo dell'attività amministrativa sono eredi sulle idee cardinali del modello classico del diritto amministrativo, ovvero un modello basato su un'immagine ideale, composto da elementi perfettamente integrati e che insieme, in termini teorici, devono garantire la piena sottomissione delle attività amministrative al diritto. Questi elementi possono essere condensati nella cosiddetta triade tradizionale dei componenti strutturali del diritto amministrativo<sup>19</sup>.

Il modello tradizionale o l'assetto classico del diritto amministrativo, verificabile in tutti e due gli ordinamenti studiati, si caratterizza da tre elementi, acquisiti alla fine del secolo XIX e all'inizio del secolo XX<sup>20</sup>, nel contesto dell'ascesa della teoria dello Stato liberale di diritto: primo,

---

<sup>16</sup> «L'amministrazione di risultato presa sul serio va molto al di là del semplice aggiornamento degli strumenti operativi a disposizione della amministrazione e richiede, al contrario, un ripensamento di concetti ed istituti». Marco Cammelli, «Amministrazione di risultato», *Annuario 2002 - AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 123.

<sup>17</sup> Tramite una decisione provvista di una misura imponibile o che almeno genere alcun effetto giuridico diretto, si veda J. Agudo González, *op.cit.*, p. 28. Che nel presente indagine sarà una misura di controllo vincolante oppure obbligatoria.

<sup>18</sup> «Il controllo è uno degli aspetti più emblematici del sistema amministrativo, perché ne presuppone e insieme ne riflette tutte le dinamiche principali: dalle premesse (per esempio, il rapporto tra legge e amministrazioni), agli snodi principali (il rapporto direzione-attuazione, centro-periferia, assegnazione e utilizzazione delle risorse), alle garanzie (in materia di responsabilità del personale e di tutela dell'ordinamento e del buon andamento)». Marco Cammelli, «Riforme amministrative e riforma dei controlli», Marco Cammelli (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, Rimini, Maggioli, 2001, p. 8.

<sup>19</sup> Secondo la terminologia di Eberhard Schmidt-Assmann. Si veda: Eberhard Schmidt-Assmann, «La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma ("la nuova scienza del diritto amministrativo")», *Diritto Amministrativo: Rivista Trimestrale*, fasc. 2-3, 2015: 258 e 259.; E. Schmidt-Assmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 34 a 41.

<sup>20</sup> Sebbene, negli ordinamenti giuridici dove vi è un insieme di norme classificabile come diritto amministrativo, *droit administratif*, *derecho administrativo*, non esiste consenso sul momento storico della sua nascita o delle sue cause. Si veda, Miguel Alejandro Malagón Pinzón, *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 151 a 157.; Gustavo Penagos, *Fundamentos del derecho administrativo: origen del derecho administrativo en el mundo*, Bogotá, Librería Ediciones

l'amministrazione o, meglio, l'insieme di amministrazioni, conforma un blocco uniforme, gerarchico, chiuso e univoco, diverso degli altri poteri pubblici (separazione dei poteri), essa è definita di forma residuale come l'attività statale che non è di natura né legislativa né giurisdizionale; secondo, la legge dirige alle amministrazioni attraverso di programmi materiali col maggior livello di dettaglio, in modo tale che quelle eseguano la legge, attraverso strumenti tendenzialmente unilaterali e imperativi mediante procedimenti di sussunzione; terzo, il giudice<sup>21</sup>, sia amministrativo sia ordinario, ha come compito cardinale *controllare*<sup>22</sup> gli atti amministrativi e l'agire amministrativo, nel complesso, attraverso del confronto con la norma positiva (legalità)<sup>23</sup>. Nella semplicità del modello si trova il fascino che evoca e il suo successo<sup>24</sup>: si tratta di un modello compatto e chiuso, un'idea si deduce della precedente, e così via.

Questa triade dei componenti strutturali del diritto amministrativo si manifesta, al riguardo del controllo dell'attività amministrativa, a sua volta, in tre campi: prima, il soggetto controllore, che si identifica col giudice della funzione amministrativa; secondo, i parametri di controllo, che restano identificati con la legittimità formale (validità); terzo, i controlli non giurisdizionali hanno una natura collaborativa, essi sono concepiti come strumenti accessori e strumentali. Così, negli ordinamenti giuridici costruiti sulla base di questo modello, è stato istituito un regime di controllo dell'attività amministrativa monopolizzato dal giudice e limitato alla verifica del rispetto dei parametri di legalità-validità.

Il giudice amministrativo, sia in Colombia sia in Italia, è ritenuto come il giudice del potere amministrativo, lo sviluppo storico ha implicato la confusione e fusione tra controllare e giudicare, situazione che è ancora evidente: comunemente, anche se è possibile distinguerli, si afferma che il giudice controlla, senza distinguere controllare e giudicare. A sua volta, se l'amministrazione esegue la legge, agisce perfettamente subordinata ad essa e si limita ad operare attraverso i processi di sussunzione, il controllo si deve limitare alla verifica della conformità con parametri di legalità-validità.

Tuttavia, il divenire storico ha dimostrato come tale immagine idealizzata non corrisponde alla realtà, la pratica amministrativa quotidiana è ben diversa. Si tratta di un momento storico in

---

del Profesional, 1993, p. 4 a 15.; Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo.*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 187 a 334.; Alberto Montaña Plata, *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 61 a 85.; S. Cassese, *Derecho administrativo...cit.*, p. 26.; Antonio Bartolini, Stefano Fantini, *Le ragioni della specialità: principi e storia del diritto amministrativo*, Orizzonti del diritto pubblico, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017; Bernardo Giorgio Mattarella, *Burocrazia e riforme: L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2017.

<sup>21</sup> “L’ispirazione di fondo è identica per i sistemi di giustizia amministrativi di tutti i paesi, ognuno di essi risolve a suo modo i problemi tecnici di organizzazione di tale giustizia, e le conferisce maggiore o minore “purezza” rispetto a quella ispirazione”. Mario Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 32.

<sup>22</sup> L’originario “modo d’intendere la divisione dei poteri fu portato dai liberali democratici, nelle varie foggie politiche che vestivano nei diversi paesi, e si formulò come esigenza di portare sotto il controllo del giudice il legislativo, il governo e l’amministrazione”. M.S. Giannini, «Controllo...»cit., p. 732.

<sup>23</sup> Per approfondire sull’argomento, si veda, E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 34 a 41.

<sup>24</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 36.

cui le basi della teoria dello Stato di diritto<sup>25</sup> sono state messe in discussione, proprio perché gli Stati assolutisti<sup>26</sup> sono diventati la prova vivente che il potere pubblico non era stato controllato dal diritto, né dai giudici. Il timore di abusi, che si cercava di contrastare con queste istituzioni giuridiche, si era concretizzato. Dunque, l'immagine idealizzata del diritto amministrativo si rivelò come un mito, cioè, la legge non attua una piena programmazione dell'azione amministrativa e il giudice non riesce a controllare pienamente tutti i suoi ambiti. Pertanto, in tutti gli ordinamenti giuridici il cui potere pubblico si organizzava in forma di Stato, pian piano, furono introdotte delle riforme, precisamente indirizzate ad attuare effettivamente la sottomissione del potere pubblico al Diritto.

Come si vedrà nello sviluppo della ricerca, nei due ordinamenti giuridici studiati, durante gli ultimi anni del XX secolo è iniziata una serie di riforme e aggiornamenti teorici e normativi, alcuni semplicemente materializzati nella reinterpretazione delle norme in vigore. Con ciò, si è cercato di rispondere alle molteplici ragioni pratiche che richiedevano ripensare le posizioni classiche, cioè, prima, riconoscere che il controllo giurisdizionale non era sufficiente e, secondo, riconoscere che la garanzia che l'attività era conforme a parametri di legalità-validità neppure era sufficiente. Pertanto, si cercò di diversificare i controllori e di garantire anche che l'attività amministrativa fosse efficace (raggiungendo gli obiettivi proposti) ed efficiente (utilizzando risultati migliori con la minima quantità di risorse)<sup>27</sup>. La pretesa era quella di rispondere, tra l'altro, alle debolezze del modello di controllo: monopolio giudiziario e limitazione al controllo della legalità-validità.

Pertanto, in primo luogo, il controllo è stato attribuito a soggetti diversi dal giudice, evidenziando la necessità di autocontrollo<sup>28</sup> da parte della pubblica amministrazione e dei controlli esterni<sup>29</sup>, sia al giudice che all'amministrazione e, in secondo luogo, la rivendicazione di parametri ai quali era stato tradizionalmente negato qualsiasi tipo di rilevanza giuridica o carattere vincolante,

---

<sup>25</sup> Nel senso che la teoria dello Stato di diritto è stata concepita come il modo di organizzare il potere e di sottoporlo a regole. Si veda, Roberto Bin, *Lo Stato di diritto: come imporre regole al potere*, Bologna, il Mulino, 2017.

<sup>26</sup> “*La forma de Estado no fue más que un artificio, una simple envoltura que cubría la existencia de un poder absoluto. Los totalitarismos del siglo XX se desmarcaron radicalmente del modelo oficial clásico, hasta el punto de aparecer como una forma genéricamente diferente: el “Estado totalitario” se propone, en efecto, cubrir la integralidad del campo social y ejercer una influencia general sobre los individuos; los principios de constitución de Estado sufren, por lo tanto, una completa desnaturalización*”. Jacques Chevallier, *El Estado posmoderno*, (tradotto da) Oswaldo Pérez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 40.

<sup>27</sup> Fin dall'inizio del decennio scorso si è avvivata “la consapevolezza che occorre concentrarsi maggiormente sul risultato piuttosto che sul rispetto formale delle regole” e si ritiene che ciò “ha determinato in questi ultimi anni un significativo spostamento dell'attenzione del legislatore dal singolo atto all'attività complessiva dell'amministrazione”. Giampaolo Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 95.

<sup>28</sup> “*Comme contrepartie aux prérogatives de puissance publique, il existe des contrôles de l'activité administrative. Le système juridictionnel est montré comme le seul contrôle possible et suffisant de l'administration. Néanmoins, l'administration dispose d'instruments immédiats pour s'autocontrôler*”. Andrés Fernando Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration en droit français et colombien», Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2012, p. 351.

<sup>29</sup> “*El Ejecutivo constituye un poder que actúa con cierta autonomía, de acuerdo con sus propios criterios de racionalidad. La dirección del poder ejecutivo a través del parlamento y el control que ejerce el poder jurisdiccional sobre los actos de aquel, aunque constituyan elementos esenciales, no agota, sin embargo, las funciones y objetivos del derecho administrativo. Se trata en realidad de comprender y construir la idea de autonomía de la Administración con toda la potencialidad que ello encierra, de explorar la autoprogramación y el autocontrol*”. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., pp. 40 e 41.

precisamente quei parametri che non si riferivano alla legalità-validità dell'azione amministrativa, ma alla sua effettività<sup>30</sup> (buon andamento, efficacia, efficienza, economicità<sup>31</sup>, buona amministrazione<sup>32</sup>, moralità amministrativa<sup>33</sup>, etica pubblica<sup>34</sup>, ecc.), ora inclusi nel principio di legalità-giuridicità<sup>35</sup>. Cioè, in questa parte dell'indagine è importante chiarire che, in entrambi gli ordinamenti giuridici, si è cercato di rafforzare il ruolo dei controlli sia esterni che interni.

In tal senso, sulla base del riconoscimento della natura giuridica dei parametri di azione diversi dalla validità, sono state reinterprete le norme costituzionali relative ai controllori esterni<sup>36</sup>, affinché le norme che si occupavano più degli organi che della funzione di controllo, fossero sviluppate (in norme di livello legale) in modo tale di, prima, attribuire ai controllori esterni i poteri adeguati; secondo, chiarire la natura del rapporto di controllo; terzo, garantire il controllo dei parametri che prima erano trascurati; quarto, stabilire le misure che corrispondevano a ciascuno dei controlli, ecc.. A sua volta, per quanto riguarda i controlli interni, è stata sottolineata la necessità di incentivare i processi di autocontrollo, con l'obiettivo di creare una rete di meccanismi interni (controlli di gestione, controllo strategico, controllo di regolarità contabile, valutazione dei dirigenti, valutazione della performance, ecc.) al fine di raggiungere tutti gli ambiti dell'attività interna di ciascuna amministrazione, di consentire alle amministrazioni di tenere sotto osservazione i diversi aspetti della gestione amministrativa e, in fine, procurare processi di continuo miglioramento e di rapporto ottimo fra risorse e risultati ottenuti<sup>37</sup>.

In entrambi i casi (controlli interni ed esterni), si intendeva rafforzare il controllo successivo sull'intera attività e, quindi, superare il modello classico di controllo sulla legittimità (essenzialmente preventivo).

Pertanto, avendo integrato e rafforzato i controlli non giurisdizionali, si potrebbe pensare che, da un lato, si siano riusciti a dissipare le pesanti ombre (storiche, teoriche, dogmatiche e normative)

---

<sup>30</sup> "Se presenta el uso indistinto de eficiencia, o eficacia o efectividad" Alfonso Chan, «El control de gestión en Colombia», *La protección jurídica de los administrados*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980, p. 253. Di solito vengono utilizzati in modo indistinto di diversi concetti (buon andamento, efficacia, efficienza, ecc.), tuttavia, ai fini di questa ricerca, si usa effettività come concetto che li ingloba tutti quanti, nel senso semplice di raggiungimento delle finalità previste, incluse l'agire legale, corretto, efficace, efficiente, economico, ecc.

<sup>31</sup> Cfr. Riccardo Ursi, *Le stagioni dell'efficienza: i paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

<sup>32</sup> Cfr. Armando Giuffrida, *Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, Giappichelli, 2012.

<sup>33</sup> Cfr. Oscar Iván Hernández Hernández, *La moralidad administrativa: derecho colectivo*, Bogotá, Dike, 2016.

<sup>34</sup> Cfr. Luciano Vandelli, «Etica pubblica e buona amministrazioni: quale ruolo per i controlli», Luciano Vandelli, Claudia Tubertini (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 11 a 26.

<sup>35</sup> Cfr. Héctor Santaella Quintero, «Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta», *La constitucionalización del derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 79 a 115.

<sup>36</sup> Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1404 a 1409.; Diego Younes Moreno, *Derecho del control fiscal y del control interno*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, p. 39 a 52.

<sup>37</sup> Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1426 a 1434.; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, p. 581 a 599.; Jorge Iván Rincón Córdoba, «El control interno como mecanismo de lucha contra la corrupción», Juan Carlos Henao Pérez, Aníbal Zárate Pérez (a cura di), *Corrupción en Colombia. corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, vol. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 471 a 490.

che derivavano dalla teoria dello Stato di diritto e, d'altra parte, che i problemi derivati dal modello tradizionale di diritto amministrativo sono stati risolti, in breve, che i problemi del monopolio giurisdizionale e della limitazione del controllo della legalità-validità sono stati superati<sup>38</sup>. In questo senso, inoltre, si potrebbe pensare che la garanzia di sottomissione del potere pubblico e dell'attività amministrativa alla legge e al diritto si sia finalmente materializzata, che ora sono garantiti attraverso una rete ampia e variegata di meccanismi di controllo, esercitata da diversi soggetti, non solo dal giudice e incluso lo stesso controllato, ora non solo focalizzata sulla legalità-validità, ma anche rivolta alla verifica del rispetto dei parametri di legalità-effettività.

Tuttavia, la realtà dimostra che le grandi aspettative non sono state pienamente soddisfatte<sup>39</sup>. Infatti, il principale indicatore di successo o fallimento dei meccanismi di controllo è la loro efficacia, che nel caso dei meccanismi non giurisdizionali è stato il loro tallone d'Achille. Sia l'attività amministrativa che i meccanismi di controllo non giurisdizionali sono costantemente accusati di non soddisfare le finalità loro attribuite, di non aver rispettato la pianificazione effettuata, di non garantire il rispetto neppure dei parametri minimi di legalità-validità e, quindi, molto meno quelli di legalità-effettività. Da questo scenario derivano innumerevoli problemi che, oltre a rimettere in discussione il modello statale come forma di organizzazione del potere pubblico, rivelano che vi sono ancora spazi dell'attività amministrativa privi di controllo (lacune o immunità), che il giudice rimane l'unico in grado (anche se non sempre lo faccia) di garantire la tutela delle situazioni giuridiche dei privati e il rispetto del diritto (obiettivo), che nell'esercizio dell'attività amministrativa si continua a privilegiare la forma, la validità (anche se non sempre rispettata) sulla sostanza<sup>40</sup>. In sintesi, che il potere pubblico non è pienamente soggetto al diritto e che i meccanismi di controllo non giurisdizionali sono inutili al fine di garantire la correzione delle deformità.

In altre parole, è evidente che sono stati introdotti cambiamenti e aggiornamenti, sia a livello teorico che normativo, tuttavia l'esercizio del potere pubblico e delle attività amministrative è lungi

---

<sup>38</sup> La Corte Costituzionale colombiana afferma che “...en la actualidad, las constituciones políticas envuelven todo un sistema plural de instrumentos de control que ya no se restringen a la legalidad en abstracto ni están reservados exclusivamente a una única autoridad, pues por su misma estructura dan cuenta de diversos medios dotados de la suficiente capacidad de contención para hacerle frente a los excesos en el ejercicio de la función atribuida a cada uno de los órganos estatales. Tan es así, que la doctrina no duda en aludir al fenómeno de la “tetradiisión del poder” para llamar la atención sobre el llamado cuarto poder como aquel referido al control, orgánica y funcionalmente disímil de los otros poderes clásicos”. C.C.c., S. SU – 431 di 2015.

<sup>39</sup> Si tratta di una lotta fra certezza e verità. “In che modo l'amministrazione debba conoscere (e, più precisamente: come e quanto, in estensione ed in profondità, essa debba accertare) la situazione di fatto sulla quale interviene, è, almeno per quanto concerne la sua impostazione di fondo, uno dei problemi più trascurati nella letteratura di diritto amministrativo, anche se -o forse: proprio perché- all'attività conoscitiva della p. A. è dedicato un assoluto capolavoro della scienza giuridica italiana del Novecento (alludo, ovviamente, al tuttora prezioso studio di Franco Levi). (...) si può ricorrere all'immagine di un moto pendolare, che dalla “ricerca della verità” si sosta verso la “produzione di certezza”, per poi, in tempi più recenti, postulare nuovamente (...) un'esigenza di “verità”. Antonio Romano Tassone, «L'amministrazione tra “ricerca della verità” e “produzione di certezza”», Enrico Follieri (a cura di), *Il diritto amministrativo nella prospettiva di un ripensamento epistemologico dei saperi giuridici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 183 e 184.

<sup>40</sup> Se “un'amministrazione pubblica seguisse, scrupolosamente e rigidamente, tutte le regole ed i principi di diritto pubblico, impliciti ed espliciti, pur non raggiungendo gli obiettivi che si era prefissata, la sua azione, paradossalmente, sarebbe considerata corretta, legittima e potrebbe perfino venire plaudita”. Sara Valaguzza, *Procuring for value: creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 44.



dall'essere pienamente sottomesso al diritto, come promesso dalle teorie che hanno modellato lo Stato di diritto. Al contrario, sembra che il modello classico di diritto amministrativo continui a prevalere, il giudice sembra essere l'unico controllore e i parametri diversi dalla legalità-validità non sono controllati efficacemente. Sia le attività amministrative che il loro controllo di tipo non giurisdizionale non producono i risultati previsti. Queste caratteristiche riflettono la realtà sia del sistema colombiano che del sistema italiano. Sembra uno scenario poco promettente, in cui, tragicamente, la bilancia si è inclinata a favore del potere, del suo abuso e, in cui, il controllo non giurisdizionale sembra destinato a essere un protagonista accessorio, che agisce in modo inefficiente, che arriva a raccogliere le ceneri del disastro.

In ogni caso, quanto sopra non potrebbe significare ignorare gli importanti progressi che sono stati fatti in ciascuno degli ordinamenti giuridici studiati in relazione al controllo delle attività amministrative. L'aggiornamento teorico e la riforma normativa, che hanno esteso la portata del controllo all'intera attività, che si concentrano sulla verifica del raggiungimento del risultato (amministrazione di risultato), che includono attori diversi dal giudice, come i controllori interni ed esterni, attualmente, ovviamente, consentono di raggiungere aree dell'attività amministrative che erano impensabili e irraggiungibili nella logica del modello classico di diritto amministrativo. È innegabile che ora il giudice non è l'unico soggetto rilevante e che il carattere giuridico, come criteri di azione amministrativa, è stato riconosciuto a parametri che oltrepassano la legalità-effettività.

Tuttavia, non è nemmeno possibile nascondere o ignorare le carenze dell'accumulo disordinato di controlli non giurisdizionali che combattono, a volte tra loro, per garantire la loro efficacia e la limitazione e razionalizzazione dell'esercizio delle attività amministrative. Carenze che non si limitano solo all'efficacia, ma si manifestano anche in altri aspetti come l'assenza di un vero sistema o una vera rete di controlli, l'assenza di un concetto che li differenzi e li raggruppi in modo coerente, l'assenza di basi teoriche comuni che fungano da catalizzatore, l'assenza di un regime giuridico comune, ecc.

Infatti, nonostante siano state introdotte importanti riforme, l'azione amministrativa e il suo controllo sembra di essere eseguiti attraverso la logica classica del diritto amministrativo, la legittimazione che forniva la teoria dello Stato di diritto è rimasta incolume<sup>41</sup>. Non importa che il modello statale abbia evoluto, l'idea che l'amministrazione agisca rigorosamente attraverso la sussunzione della legge e che qualsiasi deviazione sia controllata dal giudice sembra rimanere come un elemento centrale dei due ordinamenti studiati. Ciò ha implicato, da un lato, una sorta di presunzione di agire efficace dell'amministrazione, nel senso che l'azione legittima può essere ritenuta altrettanto efficace e, dall'altro, la conferma di ruolo del giudice, come unico controllore con capacità di produrre effetti incisivi, anche se la sua competenza è limitata, di regola, alla legalità-

---

<sup>41</sup> La teoria dello Stato di diritto è *“un poderoso vector de legitimación (...) se presenta así como una construcción ideológica que se apoya sobre un sistema jurídico de representaciones sólidamente aferradas y en el cual ella reactiva su alcance mítico”*. Jacques Chevallier, *El Estado de derecho*, (tradotto da) Oswaldo Pérez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 75.

validità<sup>42</sup>. Ciò spiega, ad esempio, che in nessuno degli ordinamenti studiati vi sia una teoria generale del controllo dell'attività amministrativa, perché in tutti e due, alla stregua dell'ordinamento francese<sup>43</sup>, il controllo correttivo continua ad essere concepito come un monopolio della giurisdizione.

A sua volta, il rafforzamento dei controlli non giurisdizionali non ha comportato il rafforzamento degli effetti giuridici che possono produrre: si cerca di raggiungere delle finalità specifiche, ma non si attribuiscono i poteri sufficienti. I meccanismi di controllo non giurisdizionale, attualmente, sono in grado di raggiungere gli ambiti che sfuggono ai controlli giurisdizionali e, inoltre, nel giudizio di conformità utilizzano parametri di legalità-effettività. Tuttavia, ancora non sono effettivi e non riescono a soddisfare le finalità attribuite. Infatti, si afferma che si tratta di controlli accessori e strumentali, di natura collaborativa e ausiliaria<sup>44</sup>: i controlli non giurisdizionali (interni ed esterni), che intendono rafforzare i classici meccanismi, si soffermano nella verifica delle difformità (controllano per decidere) e, pertanto, la sua portata è solo collaborativa, di comunicazione, di conoscenza<sup>45</sup>. Questo assetto difficilmente garantirà l'effettività dei controlli e, piuttosto, legittimerebbe, in modo assurdo, il dispotismo<sup>46</sup> e l'azione arbitraria<sup>47</sup>, poiché nel modello

---

<sup>42</sup> Ad esempio, al riguardo dei controlli degli enti locali, si afferma che “le regole sui controlli, a guardare bene, non rispondono, se non marginalmente, al principio di legalità sostanziale. Sono norme sulle competenze degli organi, sulla organizzazione formale del potere, che ha come suo centro ideale la disciplina ad uno scambio di informazioni tra enti locali ed organismi di coordinamento. Poco o nulla viene detto dei parametri, dell'oggetto, dei limiti del potere, il quale nemmeno si esplica, come abbiamo già notato, mediante un procedimento amministrativo. Ma la ragione è evidente: l'organizzazione formale è ciò che più conta”. Marco Magri, «Prospettive della legislazione italiana in materia di controllo sugli enti territoriali», Antonio Carullo, Daniele Senzani, Franco Mastragostino (a cura di), *La dimensione finanziaria nel diritto amministrativo: risorse, controlli, responsabilità*, Bologna, Bononia University Press, 2019, p. 162.

<sup>43</sup> “*De manière un peu surprenante il n'y a pas, dans la doctrine contemporaine, de théorie générale du contrôle de l'Administration. Cela s'explique par le fait que pendant très longtemps on a confiné le problème du contrôle de l'Administration au seul contrôle par le juge*”. Jean Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2015, p. 38.

<sup>44</sup> Di regola, sia i controlli interni sia i controlli esterni, si considerano accessori, ausiliari e strumentali, pertanto, i loro effetti sono collaborativi, in base alla ferma convinzione, derivata dalla tradizionale separazione dei poteri, che “ragionare diversamente significherebbe ammettere la prevalenza della funzione di controllo su quella del governo e quindi ammettere che il governo possa essere vincolato od impedito da altro organo, non più godendo, quindi, di quella *supremitas* della quale deve godere quando agisce in sede politica sotto la propria responsabilità di organo costituzionale”. Antonio Leo Tarasco, *Corte dei conti ed effetti dei controlli amministrativi*, Assago, CEDAM, 2012, p. 210.

<sup>45</sup> “Espressioni come *controllo-conoscenza* e *controllo-informazione* si riferiscono, in genere, alla finalità dei controlli, che si risolvono nel rassegnare ad altri organi (diversi da quelli, interni o esterni, di controllo) il risultato delle verificazioni eseguite: donde, appunto, la conoscenza o l'informazione che tali organi acquisiscono sull'andamento o sul risultato di attività o di gestione. In questo senso, le due espressioni sono sinonime di controllo successivo, dal momento che tutti i controlli di questo tipo hanno esiti di relazione (referto o rapporto) ad un'altra autorità e, quindi, di conoscenza-informazione a beneficio di questa”. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1393.

<sup>46</sup> “L'azione dei pubblici poteri deve essere misurata razionalmente. L'antidoto contro il dispotismo, cioè, contro l'arbitrio nell'esercizio del potere, è la ragione”. Fabio Merusi, *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 64.

<sup>47</sup> “*La ley puede y debe conceder a la Administración -en los límites en que la Constitución en cada caso lo permita, que esto es otra cuestión que también reclama un análisis cuidadoso que habrá que hacer sin demora- tanta libertad como necesite para cumplir eficazmente sus complejas tareas, pero esa libertad, cualesquiera que sean los términos que la Ley convenga darla en cada caso, vendrá siempre condicionada, en una u otra medida, por el Derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa*”. Tomás-Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 2008, p. 90.

collaborativo non vi è garanzia di correzione dei difetti riscontrati. Di questo modo, la piena sottomissione dell'attività amministrativa alla legge e al Diritto continua ad essere un mito.

Inoltre, la polisemia del termine "controllo" non è stata nemmeno attenuata o delimitata, poiché in relazione ai controlli non giurisdizionali dell'attività amministrativa si è ceduto alla multivocità. Esistono tanti concetti di controllo non giurisdizionali quante tipologie, quel termine fa riferimento a strumenti con scopi e portate diversi, quindi, inevitabilmente, il controllo ha acquisito un significato banale e ritualizzante<sup>48</sup>. Il suo uso asistemico ha finito per erodere il termine, il suo potere evocativo è stato perso, non riesce a delimitare una specifica realtà o situazione amministrativa, trasformandosi in un semplice riferimento rituale che, tuttavia, manca di contenuti specifici perché si confonde o assomiglia con azioni come la verifica, l'analisi, il monitoraggio, l'ispezione, la rendicontazione, ecc.

L'assenza di un trattamento omogeneo è quindi evidente perché, infatti, si afferma che, nonostante vi siano alcuni elementi più o meno comuni (gli elementi del rapporto di controllo: soggetti, oggetto, parametro e misura), i controlli amministrativi sono "del tutto variabili e disomogenei, da un tipo ad altro di controllo ed anche fra controlli dello stesso tipo"<sup>49</sup>. Tuttavia, questa realtà non è risentita, anzi, viene normalizzata. Non esistono ricerche in cui si chieda se sia necessario, possibile e utile, appunto, la costruzione di una base teorica comune, nel senso sistemico e dogmatico, che fornisca certezza, prevedibilità e favorisca le riflessioni coerenti.

Dunque, con intento provocatorio, si potrebbe dire, che si tratta di un altro esempio di mistificazione, in cui si sono introdotte riforme in grado di mantenere tutto allo stesso modo. In questo contesto è possibile enunciare la problematica giuridica che l'indagine intende affrontare e che può essere così sintetizzata: gli ordinamenti giuridici studiati hanno superato il modello tradizionale di controllo dell'attività amministrativa, basato esclusivamente sulla teoria dello Stato di diritto e sul modello classico del diritto amministrativo, che ha implicato il monopolio giurisdizionale e la limitazione al controllo della legalità-validità? E, se la risposta fosse negativa, rafforzare gli effetti prodotti da alcuni dei tradizionali controlli non giurisdizionali (interni ed esterni), rendendoli più incisivi e di tipo correttivo, in primo luogo, sarebbe conforme ai regimi costituzionali rispettivi e, in secondo luogo, potrebbe contribuire a risolvere le attuali carenze e a garantire il pieno controllo?

La risposta a queste domande sarà fornita, in profondità, nello sviluppo della ricerca. A questo punto si ritiene pertinente affermare, a titolo di ipotesi di soluzione, che il regime dei controlli delle attività amministrative è intrappolato nelle ombre che sono state generate nel corso della storia, che derivano dalla teoria dello Stato di diritto e del modello tradizionale di diritto amministrativo e hanno creato un modello monopolizzato dal giudice e limitato al controllo della legalità-validità. Questo modello, nonostante le riforme e gli aggiornamenti introdotti, è ancora in vigore, poiché i meccanismi di controllo non giurisdizionale, che sono precisamente chiamati a

---

<sup>48</sup> Alla stregua di quello che è successo con il concetto di "Stato di Diritto", vittima dell'effetto di moda: "*omnipresente en el discurso político, se convirtió en una de esas palabras "llave maestra", "ómnibus", con múltiples significados, sirviendo de garantía y de cobertura a los proyectos más contradictorios, por lo cual su uso tiende a banalizarse y a ritualizarse*". J. Chevallier, *El Estado de derecho...*cit., p. 13.

<sup>49</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1345.

rompere quel monopolio e garantire il controllo di parametri diversi dalla validità, non hanno raggiunto il loro compito. I suoi effetti collaborativi sono il loro tallone d'Achille.

Tuttavia, questo problema può essere risolto riconoscendo precisamente che la Costituzione, anzi, lo Stato costituzionale, richiede e abilita la configurazione di controlli correttivi non giurisdizionali, con effetti incisivi, il che non significa che tutti essi debbano acquisire tale natura. Piuttosto, significa che i meccanismi di controllo non sono soltanto una questione tecnica, ma delle istituzioni che completano il modello di Stato costituzionale. Ciò implica che all'interno del sistema di controllo deve esserci un insieme di meccanismi di natura amministrativa, caratterizzati dai loro effetti incisivi - correttivi. In tal modo si potrebbe sciogliere il monopolio giurisdizionale e controllare efficacemente i parametri di legalità-effettività. In questo senso deve essere anche rivendicata la natura di questo insieme di meccanismi che, in virtù del loro comune denominatore (finalità ed effetti incisivi), formano un'attività amministrativa autonoma, principale e differenziabile, con un concetto giuridico che identifica le caratteristiche essenziali e sottolinea i meccanismi che la compongono, oltre a verificare le deformità nell'attività amministrativa, devono garantirne la correzione: decidono per controllare. Ciò richiede la riscoperta dell'esistenza del controllo amministrativo non giurisdizionale, cercando di definirlo per trovare la sua essenza e, di conseguenza, garantire non solo la sua efficacia, ma anche quella dell'azione amministrativa.

Queste idee giustificano quindi la pertinenza del tema di ricerca e ne dimostrano l'attualità.

Orbene, per risolvere il problema giuridico e testare l'ipotesi di soluzione, la ricerca si aderisce all'idea di costruzione sistematica del diritto amministrativo, caratterizzata dall'esigenza di un'analisi permanente dell'utilità delle istituzioni vigenti<sup>50</sup>. Sebbene sia vero che non esiste un unico metodo giuridico<sup>51</sup> è anche vero che il diritto amministrativo, come tutti gli altri rami del

---

<sup>50</sup> "Sólo si se construye sistemáticamente el Derecho administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento. De este modo, la ciencia del Derecho administrativo podrá aportar una mayor transparencia en beneficio de la acción administrativa y suscitar entre los ciudadanos una más honda confianza, credibilidad y aceptación de la Administración pública y de su quehacer". Eberhard Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, (tradotto da) AA.VV., Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2003, pp. 2 e 3.

<sup>51</sup> "Il dibattito sul 'metodo', che è stato al centro della cultura del ventesimo secolo e ha permeato anche i settori nei quali una tecnica di studio sembrava più definita e stabilmente acquisita, è filtrato anche nel diritto amministrativo. Ormai non pochi autori hanno voluto richiamarsi a questo dibattito, ritenendo insufficiente fondare la loro indagine sulla base rappresentata dai criteri tradizionali di interpretazione del fenomeno giuridico. Nell'ambito del diritto amministrativo la riflessione si è indirizzata così verso il dibattito più generale sul 'metodo', che in genere è stato considerato (come si vedrà) alla luce di tre orientamenti fondamentali della cultura del Novecento". Aldo Travi, «Il metodo nel diritto amministrativo e gli "altri saperi"», *Diritto Pubblico*, fasc. 3, 2003: 865.; G. Rossi, Principi...cit., p. 45 a 47.; Silvia Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos en el derecho público», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, fasc. 31, 2015: 107 a 108.; Andreas Voßkuhle, «Sobre el método del derecho administrativo», Javier Barnes (a cura di), (tradotto da) Javier Barnes, Manuel Gámez Mejías, *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press - INAP, 2012, p. 145 a 149.

diritto, deve essere sistematizzato per generare un minimo di ordine e certezza giuridica<sup>52</sup>, soprattutto perché la questione metodologica è sempre stata al centro del suo studio<sup>53</sup>.

In questo senso, la ricerca adotta il metodo sistematico, segnato dalla premessa di conservazione -avanzamento<sup>54</sup>, in cui, attraverso l'esperienza storica delle normative colombiana e italiana<sup>55</sup>, si cercherà di rivendicare il controllo non giurisdizionale dell'attività amministrativa, proponendo un tentativo di concettualizzazione dogmatica<sup>56</sup> -non nel senso della scuola storica tedesca<sup>57</sup>-, che ruoterà attorno alla sua natura come attività amministrativa e agli effetti incisivi che i meccanismi che la integrano devono produrre. Pertanto, è necessario sottolineare che l'adozione del metodo sistematico e la pretesa di costruire un concetto dogmatico<sup>58</sup> non implicheranno l'adozione di dogmi inamovibili, ma la proposta di elementi teorici minimi che siano effettivamente collegati alla normativa<sup>59</sup>.

Pertanto, anche se vi sono delle critiche verso la concessione del diritto amministrativo come sistema, soprattutto nella dottrina italiana<sup>60</sup>, l'utilità del pensiero dogmatico rinnovato non potrebbe

---

<sup>52</sup> In relazione alle funzioni dei concetti giuridici nel diritto pubblico, che includono funzioni descrittive, classificanti, analitiche, esplicative, creative, legittimanti, prescrittive, direttive, euristiche e di ponte, si veda: Silvia Díez Sastre, *La formación de conceptos en el Derecho público: un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 144 a 151.

<sup>53</sup> “Se la questione del metodo per la scienza del diritto amministrativo è sempre stata centrale, non c'è da stupirsi che la messa in discussione del diritto amministrativo sia sopraggiunta in un momento di indubbia crisi sul piano metodologico”. Margherita Ramajoli, «L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 2, 2010: 349 a 350.

<sup>54</sup> “Nel diritto la dogmatica è sempre contemporaneamente conservazione e avanzamento: *conservazione*, in quanto il diritto deve stabilire le aspettative dei comportamenti e, a tal fine, è richiesta certezza giuridica; ma allo stesso modo essa rappresenta un *avanzamento*, in quanto deve elaborare i nuovi sviluppi del diritto e mostrare le possibili opzioni per le fasi successive”. E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 255.; E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 27.

<sup>55</sup> La comparazione di ordinamenti giuridici è importante e utile, nella costruzione sistemica del diritto amministrativo, al fine di costruire un sistema normativo in cui vi sia una connessione sinergica fra la parte generale e la parte speciale. Si veda: E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 84.

<sup>56</sup> “Per dogmatica intendo una costruzione “di istituti normativi e nessi logici, elaborati sulla base del diritto positivo, ma indipendenti dalle singole norme”. E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 255.; S. Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos...»cit., p. 126.

<sup>57</sup> Per la Scuola Storica del Diritto tedesca “*la dogmática jurídica -en su diseño originario conforme al método histórico- es incapaz de adaptarse a los cambios y la complejidad de la realidad*”. S. Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos...»cit., p. 116.

<sup>58</sup> “Comunque sia, senza soffermarsi sulle spesso sottili distinzioni fra la dogmatica applicata al “diritto dello Stato”, al diritto costituzionale e al diritto amministrativo, possiamo dire che la dogmatica applicata al diritto amministrativo presenta le stesse caratteristiche della dogmatica applicata all'intero diritto pubblico: partenza da materiali di diritto pubblico positivo, creati dallo Stato od intrinseci alla struttura dello Stato, per elaborare, in via deduttiva, concetti astratti per poi coordinarli sistematicamente fra di loro, creando così un diritto che ha una sua autonomia produttiva rispetto alla produzione legislativa o costituzionale”. Fabio Merusi, «Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo. A proposito di “Verwaltungsrechtliche Dogmatik” di Eberhard Schmidt-Assmann.», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2015: 19.

<sup>59</sup> “*La sistematización es algo que viene dado y algo que ha de hacerse. Entendida como idea ordenadora, la Parte general del Derecho administrativo no pretende erigirse en canon de las instituciones y reglas jurídicas tradicionales, sino más bien en una tarea y en un lugar de la reflexión constante y de la construcción sistemática*”. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 3.

<sup>60</sup> Negli ordinamenti colombiano e spagnolo si è accolto il pensiero sistematico e dogmatico come metodo di studio del diritto amministrativo. Si veda: E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit.; Jaime

svanire o essere messa in dubbio soltanto per il fatto del cattivo passato dell'istituto<sup>61</sup>. Infatti, parte della dottrina italiana più autorevole ha riconosciuto che il pensiero sistematico e dogmatico, come metodologia di analisi del diritto amministrativo, è utile per lo studio del diritto amministrativo italiano perché spinge ad analisi critiche su istituti consolidati oppure aggiunge nuovi elementi alle discussioni in corso<sup>62</sup>.

In questo ordine di idee, è importante sottolineare che la logica sistematica del diritto amministrativo presuppone una separazione tra la sua parte generale e la sua parte speciale, tra la parte teorico-dogmatica e la parte normativa, tuttavia, queste parti devono essere strettamente collegate per garantire il loro riscontro<sup>63</sup>. Questa annotazione è importante, in relazione alla metodologia di ricerca, poiché presuppone e richiede, fin dall'inizio, che lo studio dei controlli non giurisdizionali non deva essere ridotto all'analisi delle normative vigenti e, al contrario, richieda un'analisi sistematica, di costruzione del sistema<sup>64</sup>.

Malgrado la dottrina parli di "sistema" dei controlli non giurisdizionali, in realtà, non vi è una disciplina con logica sistemica. Al contrario, la costruzione dell'assetto normativo in vigore, sia in Colombia sia in Italia, è il risultato di risposte sconnesse alle criticità e alle problematiche congiunturali. Il diritto positivo (Parte speciale) è palesemente indietro con rispetto al dibattito

---

Orlando Santofimio Gamboa, Javier Barnes, Mónica Liliana Ibagón Ibagón (a cura di), *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

<sup>61</sup> Si afferma che la dogmatica rinnovata viene re-interpretata come metodo, non nel senso del formalismo. "Tuttavia, essa è strettamente legata a un capitolo proprio della storia intellettuale dell'area germanica. Assume l'esistenza di paradigmi, concetti, istituti, a-temporali. È stata sottoposta a molte e convincenti critiche. È stata rivisitata criticamente negli anni d'oro dello strutturalismo. Ci si può chiedere, allora, se possa essere ancora il giusto veicolo di un ripensamento del diritto amministrativo che miri a non essere meramente nazionale, aspiri a contribuire alla ricostruzione di uno spazio europeo della cultura giuridica". Sabino Cassese, «Un nuovo corso del diritto amministrativo? A Proposito di "Verwaltungsrechtliche Dogmatik" di Eberhard Schmidt-Assmann», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2015: 27.

<sup>62</sup> L'utilità dell'uso di una metodologia dogmatica trova anche posizioni favorevoli nel diritto italiano. Infatti, si afferma che "la destrutturazione dei sistemi giuridici, la loro rapidissima mutevolezza, l'apertura reciproca e la complessità spesso disordinata che ne deriva, rendono oggi ancora più prezioso l'impiego di una tecnica rigorosa di strutturazione e razionalizzazione del dato giuridico. Tanto più preziosa in quanto non sia più chiusa in sé stessa, ma aperta a includere, oltre lo specifico giuridico, dati di altre scienze, elastica nella definizione del suo oggetto e proiettata a obiettivi di sempre maggiore concretezza ed effettività". Daria de Pretis, «Una dogmatica "riformata" del diritto amministrativo. A proposito di "Verwaltungsrechtliche Dogmatik" di Eberhard Schmidt-Assmann.», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2015: 16.; M. Ramajoli, «L'esigenza sistematica...»cit., p. 379 a 388.

<sup>63</sup> "El pensamiento sistemático se nutre y descansa sobre la idea de la separación de la Parte general y de la Parte especial. Algo análogo sucede en los distintos ordenamientos nacionales. De ahí que cuando se habla de administrative law o de droit administratif se hace referencia en realidad a las respectivas Partes o Teorías generales del Derecho administrativo, mientras que cuando se quiere aludir a la Parte especial se designa el sector correspondiente (Derecho urbanístico, Derecho del medio ambiente o Derecho fiscal, por ejemplo). Su se pretendiera encerrar en un marco conceptual unitario la Parte general y especial del Derecho administrativo alemán, habría que subrayar la recíproca interacción e interrelación de ambas esferas. Ello significa, en suma, que no estamos ante una mera división o una fría separación de materias, sino, por el contrario, ante la manifestación de un complejo entramado interno". E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...*cit., p. 10.

<sup>64</sup> "La comprensione della disciplina del controllo, come si diceva, non può passare attraverso solo l'esegesi delle norme che specificamente lo riguardano, ma anche attraverso gli elementi sistematici: i presupposti e le ricadute della riforma e, più in generale, la trasformazione della pubblica amministrazione. Già il Forti, quasi un secolo fa, ci ricordava che il controllo ha bisogno di essere collocato nel sistema delle relazioni tra gli enti". M. Cammelli, «Riforme amministrative...»cit., pp. 8 e 9.

teorico, in cui ai meccanismi di controllo non giurisdizionali si sono attribuiti delle finalità specifiche, che richiedono di poteri adatti. Ciò mette in luce la sconnessione sistemica fra la parte generale e speciale nella disciplina oggetto dell'indagine.

Infatti, gli studi dottrinali sulla attività di controllo, in genere, sono indirizzati immediatamente, in dettaglio e in profondità, alla descrizione dei meccanismi di controllo, in base alle previsioni normative. Questo si può verificare al ripassare, sommariamente, i principali testi della dottrina italiana e colombiana nella materia. Dunque, l'assenza di uno studio detenuto e critico delle basi in cui si fonda l'attività di controllo non giurisdizionali, magari per la convinzione che siano complete e perfette oppure che non ne abbiano bisogno di analisi o revisione, genera che i diversi meccanismi, nonostante il suo profondo sviluppo normativo e gli aggiornamenti continui, non riescano a migliorare l'attività amministrativa e il buon andamento delle pubbliche amministrazioni.

Dunque, sulla base della prospettiva di conservazione - avanzamento si tenterà di proporre gli aggiustamenti<sup>65</sup> pertinenti al fine di rendere utili i meccanismi di controllo non giurisdizionali, utilità determinata dalla materializzazione della garanzia di pieno controllo dell'attività amministrativa. Questo implica che la riflessione intrapresa nell'indagine sarà centrata nell'effettività, e non solo nella costruzione teorica, legale e astratta. A tal fine sarà determinante l'analisi di specifiche risultanze dei controlli non giurisdizionali, poiché lo studio sistematico e completo sull'effettività dei meccanismi di controllo amministrativo richiede proprio l'analisi degli esiti ottenuti in pratica<sup>66</sup>.

Con questa metodologia si cercherà di soddisfare la pretesa di avvicinarsi, almeno in parte, alla concretizzazione del modello ideale dei controlli non giurisdizionali<sup>67</sup>. Pertanto, si vuole che la ricerca, nonostante con un supporto teorico, dogmatico e storico, abbia utilità pratica, che oltre a identificare le problematiche fornisca spunti per la loro soluzione. Ciò significa che la proposta concettuale dovrà avere influenza effettiva nella pratica quotidiana del controllo dell'attività amministrativa<sup>68</sup>. Lo scopo non è altro che garantire la connessione fra la Parte generale e la Parte

---

<sup>65</sup> "Il sistema dei controlli amministrativi (il numero di questi e le loro specie, la loro dislocazione in capo alle diverse autorità, i loro effetti) dovrebbe essere costantemente aggiornato, sia per adeguarlo alle mutevoli caratteristiche dei singoli settori, sia per assicurare la persistente utilitas ai fini dell'azione amministrativa ed all'esigenze che essa si svolga secondo i principi costituzionali dell'imparzialità, dell'efficienza, dell'economicità e dell'efficacia (art. 97 cost)". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1344.

<sup>66</sup> "Insisto, quindi, sulla necessità che la pratica amministrativa (la si chiami come si vuole: esperienza, prassi, normazione interna, condotta amministrativa – anche se ognuno di questi termini ha significati diversi) sia al centro della riflessione giuridica, non sia messa da parte come fatto puramente sociale o fattuale, rilevante per sociologi, politologi, cultori di scienza dell'amministrazione. Uno dei maggiori sviluppi della scienza del diritto pubblico degli ultimi trentacinque anni è costituito dalle indagini empiriche sull'effettività dei meccanismi di controllo amministrativo e sul rispetto delle regole". S. Cassese, L. Torchia, *op.cit.*, p. 19.

<sup>67</sup> "Si dice da molti che ogni struttura di ordinamento generale è permanentemente in fase di transizione. Meglio però si direbbe che è in divenire, in ciascun tipo di struttura esistendo il tipo ideale che si vorrebbe conseguire". Massimo Severo Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, p. 135.

<sup>68</sup> "Lo studioso di diritto amministrativo dovrebbe conoscere e studiare le pratiche amministrative, che sono il vero diritto amministrativo, senza lasciarle come patrimonio proprio alla scienza dell'amministrazione (come sta avvenendo in Francia, dove nella fase iniziale scienza e pratica erano legate, poi, a causa della critica liberale al diritto amministrativo, il diritto amministrativo si è allontanato dalla pratica)". S. Cassese, L. Torchia, *op.cit.*, p. 18.

speciale del regime dei controlli non giurisdizionali, e si spera che non sia una pretesa vuota<sup>69</sup>, anzi, che alla fine della ricerca si possa verificare l'adempimento, almeno in parte, del riferito scopo.

Comunque, si deve sottolineare che nel contesto del metodo dogmatico il risultato, concettuale o meno, dipenderà e cambierà a seconda del fenomeno normativo-positivo<sup>70</sup> da cui parte<sup>71</sup>. Ciò significa che il presente indagine tenterà di fare un esercizio di astrazione che coinvolga il diritto positivo sia dell'ordinamento italiano sia dell'ordinamento colombiano. Insomma, la ricerca segue fedelmente un filo conduttore: la creazione di un vero sistema di controlli dell'attività amministrativa dovrà permettere di soddisfare pienamente le aspettative messe in ogni meccanismo, addirittura, in tal modo essi potrebbero anche fornire supporto e collaborazione ad attività e meccanismi che non rientrano nel campo concettuale dei meccanismi studiati<sup>72</sup>, come la lotta alla corruzione<sup>73</sup>, in cui potrebbero generare effetti indirettamente nella sua riduzione e prevenzione.

Finalmente, alla luce di quanto detto e secondo la metodologia spiegata sopra, si ritiene necessario presentare lo schema formale di questo documento, che sarà composto da tre capitoli. Il Capitolo I analizzerà l'emergere e il consolidamento del monopolio giurisdizionale del controllo dell'attività amministrativa, al fine di dimostrare che si tratta di un modello ancora in vigore, pieno di difetti e limitazioni, che lascia spazi sprovvisti di controllo e che produce diverse conseguenze negative. In questo senso, verrà dimostrato perché l'incursione di nuovi controllori (controlli non

---

<sup>69</sup> “Dichiarazioni dello stesso genere si trovano negli scritti dei cultori del diritto amministrativo, che tuttavia continuano imperterriti a coltivare gli stessi generi, a lavorare sulle norme, a costruire castelli di concetti, invece di chiedersi se commenti e monografie siano idonei allo stato presente e ai bisogni di domani; continuano a tener d'occhio soltanto le norme, non il contesto e l'ambiente in cui esse sono nate, né il vero diritto amministrativo, quello che viene prodotto dall'amministrazione stessa, anche applicando norme; continuano a contare solo sugli strumenti concettuali del costruzionismo proprio della tradizione dogmatica”. *Ibidem*, p. 20.

<sup>70</sup> Vi sono posizioni che, addirittura, sollevano la possibilità di fare studi sulle nature delle cose che riguarda il diritto amministrativo, “ma prescindendo dal prisma della legge, o tenendo conto solo in modo secondario”, come nel diritto europeo. Si veda: *Ibidem*, pp. 19 e 20.

<sup>71</sup> “Il metodo dogmatico, vecchio o nuovo che sia, produce risultati diversi se è diverso il fenomeno di diritto positivo dal quale parte il deduttivismo metodologico dogmatico”. F. Merusi, «Divagazioni su di una pretesa...»cit., p. 20.

<sup>72</sup> Il rispetto dei parametri d'azione da parte dei dipendenti pubblici è considerato etica pubblica. In questo senso, “L'etica pubblica (...) è definita come l'insieme dei principi e delle norme di comportamento corretto in senso all'amministrazione pubblica (...) da una parte i fenomeni di corruzione sicuramente confliggono con principi dell'etica pubblica (e perciò laddove c'è corruzione non c'è etica pubblica), ma, dall'altra parte, apparati anche non corrotti, possono ciò nondimeno nel loro concreto funzionamento, e anche nel comportamento dei singoli agenti, non rispondere nella loro azione ai principi dell'etica pubblica”. Vincenzo Cerulli Irelli, «Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative», Luciano Vandelli, Claudia Tubertini (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli*, Milano, Franco Angeli, 2009, pp. 28 e 29.

<sup>73</sup> Sono parecchie le fonti, dottrinarie, giurisprudenziale, e giornalistiche che spiegano la crisi di efficienza, efficacia, ed economicità dell'attività amministrativa, collegati come cause, con fattispecie, in più delle volte, di corruzione. Si veda: Carolina Isaza Espinosa, Juan Carlos Henao Pérez (a cura di), *Corrupción en Colombia. corrupción, política y sociedad*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018; Juan Carlos Henao Pérez, Anibal Zárate Pérez (a cura di), *Corrupción en Colombia. corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, vol. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018; Carlos Guillermo Castro Cuenca, *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, 2017; Hermes Tovar Pinzón, *Corrupción: metáfora de ambición y deseo*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016; Marco D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017; Emanuela Ceva, «Le dimensioni della corruzione. Una prospettiva filosofica», *Notizie di Politeia: Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, fasc. 129, 2018, p. 3 a 67.; Monica Delsignore, Margherita Ramajoli, «La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2019, p. 61 a 77.



giurisdizionali interi ed esterni) non è riuscita a dissolvere il monopolio e, al contrario, lo ha rafforzato. In base a ciò, verrà presentata la proposta che consentirebbe l'effettivo scioglimento di tale monopolio e l'assunzione di controlli non giurisdizionali come effettivi meccanismi di controllo correttivo.

A sua volta, nel successivo Capitolo II, da un lato, saranno analizzati l'emergere e il consolidamento del modello di controllo dell'azione amministrativa limitato al controllo dei parametri riferiti alla legalità-validità e alla mera verifica della violazione dei parametri di legalità-effettività, efficacia, al fine di dimostrare che si tratta anche di un modello ancora in vigore, che lascia i parametri relativi alla legalità-effettività privi di un controllo efficace. D'altra parte, saranno esposte le ragioni che concretizzerebbero di realizzare effettivamente un modello di controllo pieno, in cui i controlli non giurisdizionali hanno un ruolo fondamentale, in quanto verrà dimostrato come la loro natura giuridica li consenta di raggiungere le aree vietate al giudice e, quindi, contribuire efficacemente alla garanzia di limitazione e razionalizzazione dell'attività amministrativa.

Infine, il capitolo III, alla luce degli elementi derivanti dai capitoli precedenti e avendo dissipato le ombre che si posano sul modello di controllo in vigore, esporrà la proposta di rivendicazione e ricostruzione dei meccanismi di controllo non giurisdizionale, al fine di dimostrare che il modello di Stato costituzionale e, naturalmente, le attuali norme costituzionali dei paesi studiati, permettono e richiedono la previsione di un insieme di controlli non giurisdizionali i cui effetti siano incisivi e correttivi, che, in virtù degli scopi perseguiti, costituiscono un'attività amministrativa autonoma e principale. In tal modo si proporrà un modello di costruzione sistematica di tali meccanismi di controllo, che consentirà di ridefinirne la natura giuridica e il regime giuridico. Inoltre, si cercherà di dimostrare che i meccanismi che conformino, secondo l'ordinamento specifico, l'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa non possono avere effetti collaborativi, non sono strumenti che si usano per prendere decisioni e, al contrario, devono essere dotati di effetti incisivi-correttivi (diretti, concreti e certi), attraverso i quali si decide come forma di controllo.

In questo modo si potrebbe garantire che, nella pratica, i risultati ottenuti da questo tipo di meccanismi di controllo soddisfino le aspettative che generano e, soprattutto, che soddisfino le finalità perseguite e contribuiscano a garantire che l'attività amministrativa sia, quantitativamente e qualitativamente, pienamente sottomessa al diritto.

# CAPITOLO I. DAL MONOPOLIO GIURISDIZIONALE DEL CONTROLLO AMMINISTRATIVO ALLA CO-TITOLARITÀ CON IL CONTROLLO AMMINISTRATIVO NON GIURISDIZIONALE

## Premessa

Questo Capitolo pretende dimostrare una premessa ed esporre alcune idee per la sua analisi critica: sia nell'ordinamento colombiano sia in quello italiano, il giudice si erge come il controllore naturale e, tendenzialmente, unico dell'azione amministrativa. Vi è un monopolio nelle sue mani, non evidente, ma che comporta la notoria ineffettività dell'intero sistema di controlli, verificabile dal semplice fatto che le criticità rilevate-controllate continuano ad accadere sistematicamente, anzi, si moltiplicano. Il monopolio costituisce la conseguenza delle ombre che, dopo di essere rilevate, devono essere dissipate.

Sono diverse le regioni di tipo storico, teorico, normativo che spirano e spiegano l'attuale modello di controllo amministrativo negli ordinamenti studiati, cui baricentro è il controllo giurisdizionale. Anche se la teoria e le norme prevedono una pluralità di controlli e controllori, la pratica quotidiana dimostra il contrario, il giudice esercita una sorta di monopolio. Si evidenzia come sia stata interiorizzata, e sia rimasta ancorata, a volte senza accorgersi oppure senza essere evidente, una errata assimilazione fra il giudice della funzione amministrativa e il controllo amministrativo che deve essere messa in evidenza e smontata, con lo scopo di dimensionare veramente la natura dell'attività di controllo, fornire utilità effettiva ai meccanismi non giurisdizionali e cercare di attuare appieno la garanzia di controllo dell'attività amministrativa. Gli elementi derivati dalla teoria dello Stato di diritto e la triade strutturale del modello tradizionale del diritto amministrativo hanno oscurato il modello di controllo, e lo hanno condannato all'impostazione classica (solo in apparenza superata) dove il giudice costituisce il controllore naturale dell'azione amministrativa; immagine che si è confermata perché in pratica solo esso riesce a soddisfare, appunto, le finalità attribuite al controllo. Si tratta di un ottimo caso - esempio di sconnessione fra la Parte generale del diritto amministrativo e quella speciale.

Il monopolio giurisdizionale del controllo è, magari, percepito da una gran parte dei soggetti interessati e coinvolti (giudici, avvocati, dottrinari, legislatore, studiosi in genere), tuttavia sembrano non voler ribaltare lo *status quo*. Piuttosto, la soluzione alle conseguenze negative del monopolio giurisdizionale si cerca trascurando questo fatto, cioè, tramite l'introduzione di riforme congiunturali e asistemiche, che palesemente non sono in grado di risolvere le patologie di inefficacia, lacune e le immunità di controllo propri dell'attuale assetto. Inoltre, quelli che rigettano il monopolio riferito si servono delle riforme normative e li presentano come argomenti definitivi al riguardo dell'attribuzione non concentrata del controllo, in soggetti diversi dal giudice (vi sono altri tipi di controllo, non solo i giudici hanno competenze del genere, ecc.).

Perciò, nella convinzione che la critica al monopolio giurisdizionale non sia certo capricciosa, non venga affermata per caso e tantomeno sia derivata da una ipotetica preferenza di chi scrive per una visione giudiziale dei rapporti tra amministrazione e cittadino, occorre mettere

in luce gli argomenti che la spieghino: essa obbedisce alla prevalenza della logica tradizionale nel controllo dell'azione amministrativa derivata dal principio di separazione dei poteri pubblici, dagli effetti derivati delle sentenze giudiziali, dalla legittimazione acquisita dal giudice, dal ruolo dell'amministrazione e del giudice nella dogmatica classica e del modello tradizionale del diritto amministrativo, tra gli altri. Insomma, ignorare questa realtà genera numerosi problemi perché attenua, per non dire che elimina, l'obbligo di autocontrollo di tutti coloro che esercitano un'attività amministrativa e, *di fatto*, attribuisce al giudice amministrativo un monopolio del potere di controllo che non è nemmeno stato attribuito dall'ordinamento giuridico, ma che è ritenuto come se lo fosse, da parte del resto degli attori giuridici.

Insomma, rivelare le cause del monopolio permetterà mettere in luce una delle ombre che oscurano l'attuazione del controllo amministrativo e, di conseguenza, evidenziare i vuoti e le immunità di controllo del regime in vigore. Da un canto, i controlli giurisdizionali producono effetti diretti, concreti e certi solo *ex post*, in casi specifici e al riguardo, in genere, di atti amministrativi (formali) e non di attività complessive. Dall'altro canto, i controlli non giurisdizionali, di solito, non producono gli effetti del genere (né *ex ante* né *ex post*), nemmeno quando l'assetto normativo e teorico glieli permette (autotutela e ricorsi amministrativi). Le lacune di controllo -quelli spazi immuni o sprovvisti di controllo giurisdizionale- o gli ambiti in apparenza controllati -quelli spazi in cui i controlli sono solo in grado di produrre effetti indiretti, incerti e contingenti- continueranno ad essere le patologie croniche (a lunga durata e progressione generalmente lenta) e degenerative dell'intero sistema del diritto amministrativo. Pertanto, il percorso di innovazione nella disciplina dei controlli amministrativi deve prevedere, in logica sistematica, un ruolo altrettanto naturale, e in linea con l'evoluzione teorica e dogmatica, dei meccanismi di controllo non giurisdizionali, al fine di fornire una possibile soluzione agli ambiti immuni o sprovvisti di controllo. Altrimenti la pretesa di controllare effettivamente l'attività amministrativa sarà sempre un'utopia, insostenibile nei tempi in cui la semplice sottomissione all'ordinamento si è svelata come una garanzia incompleta.

Solo in questo modo, cioè, a partire dal rilievo delle ombre derivate dal monopolio del giudice, non sempre visibili, sarà possibile occuparsi della sua dissipazione, ovvero, di smontare l'identificazione – monopolio fra controllo amministrativo e giudice e, così, sui binari della logica sistemica del diritto amministrativo, cementare il terreno per la proposta di attribuzione di co-titolarità con il controllo non giurisdizionale, per cercare di colmare le lacune ed eliminare le immunità. In questo contesto, con lo scopo di presentare la proposta di scioglimento del monopolio giurisdizionale e di reimpostazione dei termini del rapporto con il controllo amministrativo non giurisdizionale, sulla base dell'attribuzione di effetti diretti, concreti e certi, al fine garantire la pienezza del controllo, cioè, la sottomissione all'ordinamento dell'intera attività amministrativa e la sua effettività (III), sarà necessario mettere in luce (dimostrare) l'esistenza dell'accennato monopolio, vale a dire, le ragioni del perché, sebbene non sia del tutto evidente, il giudice della funzione amministrativa (sia amministrativo oppure ordinario) pian piano ha assunto il ruolo di controllore naturale e monopolista dell'azione amministrativa, generandosi la segnalata identificazione (I), per dopo passare a mettere in luce le lacune e le immunità di controllo derivate da questo modello monopolizzato dal giudice, al fine di rilevare le conseguenze negative della pesante ombra e demistificare la pienezza del controllo (II).

## **Sezione I. Percorso di nascita e consolidamento dell'identificazione-monopolio del controllo amministrativo con il giudice della funzione amministrativa: la fonte dell'ombra**

La premessa di base è semplice e tende a contestare un “mito” del diritto amministrativo vigente: il controllo dell'attività amministrativa non è affatto pieno e nemmeno affidato a diversi soggetti, anzi, pian piano si è formato un monopolio da parte del giudice della funzione amministrativa (giudice amministrativo e ordinario<sup>74</sup>), il quale viene ritenuto come il *controllore* naturale ed esclusivo degli atti amministrativi e, in modo generico, delle attività amministrative<sup>75</sup>.

Dunque, l'obiettivo della Sezione è spiegare le ragioni storiche, teoriche e normative della detta identificazione e, soprattutto, malgrado le apparenze, le ragioni della sua sopravvivenza o prevalenza. Di conseguenza, si spiegherà perché, sebbene gli ordinamenti positivi colombiano e italiano abbiano previsto e attribuito meccanismi denominati “controlli amministrativi” a carico di organi diversi dai giudici, infatti, nella pratica quest'ultimo costituisce il controllore effettivo e reale, addirittura l'unico, dell'attività amministrativa. Tutto ciò in virtù, fra l'altro, dei riflessi della teoria dello Stato di diritto, principalmente del principio di separazione dei poteri pubblici, e della conseguente conferma normativa e pratica dello schema teorico, essenzialmente per la potenzialità di produzione di effetti diretti, concreti e certi da parte dei meccanismi di controllo giurisdizionale, caratteristica mancante in tutte le tipologie non giurisdizionali.

Per spiegare e provare la denominata fonte dell'ombra del monopolio giurisdizionale del controllo amministrativo, sarà necessario, prima, illustrare i percorsi storici, teorici e normativi che, nonostante abbiano spunti particolari nel diritto colombiano e italiano, hanno portato allo stesso traguardo di prevalenza del giudice nei confronti del controllo (1), per dopo spiegare come, prodotto dell'evidenziato monopolio, altresì in tutti e due ordinamenti, il modello tradizionale del diritto amministrativo e le previsioni normative al riguardo hanno fornito conferma al monopolio accennato, attraverso l'attribuzione di competenza al giudice, pian piano allargate, nel tentativo di coprire l'intero spettro dell'attività amministrativa (2). Alla fine, in termini di chiusura del cerchio della dimostrazione del monopolio, si spiegherà come la pratica quotidiana dei controlli giurisdizionali ha comportato l'acquisto di una profonda e forte legittimazione del giudice, derivata dalla potenzialità di produzione concreta e diretta di effetti giuridici sull'oggetto controllato (3).

---

<sup>74</sup>Addirittura, la magistratura complessivamente ritenuta, perché in questo ruolo di controllo dell'agire amministrativo la dottrina ritiene che rientri anche il giudice penale. “... peculato, malversazione e simili (...) sono significativi non solo in sé, in quanto violazione delle norme che regolano l'agire amministrativo per l'inquinante azione di interessi esclusi dalla prescrizione legislativa, ma per la funzione loro affidata dalla magistratura di strumenti di controllo delle disfunzioni amministrative. L'azione penale basata su questi reati, dunque, ha finito per svolgere un crescente ruolo di supplenza rispetto alle plateali carenze dei controlli «ordinari»” Marco Cammelli, «Mezzogiorno e sistema amministrativo: le istituzioni della diversità», *Rivista Meridiana*, vol. 4, 1988: 108.

<sup>75</sup>“È tradizionale, non solo in Italia, la configurazione della giurisdizione amministrativa in termini di “controllo” giudiziale nei confronti della pubblica amministrazione.” Sabino Cassese, *Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la Funzione Pubblica, 1993, p. 60.

## **1. Formazione, lenta e impercettibile, a livelli teorico e dogmatico del monopolio giurisdizionale del controllo dell'attività amministrativa: lo Stato di diritto e la separazione dei poteri pubblici**

Sia nell'ordinamento giuridico colombiano che in quello italiano vi è una pesante ombra sul regime teorico del controllo amministrativo, che ha comportato la consolidazione di un dogma secondo cui il controllo dell'azione amministrativa si identifica con il giudice. Tuttavia, e di sicuro, subito si alzerebbero voci e argomenti indirizzati a contestare la riferita ombra. Perciò, occorre iniziare con la spiegazione della sua formazione e consolidazione, al fine di accertare la premessa, o perlomeno, mitigare i suoi punti di possibile rottura. È chiara che qualsiasi indagine che abbia la pretesa di costruzione o caratterizzazione teorica, coniugando l'esperienza di due ordinamenti giuridici diversi non si può limitare alla superficie, anzi, si deve fondare in un certo livello di profondità per rintracciare gli spunti particolari e determinanti di ogni sistema giuridico perché sono, appunto, quelli spunti storici i fattori che determinano e spiegano l'assetto attuale<sup>76</sup>. Su questi binari, si anticipa, i diversi percorsi delle discipline di controllo amministrativo in Colombia e in Italia, con tutte le sue particolarità, portarono lenta e impercettibilmente allo stesso traguardo di monopolio del giudice.

In questo senso, sono diverse le ragioni storiche, anzi, interpretazioni dei fatti storici<sup>77</sup>, per cui il giudice, in genere, essendo concepito come la personificazione del potere giudiziale, riveste il monopolio del controllo amministrativo, cioè, è ritenuto, persino ad oggi, come il controllore vero e proprio della pubblica amministrazione o, meglio, delle attività amministrative. Tuttavia, in virtù dell'influenza determinante nell'assetto odierno del controllo dell'attività amministrativa, si ritiene che gli influssi derivati della teoria dello Stato di diritto, principalmente il principio di separazione dei poteri pubblici, costituiscano il fondamento teorico della formazione e consolidamento del monopolio accennato.

La teoria dello Stato di diritto o, meglio, il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato di diritto fu un gran passo avanti rispetto alle garanzie di controllo del potere pubblico, in particolare la sottomissione di quest'ultimo alle regole del diritto e la garanzia del controllo giudiziario, presupposti che hanno influenzato profondamente l'esercizio delle diverse funzioni dello Stato, compresa la funzione amministrativa<sup>78</sup>. Tuttavia, nonostante le trasformazioni del modello di Stato,

---

<sup>76</sup> Molto importate e pertinente è l'appello fatto nella dottrina spagnola nel senso che *“si es cierto en general que el Derecho es, ante todo y sobre todo, vida, es decir, contradicción, diálogo, conflicto, y que por ello sólo puede comprenderse históricamente, lo es en mucha mayor medida todavía u de forma mucho más tangible en esa parte del Derecho que apellidamos de Público, porque en ella la confrontación, el diálogo y el conflicto se producen entre el individuo y el Poder, entre los gobernantes y los gobernados, que es la suma divisiva, la última y gran verdad que llena (...) todo el escenario”* Tomás-Ramón Fernández, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005, p. 14.

<sup>77</sup> Dato che i fatti e la sua interpretazione sono due cose diverse. L'interprete legge i fatti storici secondo delle idee precedentemente acquistati e secondo un programma teorico. Perciò, il principio di separazione dei poteri pubblici e la graduale ampliamento della competenza del giudice amministrativo sono stati letti sotto una logica più o meno uguale negli ordinamenti giuridici colombiano e italiano. Si è raccontata una storia semplice, che pochi mettono in dubbio.

<sup>78</sup> Jacques Chevallier, *El Estado de derecho*, (tradotto da) Oswaldo Pérez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 87 a 99.

e forse impercettibilmente, l'influenza e la rigidità originali dei questi presupposti teorici si sono perpetuato, diventarono dogmi<sup>79</sup> immutabili e hanno fornito la base teorica di legittimità<sup>80</sup> del monopolio nell'esercizio del controllo da parte dei giudici, che dopo la prassi ribadirebbe. Di sicuro sono diverse le ragioni che, derivati dall'originale teoria dello Stato di diritto, hanno agevolato e contribuito alla formazione, sviluppo e consolidamento del monopolio giurisdizionale sul controllo dell'azione amministrativa. Tuttavia, il principio di separazione dei poteri pubblici o, meglio, la sua lettura classica, costituisce l'elemento più determinante al riguardo.

Esso non ha un'origine univoca<sup>81</sup>, al contrario, si tratta della coniugazione di teorie ed elementi concettuali provenienti da fonti numerosi e diverse<sup>82</sup>. Comunque sia, per ragioni del contesto storico e ideologico<sup>83</sup> la dottrina maggioritaria ha situato in Francia l'ordinamento giuridico in cui l'accennato principio trovò le condizioni favorevoli per svilupparsi e rispondere alla necessità di, secondo la stessa dottrina, separare l'esercizio del potere pubblico<sup>84</sup>, anzi la specializzazione assoluta delle funzioni, un'esclusività organica del suo esercizio e un completo isolamento tra di loro<sup>85</sup> e, al contempo, la totale sottomissione del potere pubblico alle regole giuridiche, in particolare quelle emanate dal legislatore, il che implicava l'obbligo di esercitare le attività amministrative secondo la legge positiva prestabilita<sup>86</sup> e la garanzia di protezione giurisdizionale dei privati. Questo modello, sebbene sia nutrito dalle vicende proprie della società

---

<sup>79</sup> Non nel senso di dogmatica accolto nell'indagine (Möllers e Schmidt-Aßmann), ma proprio nel senso della Scuola Storica del Diritto tedesca, per cui *“la dogmática jurídica -en su diseño originario conforme al método histórico- es incapaz de adaptarse a los cambios y la complejidad de la realidad”*. S. Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos...»cit., p. 116.

<sup>80</sup> Così, lo Stato di diritto, come idea teorica, è ritenuto come un *“vector de dominación: jugando como argumento de autoridad en el debate político y sirviendo para sentar la legitimidad de los gobernantes”* J. Chevallier, *El Estado de derecho...cit.*, p. 12.

<sup>81</sup> Cfr. Angelo Rinella, «Forme di governo», Paola Bilancia, Eugenio De Marco (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica: le istituzioni e la società*, Assago, Wolters Kluwer, 2018, p. 61 a 64.

<sup>82</sup> A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»cit., p. 76 a 81.

<sup>83</sup> Al riguardo, sia la dottrina colombiana che quella italiana concordano sul fatto che il contesto storico e culturale francese abbia propiziato l'attuazione della separazione dei poteri e la nascita della giurisdizione amministrativa. Si veda: Alberto Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 21 a 23.; J.O. Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I...cit., p. 246 a 253.; F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 4 a 7.; Domenico Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 505 a 509.

<sup>84</sup> Secondo la classica lettura dello Spirito delle Leggi di Montesquieu *“À partir d'une lecture isolée de la sentence que prononce MONTESQUIEU: « tout serait perdu si le même homme ou le même corps exerçait ces trois pouvoirs », la doctrine a formulé une théorie d'une séparation des pouvoirs, et non d'une simple différenciation des pouvoirs, constituant par-là l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs (...)”* A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»cit., p. 78.

<sup>85</sup> *“Il s'agit de la version classique de la «séparation» des pouvoirs ou celle de l'«interprétation séparatiste», connue au XVIIIe siècle comme une «séparation absolue ou rigoureuse des pouvoirs»”* Ibidem.

<sup>86</sup> Vi è un insieme di amministrazioni che devono soltanto agire, e non controllarsi (amministrazione attiva), poiché vi sono delle amministrazioni apposite per quel compito (amministrazione di controllo). In questo senso, si afferma che *“si è formata in epoche meno remote l'idea che la decisione debba essere sottoposta a un controllo: ossia che l'attività di amministrazione attiva debba essere doppiata da un'attività di controllo”*. G. Corso, *Manuale...cit.*, p. 17; Marcello Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 105.; Antonio Carullo, «Diritto amministrativo», Luigi Arcidiacono, Antonio Carullo, Giovanni Rizza (a cura di), *Istituzioni di diritto pubblico*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 277.

francese, è stato esportato e ha influenzato i modelli italiano e colombiano, in logica della “convergenza progressiva” fra ordinamenti.

In Francia, alla fine del secolo XVIII, è stato raccolto dalle norme giuridiche un modello rigido di separazione fra funzioni giudiziarie e amministrative, secondo il quale i giudici non potevano “troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs”<sup>87</sup>, idea che ha irradiato la Costituzione francese di 1790<sup>88</sup> e, perciò, nella visione classica della separazione dei poteri, ogni corpo doveva esercitare esclusivamente una delle funzioni: in genere, legiferare, giudicare o eseguire<sup>89</sup>, secondo la tradizionale lettura dello “Spirito delle leggi” di Montesquieu. Inoltre, in base a quest’impostazione si potrebbe spiegare l’idea che “juger l’administration c’est aussi administrer”<sup>90</sup> per cui, l’agire amministrativo, collegato all’interesse generale, doveva essere controllato dalla medesima pubblica amministrazione<sup>91</sup>. Quindi, è un’idea più o meno pacifica ritenere che nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto si abbia generato, prima, una delimitazione del potere e, dopo, una assegnazione (conferimento) di poteri appositi<sup>92</sup>. Una parte del potere pubblico, essendo indivisibile, è assegnato a soggetti distinti, tradizionalmente i tre accennati, oppure, ritenendo il potere pubblico divisibile, sono assegnate diverse funzioni a soggetti distinti<sup>93</sup>. Comunque sia, l’idea teorica che emergeva portava implicito il fatto che il giudice controllava l’attuazione della legge che faceva, prima, il potere esecutivo e, dopo, la pubblica amministrazione<sup>94</sup>.

---

<sup>87</sup> Attraverso l’art 12 della L. del 16 e 24 agosto 1790 sull’ordinamento giudiziario, la che riprende l’editto di *Saint Germain*. Norma che costituisce la terza conferma della separazione delle autorità amministrative e giudiziarie. Andrés Fernando Ospina Garzón, *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 27.

<sup>88</sup> “La giurisdizione dei tribunali ordinari (in materia di diritto privato); la giurisdizione dei Consigli di Prefettura (rispetto alle controversie inerenti all’esercizio dei pubblici poteri) e del Consiglio di Stato (circa la legittimità dei provvedimenti ministeriali, l’impugnativa delle pronunce dei Consigli di prefettura e i conflitti tra tribunali e pubblica amministrazione); e, infine, la giurisdizione della Corte dei Conti (in materia contabile)” F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 5.

<sup>89</sup> La Costituzione colombiana prevede la separazione del potere fra potere esecutivo, potere legislativo e potere giudiziale. A sua volta, in Italia si ritiene che la Costituzione italiana distingua due poteri (art. 70 e 120), il legislativo e il giudiziale, ma non si prevede né la creazione né l’attribuzione del potere esecutivo. S. Cassese, *Derecho administrativo...cit.*, p. 350.

<sup>90</sup> Occorre chiarire la portata della premessa, il che contribuisce a spiegare la storica identificazione del giudice col controllo amministrativo: “*La traducción de la expresión juger l’administration c’est encore administrer, debe ser literal: “juzgar a la administración es aún administrar” ya que la expresión juger l’administration c’est aussi administrer (juzgar a la administración también es administrar) existe igualmente en el derecho francés, pero con un sentido diferente. La primera, más antigua, es utilizada en el siglo XIX, por aquellos partidarios de confundir la administración con la jurisdicción administrativa; en este contexto, el contencioso sería simplemente continuación natural de la actividad administrativa. La segunda, más reciente, explica a través de la historia por qué la jurisdicción se sitúa dentro de la administración, pero de manera separada e independiente*” A.F. Ospina Garzón, *De la jurisdicción administrativa...cit.*, pp. 18 e 19.

<sup>91</sup> Jacques Moreau (a cura di), *Droit public*, vol. ii, Paris, Economica, 1995, p. 702.

<sup>92</sup> Francesco Merloni, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 5 a 10.

<sup>93</sup> Una cornice generale delle diverse letture dell’unità del potere pubblico, la sua indivisibilità e la pluralità di funzioni pubbliche si presenta in: A.F. Ospina Garzón, «L’activité contentieuse de l’administration...»*cit.*, p. 401 a 403.

<sup>94</sup> “Lo Stato di diritto, denominazione coniata dai giuristi tedeschi della seconda metà dell’Ottocento per qualificare lo Stato liberale, è quello che fonda il proprio ordinamento sulla garanzia della libertà individuale rispetto al potere dell’autorità. L’efficienza coincide con la garanzia giuridica ed è assicurata dall’ordinamento attraverso la tutela

La iniziale identificazione francese fra giudicare alla pubblica amministrazione con la medesima amministrazione, presente sia nella cosiddetta “giustizia ritenuta”<sup>95</sup> sia nella cosiddetta “giustizia delegata”<sup>96</sup>, implicava identificare la sindacabilità della amministrazione con l’autocontrollo. Addirittura, in Francia la funzione di “risolvere le difficoltà che sono soggette alla sua competenza in materia amministrativa”<sup>97</sup> era ritenuta come tipica attività indirizzabile alla funzione amministrativa<sup>98</sup>. Anche in Italia, dopo il 1859, si riteneva che l’annullamento di un atto amministrativo fosse di competenza esclusiva dell’amministrazione in sede di autotutela<sup>99</sup> e che il giudice non li poteva sindacare<sup>100</sup>, mentre che in Colombia, prima di 1914 vi sono periodi storici in cui la pubblica amministrazione esercitava direttamente il controllo sulle attività amministrative, momenti storici che, per una parte della dottrina<sup>101</sup>, furono intenzionalmente dimenticati nell’ordinamento colombiano a causa dell’importazione del modello del controllo giudiziario francese<sup>102</sup>, che alla fine ha creato il terreno fertile per la formazione dell’attuale identificazione del controllo amministrativo col giudice.

Dunque, si sta di fronte ad un contesto adatto per considerare che il “giudicare”, attribuito ai giudici, portava con sé il controllo, o meglio, che il controllo si concretizzava nel giudicare o nell’attività giurisdizionale. L’identificazione affermata cominciava a cementarsi. Così, nel momento storico francese, in cui si transitò dalla giustizia ritenuta alla giustizia delegata, il giudice, ancor parte del potere esecutivo, ma non dipendente di questo per l’esercizio della sua funzione, fu incaricato, espressamente, della funzione di giudicare, però tacitamente, della funzione di controllare alla pubblica amministrazione. Giudicare e controllare non furono differenziati concettualmente e, perciò, il controllo amministrativo si identificò pienamente con il giudice amministrativo, controllare e giudicare alla pubblica amministrazione si giustapponevano, erano

---

giurisdizionale.” Riccardo Ursi, «La giuridificazione del canone dell’efficienza della pubblica amministrazione», Mauro Marchetti, Mauro Renna (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana: studi*, vol. III. La giuridificazione, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 448.

<sup>95</sup> In quanto esercitata, almeno formalmente, dal potere esecutivo stesso, in base a un parere dell’organo consultivo: *Conseil d’État*. Modello di pareri, che coadiuvava l’azione del sovrano, e che fu replicato negli Stati preunitari dell’Italia. Cfr. F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 6.

<sup>96</sup> “1872 se conoce como la fecha del paso de la justicia retenida a la justicia delegada. Sin embargo, un primer intento de formalizar la situación de hecho se había dado en 1849 a través de Ley Orgánica del 3 de marzo (...) dispuso que “El Consejo de Estado estatuye en última instancia sobre el contencioso administrativo” (...) Luego de discusiones con argumentos bastante parecidos que condujeron a la primera justicia retenida, el parlamento francés decidió en 1872, en lugar de suprimir del Consejo de Estado, reforzar la independencia de la jurisdicción administrativa a través de la delegación de la justicia”. A.F. Ospina Garzón, *De la jurisdicción administrativa...cit.*, pp. 33 e 34.

<sup>97</sup> Funzione attribuita al *Conseil d’État* nella Costituzione napoleonica del 1799. Costituzione dell’Anno VIII, art. 52 y 75.

<sup>98</sup> Charles Durand, *Etudes sur le conseil d’Etat napoléonien*, Paris, Presses universitaires de France, 1949, p. 44.

<sup>99</sup> F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 7.; Franco Gaetano Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 5. Quest’ultimo spiega come, con base nel principio di separazione dei poteri, nella riforma del 1865, il giudice non poteva annullare, “revocare modificare i regolamenti e i provvedimenti amministrativi, se li riteneva non “conformi alle leggi”, li disapplicava, ossia non ne teneva conto nell’assumere la decisione”.

<sup>100</sup> “Era questa l’espressione corretta, che predominò in Italia”. M.S. Giannini, «Controllo...»*cit.*, p. 732.

<sup>101</sup> Cfr. Miguel Malagón Pinzón, «El control de la administración pública en Colombia durante el siglo XIX y comienzos del XX», *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, fasc. 1, 2007: 156.

<sup>102</sup> Tuttavia, questa importazione, come è stato detto, non è stata assoluta, ma piuttosto con adattamenti che la distanziano sostanzialmente dal modello originale francese. Cfr. A. Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción...cit.*, p. 77.; A.F. Ospina Garzón, *De la jurisdicción administrativa...cit.*, p. 38.



sinonimi. Infatti, esse erano istituzioni, all'epoca, non differenziabili dalla prospettiva organica perché, in Francia, nacque come autocontrollo e rimane lo stesso. Persino nel modello di giustizia delegata, il *Conseil d'État* fa parte del potere esecutivo; mentre che in Italia o Colombia, in base al principio di separazione dei poteri si evidenziava, anche, fin dall'inizio l'equiparazione organica fra controllo dell'attività amministrativa e giudice.

E sebbene “giudicare” ha acquisito delle caratteristiche propri, diverse da quelle del controllo amministrativo<sup>103</sup>, l'iniziale identificazione organica fra controllare/giudicare col giudice, propria del modello francese, si è trasmessa ai modelli teorici colombiano e italiano e, in modo impercettibile, è rimasta nell'immaginario giuridico, come una sorta di crittotipo o dogma, fin ora. Perciò, in genere, l'attività del giudice amministrativo, anzi, di giustizia amministrativa è definita come l'insieme di “tutti i mezzi predisposti da un ordinamento giuridico per assicurare la conformità dell'azione amministrativa alla legge e il miglior perseguimento dell'interesse pubblico nel caso concreto”<sup>104</sup>. In Italia il collegamento fra atti amministrativi (provvedimento amministrativo) e giudice amministrativo, dalla prospettiva del controllo di legalità, è stato studiato, fin dai primi dottrinanti e così via, come un rapporto naturale<sup>105</sup>. A sua volta, la riferita connessione fra il giudice e la garanzia della legalità è stata molto più palese e forte nell'ordinamento colombiano<sup>106</sup>, infatti, la giurisdizione del contenzioso amministrativo è considerata l'istituzione che garantisce la soggezione della pubblica amministrazione al diritto e la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali dei soggetti privati, davanti alla pubblica amministrazione<sup>107</sup>; quest'ultima deve soltanto agire, ciò basta.

La suddetta concezione del principio di separazione dei poteri francese, dove un ente, prima, controllava essendo parte della struttura amministrativa e, dopo, è passato a giudicare, però rimanendo nella stessa struttura esecutiva (giustizia delegata), non si presenta né in Colombia né in Italia. Tuttavia, in tutti e due ordinamenti si può verificare l'accentata identificazione fra

---

<sup>103</sup> Si può anticipare che una delle caratteristiche di differenziazione si centra negli elementi formali, cioè, la decisione del controllo non giurisdizionale, ad esempio, non ha la fermezza della decisione di controllo giudiziario: cosa giudicata materiale. Che, comunque, da sola non è un criterio sufficiente per la differenziazione. Cfr. A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»cit., p. 248 a 258.

<sup>104</sup> M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 467.

<sup>105</sup> Si veda lo sviluppo della dottrina: Vittorio Emanuele Orlando, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Italia*, Milano, Società editrice libraria, 1900; Sergio P. Panunzio, «Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico: osservazioni sul caso italiano», *Politica del Diritto*, fasc. 1, 1937, pp. 3-26.; Enrico Guicciardi, «Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa», *Archivio di diritto pubblico*, vol. 2, fasc. 1, 1937, p. 52 a 70.; Guido Zanobini, *La giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1939; Giovanni De Gennaro, *Atti amministrativi e Giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1954; M. Nigro, *op.cit.*; Elio Casetta, Fabrizio Fracchia, *Giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017; Aldo Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018; Carlo Emanuele Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018.

<sup>106</sup> Magari questa è la ragione per cui la legittimazione per attiva, per agire attraverso il “mezzo di controllo” giurisdizionale di nullità, addirittura in fattispecie di “atti particolari”; contrario al modello italiano in cui si privilegia la certezza giuridica e, pertanto, si richiede l'interesse legittimo per agire davanti al giudice amministrativo. Si veda: Art. 137 C.P.A.C.A.; Art. 7, 31 C.P.A.

<sup>107</sup> J.O. Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I...cit., p. 312 a 333.; Libardo Rodríguez, «Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia», *Revista Universitas*, fasc. 101, giugno 2001, pp. 603-641. Quest'ultimo spiega come la giurisdizione del contenzioso amministrativo sia ritenuta il giudice della pubblica amministrazione, istituita per giudicare le controversie amministrative derivanti dall'attività degli enti pubblici e privati che svolgono funzioni amministrative.

controllo e giudice, anche se quest'ultimo non appartiene organicamente al potere esecutivo. Quindi, la questione rilevante per la ricerca è mettere in luce che, indipendentemente dall'ubicazione del giudice sia nell'esecutivo o sia nella magistratura, in base al principio di separazione dei poteri, in teoria, è il giudice il che riceve il potere (competenza) di controllare l'attività amministrativa. Come si è accennato, la giustizia amministrativa francese ha delle particolarità proprie del suo contesto storico, il che non vuol dire che lo sviluppo francese del segnalato principio, in rapporto con la giustizia amministrativa, non abbia influenzato gli ordinamenti colombiano ed italiano e nemmeno vuol dire che le esperienze proprie della Colombia<sup>108</sup> o della Italia<sup>109</sup> non abbiano lasciato la sua impronta e contribuito nell'impostazione del sistema di giustizia amministrativa proprio. Tuttavia, è innegabile l'esistenza di patroni storici e radici teoriche comuni. In tutte e due, vi è una tripartizione del potere pubblico<sup>110</sup>. Il potere giudiziale (magistratura) viene incaricato di controllare alla pubblica amministrazione<sup>111</sup>, cioè, il giudice non appartiene al potere esecutivo, ma al potere giudiziale e supporta la sua competenza di controllo sull'agire amministrativo, appunto e anche, sulla base del principio studiato.

Pertanto, è ineludibile riferire l'originario modello francese di separazione dei poteri come una delle vicende necessarie per il sorgimento del controllo giurisdizionale dell'amministrazione, dovuta alla necessità proprio di controllare l'agire amministrativo, e l'attribuzione di quella funzione al *Conseil d'État*. Sebbene i modelli colombiano e italiano hanno origini propri e differenze organiche evidenti, il risultato è lo stesso: in base al principio di separazione dei poteri, nella sua interpretazione classica e rigida, il giudice è ritenuto come soggetto incaricato del controllo dell'attività amministrativa. Esso doveva esercitare, al di là della sua appartenenza o meno al potere esecutivo o al potere giudiziale, il controllo amministrativo, quella era l'esigenza del principio di separazione dei poteri<sup>112</sup>. Infatti, sia in Colombia e sia in Italia, e sebbene l'adozione della giurisdizione amministrativa non sia stata pacifica, e dopo certi intervalli storici, in cui la giurisdizione amministrativa fu abolita (Colombia<sup>113</sup> - Italia<sup>114</sup>), è possibile stabilire un momento storico in cui la giurisdizione fu, di nuovo, istituita ed è riuscita a consolidarsi come controllore

---

<sup>108</sup> Cfr. A.F. Ospina Garzón, De la jurisdicción administrativa...cit., p. 38.

<sup>109</sup> L'influenza del *Conseil d'État* nella formazione e consolidazione della giurisdizione amministrativa italiana è ben documentata dalla dottrina. Cfr. F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 4 a 8.

<sup>110</sup> In Colombia, secondo l'art. 113 della C.P.c. e in Italia, secondo le norme sull'ordinamento della Repubblica italiana, ai sensi della Parte II della C.R.i.

<sup>111</sup> Sia la dottrina che la giurisprudenza (costituzionale e amministrativa) supportano questa premessa: In Colombia: ad esempio, S. C-253 di 2017, S. C-377 di 2016, S. C-285 di 2016, S. C-581 di 2013 tutte della C.C.c. In Italia, basta citare la dottrina che lo spiega. Si veda: Franco Gaetano Scoca, «Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa», *Diritto Processuale Amministrativo*, vol. 30, fasc. 2, luglio 2012, pp. 371-432., p. 371 a 432.

<sup>112</sup> Il che non vuol dire che la medesima pubblica amministrazione non si controllasse (ricorsi e autotutela), piuttosto, che il giudice esercitava il controllo per esigenza della separazione dei poteri e, dunque, il suo ruolo di terza parte si intendeva più pesante, rigoroso e proficuo.

<sup>113</sup> Per dettagli sul processo di nascita, abolizione, reintroduzione e consolidazione in Colombia, v: J.O. Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I...cit., p. 312 a 333.; A.F. Ospina Garzón, De la jurisdicción administrativa...cit., p. 38 a 55.; A. Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción...cit.*, p. 77 a 92., entre otros.

<sup>114</sup> Al riguardo dell'esperienza e percorso italiano, si veda: F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 7 a 6.; M. Nigro, *op.cit.*, p. 55 a 92.

naturale dell'agire amministrativo<sup>115</sup>. Dunque, cominciano ad apparire le prime vestigia del monopolio *di fatto* del giudice sull'attività di controllo dell'agire amministrativo, derivate di questo assetto teorico.

Approfondendo, dal punto di vista organico e di separazione dei poteri, in Colombia il giudice amministrativo dal momento della sua attuazione ininterrotta<sup>116</sup>, attraverso l'art. 42 dell'A.I. 3/1910, e fino alla sua impostazione nella C.P.c. del 1991, nel capitolo 3 (*De la Jurisdicción contencioso administrativa*) del Titolo VIII (*De la Rama Judicial*), è stato ritenuto come appartenente alla magistratura, cioè, non al potere esecutivo, ma al potere giudiziario. La interpretazione del principio di separazione dei poteri ha supportato l'esigenza d'un controllo giurisdizionale<sup>117</sup>, cioè, un controllo esercitato da un "potere" pubblico diverso dall'esecutivo; si ritiene che soltanto in quel modo vi è garanzia di controllo efficace ed efficiente, derivata della sua indipendenza<sup>118</sup>. La giurisdizione sull'attività amministrativa, sin dall'origine, si ritiene come la concretizzazione e "*constitucionalización de ciertas figuras de linaje liberal que configuraron el marco de control que define nuestro sistema desde entonces, y permitieron el equilibrio de las ramas del poder público, la tutela judicial del orden jurídico y el reconocimiento de su estructura jerárquica*"<sup>119</sup>. Il messaggio è, di nuovo: la separazione dei poteri pubblici implica che ci sia controllo dell'attività amministrativa solo nel caso in cui ci sia stato un intervento del giudice; poi, l'ambito di controllo non giurisdizionale (una sorta di autocontrollo) è stato ridotto nella teoria e nella prassi. Comunque, la consolidazione del giudice come controllore e l'acquisizione del monopolio del controllo non furono automatiche, vi sono prove schiaccianti secondo cui nel secolo XIX e il primo decennio del secolo XX furono svolti controlli amministrativi dal Senato, dalla

---

<sup>115</sup> Un percorso simile di posizionamento come *controllore naturale* dell'amministrazione pubblica può essere rintracciato nell'ordinamento spagnolo. Si veda Ramón Parada Vázquez, *Derecho administrativo I. Introducción, Organización administrativa, Empleo público*, Madrid, Ediciones Académicas, 2017, p. 28 a 32.

<sup>116</sup> Addirittura, le indagini che individuano i modelli di controllo, prima della nascita e del consolidamento della giurisdizione del contenzioso amministrativo, spiegano che le *Reales Audiencias* (enti giudiziari), "*controlaron los actos de gobierno que ocasionaran lesiones a los súbditos, este hecho los convertía en contenciosos, (...). Las autoridades intendenciales también eran controlables de la misma manera. Esto demuestra en primer lugar la existencia, embrionaria, de un derecho especial que se presentaba en los asuntos de gobierno o de policía y que buscaba el interés general; en segundo lugar, se comprueba un control judicial sobre ese ordenamiento policial que recaía sobre el Tribunal judicial por excelencia que era la Real Audiencia*". Miguel Malagón Pinzón, «La historia del control de las administraciones públicas en la colonia», *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 5, fasc. 9, 2005.

<sup>117</sup> Per quello, nel percorso delle diverse Costituzioni Politiche vigenti in Colombia, sedici in totale dal 1810 al 1991, il controllo dell'attività amministrativa è stato attribuito sia al legislatore sia alla magistratura, e di forma residuale al potere esecutivo; essendo il giudice il che, alla fine, ha vinto di gran lunga il ruolo di controllore. A titolo illustrativo: Cfr. Miguel Malagón Pinzón, «Los tres modelos de control de la administración pública en el siglo XIX vistos a través de la Constitución de 1843», *Historia del derecho público en Colombia. Tomo I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 569 a 586.

<sup>118</sup> Indipendenza del giudice che è ritenuta come uno degli elementi essenziali per la nascita dello Stato moderno, legata o derivata del principio di separazione dei poteri. A sua volta, detta indipendenza si ritiene fondamento del potere giudiziale colombiano. Cfr. Julio Alexei, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la constitución colombiana de 1991*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 151 a 167.

<sup>119</sup> Cfr. Luis Hernández, «Origen institucional del enjuiciamiento contencioso administrativo en Colombia: control judicial del quehacer administrativo antes del Acto Legislativo 03 de 1910», *Historia del derecho público en Colombia. Tomo I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 525.

Corte Suprema di Giustizia e dalla propria pubblica amministrazione<sup>120</sup>, il che non implica che, in seguito, sia stato i giudici (in Colombia quello amministrativo, in Italia altrettanto, ma con partecipazione, in misura minore, del giudice ordinario), coloro che hanno acquisito il monopolio del controllo amministrativo.

A sua volta, in Italia, anche sui binari della separazione dei poteri e dal momento del suo consolidamento istituzionale, dopo la L. 5992 di 1889 (istitutiva della IV sezione del C.E.i.) e secondo lo schema stabilito nella Sezione I (Ordinamento giurisdizionale) del Titolo IV (La Magistratura) della C.R.i. di 1948, il C.E.i. appartiene alla magistratura e, in genere, il suo ruolo si spiega teoricamente dalla necessità di tutela dei privati, cioè, conforme agli art. 23 e 113 della Costituzione, la giustizia amministrativa risponde all'esigenza di una tutela piena ed effettiva dei diritti soggettivi e degli interessi pubblici<sup>121</sup>. Di nuovo, come in Colombia, il giudice si presenta come controllore col fine di tutelare i diritti e gli interessi dei privati nei confronti dell'attività amministrativa. Alla stregua dell'ordinamento colombiano, in Italia il fabbisogno di controllare l'attività amministrativa è il motore di rinascita e consolidamento del giudice amministrativo, pertanto, se afferma che "l'unità d'Italia ha comportato davvero un rivolgimento dal punto di vista culturale e la legge abolitrice del contenzioso amministrativo ha definitivamente fatto sparire, sembrerebbe anche dalla memoria dei contemporanei, l'esperienza del contenzioso amministrativo. Quando si immagina un ricorso nei confronti della pubblica amministrazione non è quell'ordinamento che si ha presente, mentre si fa riferimento a un organo che aveva già in quella esperienza ottenuto un notevole prestigio e che aveva pian piano acquisito un ruolo sempre più importante in ordine al controllo dell'attività dell'amministrazione"<sup>122</sup>. Dunque, si evidenzia, sin dall'inizio, il seme dell'identificazione del giudice col controllo amministrativo, il cui è germinato con molto successo, fino a diventare un monopolio.

Insomma, e al di là di altre importanti questioni<sup>123</sup> nello sviluppo del principio di separazione dei poteri, omesse deliberatamente per superare i limiti della ricerca, ciò che interessa alla presente sezione è mettere in luce che la storicità del giudice dell'attività amministrativa (sia amministrativo o ordinario), nella cornice teorica del principio di separazione dei poteri, ha implicato che il controllo dell'attività amministrativa e la tutela dei soggetti privati nei confronti dell'esercizio del potere pubblico siano identificati con l'attività del giudice e con la sua giurisdizione. Cioè, la nascita e il processo di consolidamento del giudice dell'attività amministrativa, principalmente il giudice amministrativo, ha comportato, consapevolmente o meno, la lenta e impercettibile consolidazione dell'idea del giudice-controllore. Pertanto, adesso si può capire perché "giudicare" e "controllare" alle pubbliche amministrazioni siano stati ritenuti come sinonimi, come competenze identificabili organicamente col giudice; pur essendo un'idea che si è incrostata nel diritto amministrativo e rimasta latente, perfino ad oggi, dove si evidenzia un palese monopolio.

---

<sup>120</sup> Cfr. Miguel Malagón Pinzón, «El control de constitucionalidad y de legalidad ejercido por el poder legislativo (1811-1842)», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, fasc. 6, 2011, pp. 11-24.; M. Malagón Pinzón, «El control de la administración pública...»cit., p. 154 a 165.

<sup>121</sup> Cfr. M. Clarich, *Manuale...cit.*, pp. 467 e 468.; M. Nigro, *op.cit.*, p. 23.

<sup>122</sup> C.E. Gallo, *op.cit.*, pp. 36 e 37.

<sup>123</sup> Come la unità o meno della giurisdizione, l'esistenza o meno di un tribunale supremo che coinvolga tutte le materie, l'indipendenza reale del giudice, il criterio di attribuzione di competenza, l'organizzazione, ecc.

Dunque, nel processo storico di sviluppo dei giudici dell'attività amministrativa, sia in Colombia che in Italia, si è affermata una separazione funzionale fra la pubblica amministrazione e la giurisdizione, collegata con la teoria classica della separazione dei poteri. Questo percorso ha avuto due grandi momenti, primo, l'accennata sottrazione delle attività di amministrazione dalla cognizione dell'autorità giudiziaria e, secondo, la formazione del "contenzioso amministrativo", il quale è ritenuto, in Italia, come un "settore dell'amministrazione, che si articola in organi a ciò specializzati, competente a risolvere le controversie insorte in ordine alle attività di amministrazione; formato di organi collegiali che nel regime napoleonico si articolano nel Consiglio di Stato al centro e nei Consigli di prefettura in periferia"<sup>124</sup>. A sua volta, in Colombia come "*una pieza fundamental de la construcción permanente del Estado de Derecho, ya que se pronuncia sobre dos pilares fundamentales: la legalidad y la responsabilidad, sin dejar de lado el postulado fundamental del Estado social, que nos rige desde 1991*"<sup>125</sup>, alla quale si è attribuito la responsabilità di garantire la sottomissione della pubblica amministrazione alla legge attraverso del controllo giurisdizionale<sup>126</sup>. In altre parole, in tutti e due ordinamenti, il principio di separazione dei poteri ha fornito, anche se non esplicitamente, le basi per il monopolio del giudice sul controllo della funzione amministrativa<sup>127</sup>.

Insomma, il percorso teorico derivato della teoria dello Stato di diritto e del principio di separazione dei poteri pubblici è perfettamente ritracciabile negli ordinamenti studiati. Tutti i due Stati vengono definiti a livello costituzionale come Stati di diritto, pur dotati di caratteristiche aggiuntive che hanno acquisito nel processo di sviluppo e "maturazione" dell'originario modello statale, fino all'attuale forma di Stato costituzionale<sup>128</sup>. Questa situazione teorica determina il modo di controllo dell'azione amministrativa poiché, nella cornice classica del principio di separazione dei poteri, l'argomento della giurisdizione si presenta come il meccanismo per controllare l'azione amministrativa e tutelare le posizioni soggettive dei privati, si evidenzia una "convergenza progressiva" negli ordinamenti. In tal senso, si afferma che "la storia dello Stato di diritto visto che l'esigenza di una giustizia amministrativa si pone in termini categorici in uno Stato, appunto quello di diritto, basato sul principio secondo cui le posizioni soggettive debbono essere tutelate, oltre che nei confronti degli altri cittadini, anche nei riguardi della pubblica amministrazione in un sistema basato sulla separazione dei poteri"<sup>129</sup>. Ciò spiega che, in sintesi, negli ordinamenti studiati la subordinazione dell'amministrazione al diritto sia ritenuta come condizione indispensabile per la salvaguardia dello Stato di diritto; tuttavia, necessaria ma non sufficiente, la sottomissione si garantisce solo attraverso dell'introduzione di meccanismi di controllo, appunto, giurisdizionali.

---

<sup>124</sup> Vincenzo Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 27.; M. Nigro, *op.cit.*, p. 19. Quest'ultimo spiega come, addirittura, si ritenga che "la giustizia amministrativa diventa (...) un modo di essere del diritto amministrativo (sostanziale), diventa lo stesso diritto amministrativo in quanto colto nel suo spirito garantistico"

<sup>125</sup> A.F. Ospina Garzón, *De la jurisdicción administrativa...cit.*, p. 89.

<sup>126</sup> Cfr. J.O. Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I...cit., p. 312.

<sup>127</sup> Il ragionamento fatto per l'Italia è altrettanto allargabile a Colombia. Cfr. V. Cerulli Irelli, *Lineamenti...cit.*, p. 28.

<sup>128</sup> L'art. 1 della C.P.c. stabilisce che "*Colombia es un Estado social de derecho*", a sua volta, l'art. 1 della C.R.i. stabilisce che "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione".

<sup>129</sup> F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, pp. 3 e 4.

Perciò, “*el control jurisdiccional aparece según esta perspectiva, y más aún que en el pasado, como la garantía efectiva del Estado de derecho*”<sup>130</sup>.

Il punto critico, in merito del tema in indagine, risiede nel fatto che le originali radici e presupposti di queste due idee teoriche hanno influenzato in modo pesante l’idea teorica sul controllo del potere pubblico<sup>131</sup>, anzi, dell’azione amministrativa, in modo tale che l’assetto attuale risponde ancora a quelle idee originali, che sembrano rimanere incolumi. Anzi, esse hanno portato a consolidare, forse inconsapevolmente, l’idea teorica di monopolio del controllo, senza fornire risposta ai fabbisogni di aggiornamenti effettivi in virtù dei cambiamenti dello stadio del modello statale. Perciò, è necessario passare ad analizzare se l’assetto storico normativo segue i binari demarcati dall’assetto storico teorico, oppure se il percorso di produzione normativa sul giudice nei confronti dell’azione amministrativa, smentisce e polverizza la premessa di monopolio del controllo amministrativo.

## **2. Verifica dogmatico - teorica e storico – normativa del monopolio teorico: modello tradizionale del diritto amministrativo, tutela giurisdizionale effettiva e l’attribuzione -allargamento- della competenza giurisdizionale**

La precedente impostazione teorica, certo, dovrebbe avere una corrispondente attuazione pratica – normativa. Le voci che intendano contestare la premessa di monopolio di sicuro riprenderebbero subito il regime di diritto positivo, al fine di affermare che gli ordinamenti giuridici studiati non prevedono un monopolio del genere e, al contrario, vi sono diverse tipologie di controllo amministrativo, non solo affidati al giudice, il che non permetterebbe di sostenere l’identificazione di questo con il controllo e nemmeno il monopolio. Tuttavia, un approccio del genere, che obbedisce alle ombre che si intendono di mettere in luce, non regge un’analisi apposita del regime normativo sulla competenza dei giudici della funzione amministrativa (giudice amministrativo, ordinario e, addirittura, penale), che piuttosto conduce alla conferma dell’idea teorica di monopolio sul controllo, e persino implica -come si vedrà- la sua verifica in modo più deciso e profondo.

La suddetta conferma si deriva, da un canto, da un presupposto dogmatico - teorico, e dall’altro, da due presupposti storico – normativi, tutti e tre collegati fra di loro: il primo riguarda al modello tradizionale del diritto amministrativo, ancor oggi in vigore in tutti e due gli ordinamenti studiati, il secondo si riferisce al principio di tutela giurisdizionale effettiva e il terzo si riferisce al graduale e continuo allargamento della competenza di controllo dei giudici nei confronti dell’azione amministrativa. Questi tre fattori hanno comportato l’attuazione (conferma) della prospettiva teorica, riferita in precedenza, di controllo amministrativo monopolizzato dal giudice.

---

<sup>130</sup> J. Chevallier, *El Estado de derecho...cit.*, pp. 93 e 94.

<sup>131</sup> Nel caso italiano si considera che l’esercizio del potere pubblico costituisce l’oggetto del giudizio amministrativo. A titolo illustrativo si veda Aristide Police, «La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa», *Rivista Questione Giustizia*, fasc. 3, 2015: 145.

Nell “modello tradizionale del diritto amministrativo” (espressione coniata dalla dottrina tedesca<sup>132</sup>, ispirato dalla teoria dello Stato di diritto, l’amministrazione pubblica era un blocco uniforme e chiuso, era indirizzata dalla legge e controllata dai giudici<sup>133</sup>, secondo la triade delle componenti strutturali<sup>134</sup>. Questi tre pilastri sono, primo, la dottrina dell’unità: un’amministrazione pubblica concepita, nella cornice della lettura classica del principio di separazione dei poteri, come un blocco uniforme, chiuso in se stesso, che agisce in modo gerarchico, attraverso un’attività che non è né giurisdizionale né legislativa; secondo, il metodo giuridico: la legge prevede programmi materiali dotati del maggior grado di dettaglio possibile affinché l’amministrazione agisca attraverso la sussunzione di quelle disposizioni; terzo, il controllo giurisdizionale: i giudici controllano la conformità al diritto (alla legge) dell’azione amministrativa, facendo confronto con l’intero programma legale<sup>135</sup>.

Occorre sottolineare che questa immagine<sup>136</sup> descrive altresì il modello del diritto amministrativo negli ordinamenti studianti (in Colombia<sup>137</sup> e in Italia<sup>138</sup>) e, pertanto, determina le basi dell’impostazione del controllo dell’azione amministrativa. La dimostrazione si deriva di due ragioni, prima, il contenuto e portata del principio di tutela giurisdizionale effettiva e, seconda, l’allargamento graduale e continuo della competenza dei giudici nei confronti dell’azione amministrativa.

Sia in Colombia sia in Italia il principio della tutela giurisdizionale effettiva<sup>139</sup>, anzi la sua lettura ristretta, fornisca spunti aggiuntivi per il rafforzamento dell’identificazione fra giudice e controllo amministrativo. La semplice denominazione del principio trasmette l’idea secondo cui la tutela effettiva è una questione della giurisdizione, non dell’amministrazione. Cioè, sembra come se la possibilità di “tutela amministrativa effettiva”, ormai limitata ai ricorsi amministrativi<sup>140</sup>, fosse ovviata, scommettendo a pieno sulla tutela giurisdizionale. Dunque, la tutela effettiva dei privati, delle sue situazioni soggettivi, si garantirebbe soltanto attraverso dell’intervento del giudice, vista

---

<sup>132</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 34 a 36.

<sup>133</sup> Un’idea semplice che supporta il successo dell’approccio classico, si veda *Ibidem*, p. 35.

<sup>134</sup> Che dovrebbero essere in linea con la triade delle componenti materiali, si veda, E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., pp. 258 e 259.; E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 34 a 36.

<sup>135</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 34 a 36.

<sup>136</sup> “*Es su simplicidad reside la fascinación que ejerce*” *Ibidem*, p. 36.

<sup>137</sup> La dottrina di gran parte dei paesi sudamericani ritiene applicabile le teorie di Schmidt-Assmann ai loro ordinamenti. Si veda, J.O. Santofimio Gamboa, J. Barnes, M.L. Ibagón Ibagón, *op.cit.*

<sup>138</sup> “La comparazione giuridica mostra che l’Italia e la Germania sono accomunate nello sforzo di rispondere agli interrogativi concettuali sul *quo vadis* del diritto amministrativo e su questo punto tornano spesso a confrontarsi. Basta ricordare nomi come Otto Mayer e Vittorio Emanuele Orlando”. E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 256.

<sup>139</sup> Principio che, secondo una lettura sistematica del diritto amministrativo, e accanto ai diritti fondamentali e alla sottomissione alla legge e al Diritto, costituiscono i principi o tipi di vincolo della pubblica amministrazione. Si veda E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 4.

<sup>140</sup> Ai ricorsi amministrativi si aggiunge l’azione del difensore civico (giustizia nell’amministrazione). Oltre a questo, il complesso degli strumenti di tutela del cittadino verso l’amministrazione (giustizia amministrativa) è composto dai meccanismi che permettono al cittadino di rivolgersi immediatamente ad un giudice, terzo e indipendente dell’amministrazione al fine di attuare la garanzia di tutela giurisdizionale. F. Merloni, *op.cit.*, p. 402 a 420.

la sua posizione di terzietà e imparzialità. Si badi che queste caratteristiche sono definitorie del giudice, addirittura, costituiscono garanzie del denominato “giusto processo”<sup>141</sup>.

Infatti, in Italia la dottrina considera che queste caratteristiche -terzietà e imparzialità- “riguardano direttamente al giudice come persona: a lui l’ordinamento richiede di essere terzo, ossia equidistante, rispetto alle parti, ed imparziale nella decisione della controversia, ossia equidistante rispetto agli interessi coinvolti nel giudizio”<sup>142</sup>. Sempre nella cornice del principio di separazione dei poteri pubblici, la dottrina italiana afferma che l’amministrazione pubblica è tenuta ad operare secondo imparzialità e buon andamento, ma ciò non accade sempre, perciò “nonostante le garanzie di tipo prevenivo assicurate dall’ordinamento al cittadino (ad esempio, la partecipazione procedimentale) e malgrado le forme di controllo amministrativo volte a valutare la legittimità dell’azione (...) può verificarsi che la pubblica amministrazione, scientemente o in modo inconsapevole, agisca *contra legem* o faccia un uso non corretto della propria discrezionalità amministrativa ovvero provochi un danno ingiusto ad altri soggetti”<sup>143</sup>. Pertanto, si afferma che la Costituzione abbia previsto il rimedio adeguato a tali ipotesi, “stabilendo che, contro gli atti della pubblica amministrazione, è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”<sup>144</sup>. Addirittura, i richiami derivati della possibile assenza di *expertise* del giudice per controllare la legalità della funzione amministrativa<sup>145</sup>, proprio per la sua terzietà, sono contestati ricorrendo, prima, all’esistenza stessa del giudice amministrativo, specializzato nella materia, e secondo, alla possibilità di ricorrere alla nomina di consulenti tecnici d’ufficio quando è necessario per risolvere il caso e per colmare le sue lacune extra-giuridiche<sup>146</sup>.

Pertanto, si spiega che in Italia, la tutela giurisdizionale venga ritenuta come “il principale strumento di salvaguardia dell’individuo nei confronti del comportamento arbitrario della pubblica amministrazione”<sup>147</sup> e, quindi, dalla lettura sistematica degli art. 24, 103 e 113 della C.R.i. “risulta, in primo luogo, che i diritti soggettivi hanno piena tutela giurisdizionale anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni e, in secondo luogo, che tale tutela concerne anche gli interessi legittimi”<sup>148</sup>. Questo profilo spiega altresì le diverse specie di giurisdizione amministrativa italiana, cioè, i “vari settori di competenza giurisdizionale nei quali può esercitare particolari poteri di cognizione e di decisione”<sup>149</sup>, visto che la tutela nei confronti della pubblica amministrazione non può essere limitata a particolari atti o a particolari vizi. Pertanto, “la pluralità delle giurisdizioni,

---

<sup>141</sup> Cfr. F.G. Scoca, *Gustizia...cit.*, p. 153 a 161.; Margherita Ramajoli, «Giusto processo e giudizio amministrativo», *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 1, 2013: 118 a 124.

<sup>142</sup> F.G. Scoca, *Gustizia...cit.*, p. 156.

<sup>143</sup> Aldo Sandulli, «La giustizia», Sabino Cassese (a cura di), *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. i, Milano, Giuffrè, 2015, p. 635.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 636.; M. Nigro, *op.cit.*, p. 137 a 147.

<sup>145</sup> “Un apparente paradosso: come è possibile che soggetti come i giudici, aventi una preparazione esclusivamente giuridica, siano chiamati a controllare le decisioni di apparati e funzionari in possesso di una specifica *expertise* tecnico-amministrativa?” Giulio Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2017, p. 284.

<sup>146</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 284 e 285.

<sup>147</sup> A. Sandulli, *op.cit.*, p. 636.

<sup>148</sup> D. Sorace, *op.cit.*, p. 81.

<sup>149</sup> C.E. Gallo, *op.cit.*, p. 51.



perciò, significa semplicemente arricchimento della tutela di carattere generale<sup>150</sup>. Insomma, si può affermare che un sistema fondato su quest'idea di tutela spinge a ritenere che solo il giudice è in grado di realizzarla: solo la tutela del giudice è effettiva perché, oltre che il ricorso giurisdizionale sia l'unico a godere di riconoscimento costituzionale e sia il più utilizzato<sup>151</sup>, si ritiene che anche se "il primo garante e custode dei diritti dei cittadini è l'organo amministrativo nella sua imparziale attuazione della legge, (...) l'azione dell'amministrazione non basta da sola a garantire la legalità e la giustizia: c'è necessità di un ulteriore strumento di garanzia"<sup>152</sup>: il controllo giurisdizionale.

In maniera analoga, nell'ordinamento colombiano il principio di tutela giurisdizionale effettiva si intende come un passo ulteriore del modello di Stato del secolo XIX, in cui bastava con la previsione normativa del controllo giudiziale delle decisioni e attuazioni degli apparati amministrativi<sup>153</sup>, col fine di garantire processi giusti, realizzati da giudici imparziali e indipendenti e con la partecipazione diretta e attiva dei soggetti privati<sup>154</sup>. Il principio è talmente importante che si ritiene strettamente legato con l'accesso alla giurisdizione (*a la administración de justicia*) e come "...una necesidad inherente a la condición humana (...) expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado y pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho"<sup>155</sup>. Il comune denominatore del concetto del principio, nell'ordinamento colombiano, è la garanzia di agire innanzi al giudice per la tutela dei diritti, logica che porta intrinsecamente dei dubbi sulla effettività di una suddetta tutela amministrativa, cioè, si esclude la tutela effettiva davanti alla pubblica amministrazione.

Dunque, la concezione classica della tutela giurisdizionale effettiva, che parte dalla premessa che sia il giudice chi effettivamente l'attua e la garantisce, implica al meno due conseguenze, prima sottrarre, consapevolmente o meno, al soggetto che esercita la funzione amministrativa del compito di tutela effettiva, che certamente deve svolgere, rafforzando la premessa qua sostenuta di monopolio giurisdizionale del controllo e, seconda, ridurre gli ambiti di autocontrollo amministrativo. Infatti, il messaggio è questo: se il giudice è chi garantisce la tutela effettiva, l'amministrazione soltanto deve agire, senza soffermarsi nella adeguatezza, correzione, effettività e nemmeno validità, del suo agire, visto che, alla fine, il buon giudice interverrà<sup>156</sup>. Questa logica

---

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> A. Sandulli, *op.cit.*, p. 638.

<sup>152</sup> "Il controllo è preteso anzitutto dall'interesse obiettivo dell'ordine giuridico; la tutela del singolo cittadino è perseguita e ordinata, ma non può essere che tutela mediata e coordinata a quella dell'interesse pubblico. O se si preferisce, mira ad un accertamento unico e bivalente, il quale, cadendo sulla legalità del comportamento amministrativo, insieme procuri la soddisfazione dell'interesse obiettivo della collettività (e dell'amministrazione) e quella dell'interesse del singolo" M. Nigro, *op.cit.*, pp. 28 e 29.

<sup>153</sup> Jorge Iván Rincón Córdoba, *Tutela judicial efectiva, actuaciones administrativas y control judicial en el derecho regional europeo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 9 e 10.

<sup>154</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 12.

<sup>155</sup> Situazione verificabile dalla giurisprudenza costituzionale, v: S. C-377 di 2016, S. C-454 di 2006, S. C-426 di 2002, S. C-059 di 1993, S. C-416 di 1994, S. C-037 di 1996, S. C-1341 di 2000, S. C-1 177 di 2005, S. C-279 di 2013; tutte della C.C.c.

<sup>156</sup> "L'affermazione piena del principio di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione ha sicuramente contribuito a rafforzare i diritti dei cittadini, a ridurre l'arbitrio nell'esercizio del potere, ad aumentare il

riduce l'obbligo di autocontrollo, ne omette la sua necessità, è sembra di trasferire in pieno la competenza di controllo al potere giudiziale, in una logica compatibile con la lettura classica del principio di separazione dei poteri, ma desueta secondo recenti riletture.

Quindi, la lettura classica del principio di "tutela giurisdizionale effettiva" implica attribuire al giudice, in astratto e in concreto, la capacità prevalente e quasi esclusiva di tutelare i diritti e gli interessi dell'amministrato, cioè, ritenere che solo il giudice ha la competenza, il potere e le garanzie organiche per tutelare i diritti e interessi riconosciuti dall'ordinamento giuridico. L'impostazione teorica del principio spinge, volontariamente o meno, però di forma logica, a ritenere che il giudice è l'unico soggetto capace di scongiurare l'arbitrarietà della pubblica amministrazione<sup>157</sup> e, addirittura, di controllare il suo buon andamento<sup>158</sup>. L'idea implica che la responsabilità delle pubbliche amministrazioni sia semplicemente agire, se esse non adempiono il vincolo legale (con l'ordinamento giuridico), la soluzione ci si trova nel controllo giurisdizionale<sup>159</sup>.

Inoltre, la premessa del monopolio del giudice viene rafforzata, altrettanto, con la materializzazione positiva della precedente idea della tutela giurisdizionale effettiva. Cioè, attraverso l'attribuzione normativa di competenza giurisdizionale (ordinaria e amministrativa) nei confronti dell'azione amministrativa e, soprattutto, il suo graduale allargamento<sup>160</sup>. Sia in Colombia sia in Italia, le competenze del giudice amministrativo sono accresciute gradualmente, consolidandosi il suo ruolo di *controllore* naturale<sup>161</sup>; il che non vuol dire un'ampliamento pacifica, uniforme o esente di conflitti; in Italia, principalmente, in ragione dell'oscillante rapporto con il giudice ordinario. In ogni caso, le problematiche di attribuzione di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo anziché contestare la premessa di monopolio di controllo, la ribadiscono. Si evidenzia che in tutti e due ordinamenti la tutela degli amministrati si rivolge al giudice, anzi, alla magistratura, sia amministrativa sia ordinaria<sup>162</sup>, perché la teoria dello Stato di

---

tasso di *accountability* del potere pubblico". Luisa Torchia, «Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2019: 189.

<sup>157</sup> Perché "*juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor*" T.-R. Fernández, De la arbitrariedad...cit., p. 105 a 133.

<sup>158</sup> Cfr. Manuel Gioiosa, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, Jovene, 2012.

<sup>159</sup> Questa logica teorica è applicabile sia all'ordinamento colombiano sia all'ordinamento italiano perché in entrambi vi sono presenti i caratteri dello Stato di diritto, in cui si originò la concezione classica del diritto amministrativo.

<sup>160</sup> A livello costituzionale, in Italia (art. 100 e 103 della C.R.i.) e in Spagna (art. 106.1 della Costituzione spagnola), i giudici vengono presentati come i controllori dell'attività amministrativa, al fine di tutelare le situazioni giuridiche soggettive (interessi legittimi e diritti soggettivi) e garantire la sottomissione dell'amministrazione alla legge. Intanto, la C.P.c. non prevede l'oggetto apposito delle diverse giurisdizioni, rinviando la determinazione alla legge, che conferma il ruolo monopolista.

<sup>161</sup> "Sia l'opera di interpretazione in un ordinamento dominato dall'incertezza, sia l'opera di supplenza a fronte di un'amministrazione inefficiente influenzano, poi, anche l'attività amministrativa futura, di modo che il giudice finisce per assumere non solo il ruolo di controllo, ma anche di guida e, in alcuni casi, di sostituto dell'amministrazione". L. Torchia, «Il giudice amministrativo...»cit., p. 191.

<sup>162</sup> Persino il giudice penale permette comprovare il monopolio giurisdizionale del controllo dell'azione amministrativa. Si veda, Giulio De Simone, Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia (a cura di), *Manuale di diritto penale: parte speciale; delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione*, Strumenti, Bologna, il mulino, 2014; Juan Carlos Forero Ramírez, *Aspectos penales de la contratación estatal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017; Fernando Galvis Gaitán, *Manual de administración pública*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2016; Jorge Caldas Vera, «Delitos contra la administración pública», *Lecciones de derecho penal: parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

diritto spingeva a ritenere che solo tramite il giudice la tutela era effettiva. Se l'amministrazione è funzionalizzata alla soddisfazione di finalità collegate con le situazioni giuridiche soggettive dei privati, il controllo dell'azione amministrativa veniva (per forza di gravità) attribuito ai giudici.

In linea con i ragionamenti precedenti, è chiaro che il principio di separazione dei poteri pubblici ispirava da solo l'identificazione del giudice col controllo amministrativo, però la graduale assunzione di nuove competenze giudiziale da parte del giudice amministrativo e il riparto di giurisdizione con il giudice ordinario hanno approfondito l'identificazione riferita. Queste situazioni, oltre le sue particolarità e profonde problematiche, non fanno altro che confermare il monopolio del controllo giurisdizionale. Sia l'allargamento delle competenze del giudice amministrativo sia il riparto di giurisdizione con il giudice ordinario si presentano come risposte normative alla necessità di ampliare l'ambito di controllo giurisdizionale in relazione con l'esercizio della funzione amministrativa. L'attività amministrativa si è ampliata ed è divenuta più complessa, perciò, il giudice -chi controlla- ha ampliato le sue competenze; controllo che come si vedrà più avanti, si concentra in giudicare la validità-legalità dell'agire amministrativo, da una visione formalista - positivista<sup>163</sup>.

In Colombia, come si è accennato, l'attuazione ininterrotta della giurisdizione amministrativa, capeggiata dal C.E.c. con competenze sia consultive sia giurisdizionale, risale all'A.l. 3/1910, riformatorio della Costituzione di 1886, il quale disponeva la creazione della giurisdizione contenzioso amministrativa, ma condizionava la sua attuazione all'emanazione di una legge apposita. Così, attraverso la L. 130/1913 è stato stabilito che la giurisdizione del contenzioso amministrativo<sup>164</sup> si componeva da un Tribunale Supremo e alcuni Tribunali Territoriali, il cui oggetto di competenza era "*la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente Ley*". Detta revisione si rivolgeva, in origine, al controllo della validità degli atti amministrativi, "un'analisi oggettivo della legalità"<sup>165</sup>, sul binario: legale/illegale, cioè, sul classico metodo giuridico<sup>166</sup>, proprio del modello tradizionale del diritto amministrativo. Secondo la dottrina, l'accennato regime stabiliva

---

<sup>163</sup> Nel senso della prevalenza assoluta del diritto positivo come ordine normativo, supportato in un'altra norma, la norma base (Grundnorm); la che conferisce validità alla prima Costituzione (l'insieme normativo sulle fonti del diritto) e si trova nel vertice della piramide giuridica e di essa deriva il fondamento da validità di tutte le altre norme che si trovano al di sotto. Cioè, si tratta di un sistema di norme gerarchizzate come una piramide di vari piani. Cfr. Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, (tradotto da) Renato Treves, Torino, G. Einaudi, 1956; Norberto Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958.

<sup>164</sup> Il che implica un'enfasi sulla natura contenziosa della giurisdizione colombiana, quindi non è una giurisdizione amministrativa, come in Italia.

<sup>165</sup> Alberto Montaña Plata, «El principio de buen funcionamiento de la administración pública y su carácter vinculante en la revisión judicial de actividades administrativas», Alberto Montaña Plata, Andrés Fernando Ospina Garzón (a cura di), *La constitucionalización del derecho administrativo. Tomo II: el derecho administrativo para la paz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 374.

<sup>166</sup> Il metodo giuridico classico è caratterizzato, tra gli altri, dalla sistematizzazione al fine di garantire la sottomissione dell'amministrazione alla legge. Così, il materiale giuridico "*adquiere una convincente racionalidad formal. De ahí siguen una serie de operaciones que se articulan en un lenguaje o esquema binario, como las que se expresan en el binomio "legal-ilegal", que se erige en la distinción central*". A. Voßkuhle, *op.cit.*, p. 146.

due azioni giudiziari (ricorsi processali): una azione popolare o pubblica e un'altra privata, tutte e due rivolte a contestare la legalità degli atti, ma differenziate dalla legittimazione attiva<sup>167</sup>.

Nel percorso dell'allargamento dell'oggetto della giurisdizione, con l'art. 68 della L. 167/1941, in cui si rinnovò l'architettura organizzativa della giurisdizione, fu ampliata la competenza del giudice amministrativo (l'oggetto della giurisdizione) ai fatti amministrativi e alle operazioni amministrative<sup>168</sup>, questo fu attuato, si sottolinea, in base al presupposto di ampliamento dell'orbita di controllo che doveva esercitare il giudice nei confronti con la pubblica amministrazione<sup>169</sup>, cioè, all'azione giudiziale (ricorso giurisdizionale in Italia) di nullità e di ristabilimento del diritto (risarcimento dei danni), si aggiungeva una azione indirizzata anche al ristabilimento, ma derivato dei cosiddetti fatti e operazioni<sup>170</sup>, non solo degli atti. Così, si potrebbe dire che il ragionamento era attribuire al giudice l'incarico di tutelare i diritti dei privati che possano essere danneggiati con l'esercizio della funzione amministrativa. Sulla stessa linea di pensiero giuridico, cioè, di ampliare lo spettro di controllo del giudice sull'azione amministrativa, le omissioni furono derivati dall'analisi del "non fatto", dalla dottrina e giurisprudenza<sup>171</sup>. Finalmente, attraverso l'art. 30 del D.L. 528/1964 fu ampliato di nuovo l'oggetto della giurisdizione e, parallelamente, l'ambito del controllo dell'agire amministrativo, ricollegendosi a una azione giudiziale nei casi di conclusione ed esecuzione di un contratto amministrativo<sup>172</sup>.

Questa breve sintesi, ampiamente conosciuta in Colombia, ha per scopo dimostrare che al raggruppare le istituzioni di "atto amministrativo", "operazione amministrativa", "fatto amministrativo", "omissione amministrativa" e "contratto amministrativo" sebbene non sarebbe il risultato di includere nel diritto positivo le diverse forme di concretizzazione dell'attività amministrativa<sup>173</sup>, si corrisponde con la necessità di individuare le circostanze da controllare in un

---

<sup>167</sup> *"La primera que daba lugar a un juicio objetivo de legalidad y que debía su nombre a que cualquier ciudadano podría interponerla; y la segunda, que resultaba operante cuando como consecuencia de la ilegalidad o de la inconstitucionalidad de un acto administrativo se lesionaran derechos civiles de las personas, caso en el que solo estas podrían interponerla"* Alberto Montaña Plata, «Caracterización de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana con ocasión de su reconocimiento como causa y producto del fortalecimiento del Derecho administrativo», Alberto Montaña Plata, Andrés Fernando Ospina Garzón (a cura di), *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo justificación, retos y aporte al derecho administrativo: XIV Jornadas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 114.

<sup>168</sup> Istituzioni sprovvisti di significato legale e, perciò, definiti dalla dottrina e giurisprudenza in maniera non sempre chiara. "Fatto amministrativo" si caratterizza per l'assenza di volontà della pubblica amministrazione, infatti, è definito come *"el hecho u operación material es el que se realiza sin manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos"*. Mentre che "l'operazione amministrativa" è *"un acto administrativo complejo, de cualquier clase; (...) se comprende como tal las medidas de preparación o hechos de ejecución, ambos necesarios en la vida administrativa para la existencia del acto administrativo propiamente dicho, llevados a cabo dentro de un reglamento previamente establecido por la ley"*. S. del 30 marzo 1943, C.E.c., caso n. 205146; S. del 22 luglio 1955, C.E.c., caso n. 206120.

<sup>169</sup> Con lo scopo di rafforzare la garanzia di sottomissione della pubblica amministrazione alla legge. J.O. Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I...cit., p. 312.

<sup>170</sup> Cfr. A. Montaña Plata, «Caracterización de la jurisdicción...»cit., p. 116 a 118.

<sup>171</sup> Cfr. A. Montaña Plata, «El principio de buen funcionamiento...»cit., p. 371.

<sup>172</sup> Cfr. A. Montaña Plata, «Caracterización de la jurisdicción...»cit., p. 120 a 122.

<sup>173</sup> *"...lo que hizo el Código Contencioso Administrativo pasado (Decreto Ley 1 de 1984) no fue llevar a un plano normativo una clasificación de las distintas categorías constatables en Colombia de la concreción de la actividad administrativa, sino recoger una evolución normativa, que había dado lugar a desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, y que marcaba la historia de nuestras acciones contencioso administrativas; más aún, de la*

contesto di amministrazione per atti, logica ancora vigente, in cui il rilievo si mette su circostanze concrete, e non sulle intere attività amministrative. Precisamente il D.l. 01/1984 (terzo Codice Contenzioso Amministrativo colombiano) evidenzia l'idea accennata; l'art. 83 che era a capo del Capitolo XI del Libro Secondo, appunto, "mezzi di controllo" nel contesto del "controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa", prevedeva un elenco delle fattispecie fino a dove si estendeva il, appunto, "controllo". Ciò spiega la gamma di azioni contenziosi amministrative, ognuna legata a una di quelle fattispecie<sup>174</sup>che meritano un controllo; e malgrado l'intesa della sua eliminazione dell'ordinamento colombiano<sup>175</sup>, nel più recente Codice (L. 1437/2011), ancora restano in vigore, sempre ritenuti come "mezzi di controllo". Il Titolo III, art. 135 a 148, della Seconda Parte del C.P.A.C.A. stabilisce il regime dei "mezzi di controllo", alla stessa stregua della precedente codificazione. Dunque, l'accennata tipologia, che risponde all'oggetto della giurisdizione e stabilisce la competenza di controllo da parte del giudice del contenzioso amministrativo, tacitamente, stabilisce l'identificazione studiata, poiché l'attività amministrativa dovrebbe rientrare in alcune delle citate fattispecie. Insomma, si mette in luce come le competenze del giudice amministrativo (e il suo allargamento) implicano la conferma della premessa d'identificazione fra il giudice e controllo amministrativo e, a sua volta, rileva l'origine normativa del monopolio accennato.

Dall'altro canto, l'attribuzione di competenze giurisdizionale nell'ordinamento italiano ha implicato, anche, il rafforzamento dell'identificazione teorica del giudice con il controllo amministrativo. Infatti, il percorso ininterrotto della giurisdizione amministrativa è cominciato con la L. 5992/1889, che istituiva la IV Sezione del Consiglio di Stato, la cui "si aggiungeva a quelle già istituite e solventi di funzioni consultive nei confronti del governo"<sup>176</sup>. La sua competenza si rivolgeva, secondo l'art. 3, a "decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione o alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi amministrativi"<sup>177</sup>. Perciò, dalla prima attribuzione di competenza è evidente che si tratta di quello che, ad oggi, è definito come controllo di legittimità (legalità in diritto colombiano) e, pertanto, ritenuto come "un ricorso volto a contestare la legittimità di un provvedimento lesivo di un interesse del ricorrente (l'interesse legittimo) e finalizzato a rimuovere l'atto e i suoi effetti

---

*jurisdicción contencioso administrativa colombiana*" A. Montaña Plata, «El principio de buen funcionamiento...»cit., pp. 371 e 372.

<sup>174</sup> Azione di nullità e azione di nullità e ristabilimento del diritto legate agli atti amministrativi; azione di riparazione diretta legata alla responsabilità derivata delle operazioni amministrative, azione di controversie contrattuali. Questa identificazione, definita dalla dottrina come anti-tecnica, risponde alla corrispondenza fra "*las actuaciones que tienen trascendencia para el derecho administrativo, y las acciones judiciales que se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo*" A. Montaña Plata, *Fundamentos...*cit., p. 213.

<sup>175</sup> Proposito fallito, fra l'altro, per la sopravvivenza di termini processuali diversi per la scadenza delle diverse pretese o mezzi di controllo. Cioè, non c'è un'unica azione contenzioso amministrativa.

<sup>176</sup> M. Clarich, *Manuale...*cit., p. 470.; M. Nigro, *op.cit.*, p. 67 a 78.

<sup>177</sup> Gazzetta Ufficiale del Regno D'Italia, N°. 78 del 1° aprile 1889. <http://fulviocortese.it/wp-content/uploads/2015/08/L1889.pdf>

(annullamento con effetto retroattivo), cioè a ripristinare la situazione di fatto e di diritto esistente prima dell'emanazione dell'atto illegittimo"<sup>178</sup>. Così, sotto il profilo della separazione dei poteri, era il giudice il che controllava la conformità legale dell'attività amministrativa, e non la pubblica amministrazione.

Inoltre, la pretesa di mettere in luce la storica identificazione fra controllo e giudice si rafforza per il fatto degli originali dubbi intorno al carattere giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato. Infatti, la controversia emergeva da ritenere “che la tutela giurisdizionale potesse afferire esclusivamente ai diritti soggettivi, affermando che la neoistituita sezione operava solamente sul piano del controllo amministrativo”<sup>179</sup>, cioè, sin dall'inizio si dubitava sulla natura delle funzioni di controllo del potere amministrativo, e della sua attribuzione sia ad un ente ministeriale o sia ad un ente esecutivo. Tuttavia, prima o poi, e senza rendersi conto, le funzioni di controllo furono trasferite/acquisite dai giudici, generandosi il suddetto monopolio di fatto, però lasciando irrisolto un argomento nodale: la sua natura e le implicazioni di essere esercitato dal giudice o dal medesimo esecutivo.

Tornando sul binario storico italiano, il percorso di riforme continuò con l'emanazione del Testo Unico delle Leggi sul Consiglio di Stato del 1924 (R.D. 1054/1924), l'istituzione della Sezione V del Consiglio di Stato (L. 62/1907, cosiddetta riforma Giolitti) alla quale venne attribuita la competenza per materie tassativamente individuate della giurisdizione di merito, l'istituzione della Sezione VI del Consiglio di Stato (D.lgs. 642/1948), sezioni a cui è stata attribuita in modo espresso una natura giurisdizionale, nonché l'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali – TAR (L. 1034/1971), in queste riforme “molte disposizioni della legge del 1889 vennero riprese, con poche variazioni”<sup>180</sup>. A ciò che interessa alla ricerca, la giurisdizione amministrativa continuava mostrandosi come il controllore<sup>181</sup> del potere, infatti, aveva competenze di decisione sui ricorsi di legalità (cioè, per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante), decisioni estese al merito su forme specifiche di esercizio del potere amministrativo (sequestri di temporalità, l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei Tribunali, in materia di consorzi per strade, ecc.), decisioni attribuite in maniera esclusiva, giurisdizione esclusiva, previamente introdotta con il R.D. 2840/1923 (impiego pubblico, riconoscimento e trasformazione di enti pubblici, recupero delle spese di spedalità, ecc.).

Facendo un salto in avanti <sup>182</sup>, si mette in luce che il testo costituzionale di 1948 non si occupò approfonditamente della giurisdizione amministrativa e, pertanto, si ritiene che la Costituzione abbia confermato il sistema già vigente limitandosi ad elevare i suoi principi a norme di ordine

---

<sup>178</sup> M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 470.

<sup>179</sup> F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, pp. 17 e 18.

<sup>180</sup> Cfr. M. Clarich, *Manuale...cit.*, pp. 470 e 471.

<sup>181</sup> La competenza attribuita “rappresenta ancor oggi il fondamento legislativo della generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo modulata secondo lo schema impugnatori con esito di annullamento senza pregiudizio per il riesercizio del potere amministrativo” F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 16.

<sup>182</sup> Per approfondimenti si veda Francesco Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2017, p. 1718 a 1725.; F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 3 a 19.

costituzionale e consolidando il sistema derivato delle leggi del 1865 e del 1889<sup>183</sup>. Sono due, fondamentalmente, le norme costituzionali rilevanti: l'articolo 24, comma 1, il cui stabilisce che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" e l'articolo 103, comma 1, il cui stabilisce che "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi". Tutte e due norme evidenziano il principio della "tutela giurisdizionale effettiva" e confermano il dualismo di giurisdizione, secondo il quale, *prima facie*<sup>184</sup>, il giudice amministrativo agisce di fronte agli interessi legittimi e il giudice ordinario di fronte a diritti soggettivi, coprendo così complessivamente le situazioni richiedenti di tutela (controllo) allorché sia esercitata la funzione amministrativa.

In questo contesto costituzionale emerge un tema importante ai fini della ricerca, ritenuta in Italia come l'interrogazione più importante della storia della sua giurisdizione<sup>185</sup>, cioè, la distribuzione delle competenze fra giudice amministrativo e ordinario. Argomento anche di molta importanza nell'ordinamento colombiano, ma svolto per altri binari, però che in ogni caso porta a ribadire la premessa d'identificazione e monopolio del controllo amministrativo da parte dei giudici. Il giudice amministrativo italiano anche ha sperimentato un allargamento della sua competenza legato, non alle circostanze da controllare in un contesto di amministrazione per atti, come in Colombia, ma alle circostanze in cui sia esercitato il potere pubblico, in cui si deve proteggere l'interesse legittimo dei privati<sup>186</sup>. Cioè, aggiungendo la competenza del giudice amministrativo e del giudice ordinario si potrebbe affermare che l'allargamento della competenza è stato legato a "*la protección de todas las circunstancias subjetivas de cara al poder público, independientemente de su naturaleza o calificación*"<sup>187</sup>. In altre parole, in Italia il giudice amministrativo è ritenuto come il giudice del potere amministrativo, diventando il controllore del

---

<sup>183</sup> M. Nigro, *op.cit.*, p. 80 a 85.

<sup>184</sup> *Prima facie* perché, dovuto alla grande difficoltà teorica di stabilire una differenza definitiva fra interesse legittimo e diritto soggettivo, si è riconosciuto la facoltà al giudice amministrativo di conoscere anche situazioni giuridiche di diritto soggettivo, la suddetta giurisdizione esclusiva, il cui limite lo costituisce le materie indicate dalla legge (art. 103, comma 1, Costituzione). Norma che è stata interpretata dalla Corte Costituzionale, attraverso S. 6 luglio 2004, N°. 204, nel senso che deve trattarsi di materie nelle quali la pubblica amministrazione agisce comunque come autorità, cioè, titolare di un potere amministrativo in senso proprio, e nelle quali la tutela dei diritti soggettivi è collegata rispetto a quella degli interessi legittimi. Cfr. Corte Costituzionale, S. 6 luglio 2004, N°. 204. Decisione che, comunque, non riesce a superare le controversie, giacché si ritiene che si è fatto un passo avanti ed uno in dietro perché sebbene il giudice amministrativo sia riconosciuto come giudice pieno, ancora non può giudicare, da soli, dei diritti soggettivi Maria Alessandra Sandulli, «Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)», *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 4, 2004, p. 1230 a 1239.

<sup>185</sup> F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 4.

<sup>186</sup> Il concetto e il contenuto dell'interesse legittimo è un argomento molto dinamico è uno degli elementi cardinali del diritto amministrativo italiano. Per approfondire si veda Franco Gaetano Scoca, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017; F. Caringella, *op.cit.*, p. 7 a 125.

<sup>187</sup> Gian Franco Cartei, «La justicia administrativa en Italia: tradición e influencia del Derecho europeo», Alberto Montaña Plata, Andrés Fernando Ospina Garzón (a cura di), (tradotto da) Manuela Canal, *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo justificación, retos y aporte al derecho administrativo : XIV Jornadas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 96., citando G. Morbidelli (Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità italiana)

potere amministrativo, ovvero dell'amministrazione-autorità<sup>188</sup>. Dunque, l'idea del giudice identificato con il controllo amministrativo è completata con le competenze attribuite al giudice ordinario, il che controlla "una serie di fattispecie nelle quali il legislatore gli attribuisce espressamente la giurisdizione sul presupposto che si tratti di materie che involgono soltanto diritti soggettivi"<sup>189</sup>, in cui, in genere, non vi è potere amministrativo.

Questo profilo teorico è materializzato dalle norme positive nel riparto di giurisdizione<sup>190</sup>. Così, in termini generali, alla giurisdizione amministrativa le sono attribuite tutte le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi, secondo l'art 7, comma 1 del C.P.A., "escludendo così implicitamente che esse possano essere attribuite al giudice ordinario"<sup>191</sup> e riportando l'argomento del riparto sulla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo<sup>192</sup> ma, ai fini della ricerca, rilevando che la pretesa è coprire la totalità dell'attività amministrativa dal controllo giurisdizionale (amministrativo e ordinario). Addirittura, ognuna delle azioni amministrative stanno concepite nella logica di coprire le circostanze richiedenti di controllo, derivati dell'esercizio del potere pubblico<sup>193</sup>. Lo stesso si può dire delle diverse "giurisdizioni" del giudice amministrativo, quella generale, quella esclusiva e quella di merito<sup>194</sup>. Insomma, l'ordinamento giuridico italiano è fondato sull'idea che le circostanze dell'attività amministrativa richiedenti di controllo, implicino o meno l'esercizio del potere pubblico, è completamente coperto per la giurisdizione amministrativa e per la giurisdizione ordinaria. Dunque, la complessa, dinamica e ampia storia del rapporto fra l'interesse legittimo e il diritto soggettivo ha determinato l'espansione della giurisdizione (competenza) sia del giudice amministrativo sia del giudice

---

<sup>188</sup> Addirittura, si considera che il giudice amministrativo non sia un giudice speciale, ma l'unico giudice ordinario, il giudice naturale nelle questioni in cui si controverta dell'esercizio o del mancato esercizio del pubblico potere. Cfr. A. Police, «La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa»cit., p. 147.

<sup>189</sup> M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 476.

<sup>190</sup> Argomento che, a sua volta, ha uno sviluppo storico lungo e profondo; più o meno chiarito nella Sentenza 240 di 2004 della Corte Costituzionale, in cui si è affermato che il riparto di giurisdizione deriva del criterio delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio. Si veda F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 19 a 60.; M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 475.

<sup>191</sup> "Formulazione simmetrica a quella contenuta nell'art. 2 della legge del 1865 che attribuisce al giudice ordinario le controversie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, cioè, un diritto soggettivo". M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 475.

<sup>192</sup> Comunque, l'ultima istanza sul riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario è attribuita alla Corte di Cassazione - Sezioni Unite, secondo l'ultimo comma del art. 111 della C.R.i.

<sup>193</sup> Logica attribuibile alle azioni di cognizioni, cautelari ed esecutive. In relazione alle prime, "l'azione di accertamento (o dichiarativa), che mira a stabilire, in presenza di una contestazione, il modo di essere di un determinato rapporto giuridico e si conclude, in caso di accoglimento, con una sentenza che si limita a constatare la conformità della situazione di fatto alla situazione di diritto. (...) L'azione di condanna accertata invece una difformità tra situazione di fatto e situazione di diritto e impone alla parte soccombente di porre in essere un'attività volta a rimuovere tale difformità (...) L'azione costitutiva è volta a costituire, modificare o estinguere una situazione giuridica soggettiva" M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 477.; A. Sandulli, *op.cit.*, p. 662 a 665.

<sup>194</sup> La prima avviata "ogniqualevolta sorge una controversia avente per oggetto atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni lesivi di situazioni giuridiche di interesse legittimo (...) La giurisdizione esclusiva (...) consente al giudice amministrativo di conoscere anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi (...) La giurisdizione di merito, nella quale il giudice può operare un sindacato diretto sulle scelte discrezionali dell'amministratore". M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 478.; A. Sandulli, *op.cit.*, p. 662 a 665.



ordinario e, parallelamente, le ragioni per l'identificazione fra giurisdizione (amministrativa e ordinaria) e controllo amministrativo<sup>195</sup>.

Forse l'unica fattispecie che in Italia rimane al di fuori della giurisdizione amministrativa e ordinario sono i cosiddetti "atti politici", modalità degli atti di alta amministrazione, che secondo l'art. 7, comma 1 del C.P.A. sono esclusi dall'impugnabilità<sup>196</sup>. Mentre in Colombia, con l'art. 82 del C.C.A. (D.l. 01/1984), sono stati inclusi dentro la competenza del giudice del contenzioso amministrativo "*las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno*", però soltanto per ragioni formali. Poi, attraverso del D. 2304/1989 la limitazione è stata abolita e, da allora, il controllo può rivolgersi ad aspetti formali e sostanziali. Questa è la logica contenuta nell'art. 104 comma 5 del C.P.A.C.A. Tuttavia, questa eccezione italiana, di insindacabilità degli atti politici, non distrugge l'affermata identificazione fra giudice e controllo amministrativo, però la conferma. In Italia il fondamento della citata impugnabilità è la ferma convinzione che gli atti politici non rientrano nell'esercizio della funzione amministrativa, ma di quella di governo e, quindi, nell'attuazione dell'indirizzo politico<sup>197</sup>, cioè, se gli atti politici non sono manifestazione di un'attività amministrativa, dell'amministrazione-autorità, non possono essere sindacati dal giudice amministrativo. In altre parole, ritenere che gli atti politici sono emanati in assenza di potere pubblico, implica escluderli della competenza del giudice amministrativo, vale a dire, del suo controllo.

Il riparto di giurisdizione in Colombia, anche se è un argomento che sembrasse chiaro, in realtà, vi sono ancora diverse questioni da risolvere. Innanzitutto, la clausola di competenza del C.P.A.C.A., contenuta negli art. 104 e 105, riprende l'accennata evoluzione storica e il graduale allargamento dell'oggetto della giurisdizione contenzioso amministrativa e, appunto, stabilisce che la competenza del giudice contenzioso amministrativo si avvia nelle controversie sugli atti, contratti, fatti, omissioni e operazioni "soggetti a diritto amministrativo", con indipendenza della natura pubblica o privata del soggetto, ma sempre che esercitino "funzione amministrativa". I dubbi e complessità derivano, appunto, dell'assenza di un concetto univoco dei temi soggetti a diritto amministrativo o delle circostanze in cui si esercita funzione amministrativa<sup>198</sup>. Pertanto, si spiega che lo stesso corpo normativo abbia introdotto, come conseguenze degli sviluppi

---

<sup>195</sup> È illustrativo l'accennato sistema di riparto di giurisdizione italiano fra giudice amministrativo e giudice ordinario, il primo "tutela" interessi legittimi e il secondo diritti soggettivi. Con la consapevolezza che detta ripartizione non copre la totalità dello spettro dell'attività amministrativa, ad esempio, interessi cosiddetti diffusi, programmi e indirizzi, fatti organizzativi, ecc. Cfr. M. Nigro, *op.cit.*, p. 32.

<sup>196</sup> Il problema centrale è definire il confine tra atti politici e atti amministrativi. La giurisprudenza italiana ha accolto una nozione oggettiva di atto politico "*in essa rientrano gli atti che, a differenza di quelli amministrativi, son liberi nel fine e che sono emanati da un organo costituzionale (in particolare il governo) nell'esercizio di una funzione di governo*". M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 200.

<sup>197</sup> Bernardo Giorgio Mattarella, «Il provvedimento», Sabino Cassese (a cura di), *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. i, Milano, Giuffrè, 2015, p. 360.

<sup>198</sup> Ancora ad oggi vi sono dubbi su l'oggetto di studio del diritto amministrativo colombiano. A. Montaña Plata, *Fundamentos...cit.*, capitoli 1 e 2. Infatti, la giurisprudenza del C.E.c. ritiene che "*...uno de los grandes problemas que ofrece el derecho administrativo moderno radica, precisamente, en la dificultad de concretar su definición, pues las nociones clásicas no responden a la versatilidad, a los cambios y a la naturaleza indiferenciada que el derecho en general ha adquirido en ciertos lugares, espacios y contextos de la actualidad de la administración*" O. del 21 novembre di 2013, C.E.c., caso n. 2080566.

giurisprudenziali<sup>199</sup>, prima, delle fattispecie dubbiose, in cui comunque il giudice contenzioso amministrativo detiene la giurisdizione, ad esempio, la responsabilità extracontrattuale di qualsiasi ente pubblico (numerale 1, art. 104) o gli atti politici o di governo (numerale 5, art. 104) e, secondo, delle fattispecie dubbiose, in cui comunque il giudice amministrativo non detiene giurisdizione, ad esempio, le controversie relative alla responsabilità extracontrattuale e ai contratti, in cui l'ente pubblico sia di natura finanziaria, di assicurazione (numerale 1, art. 105) o le decisioni derivati dei giudizi di polizia (numerale 3, art. 105). Dunque, la giurisdizione del giudice ordinario è residuale, cioè, la controversia sarà della giurisdizione amministrativa in tutte le fattispecie diverse dalle elencate dall'art. 104, principalmente, quelle elencate dall'art. 105 e dalle leggi speciali.

Insomma, si evidenzia che in tutti e due ordinamenti giuridici si è delineato un dualismo del sistema di giustizia amministrativa<sup>200</sup>, nel senso che il giudice amministrativo e il giudice ordinario, entrambi, hanno competenza per tutelare degli ambiti soggettivi appositi, secondo il tipo di rapporto che il cittadino abbia con il soggetto che esercita la funzione amministrativa (pubblica amministrazione o meno), il che, porta in dietro, non esplicitamente, ma certamente riconoscibile, dei poteri di controllo rivolti alla funzione amministrativa. Pertanto, l'analisi parallelo delle competenze attribuite al giudice amministrativo e al giudice ordinario, sia in Italia sia in Colombia, costituisce un'altra prova di una configurazione dell'ordinamento giuridico (leggi, dottrina e giurisprudenza) che contribuisce a generare, forse inconsapevolmente, nell'immaginario degli attori, la suddetta identificazione-monopolio tra il giudice e il controllo amministrativo.

La congiunzione dei fattori storici, teorici e normativi accennati hanno, col tempo, rafforzato la particolare, unica e forte legittimità che si attribuiva ai giudici nella cornice dell'iniziale teoria dello Stato di diritto, al punto che essi sono diventati i *controllori* naturali e monopolisti dell'azione amministrativa. Tuttavia, la possibilità di ridurre le voci di contestazione della premessa di monopolio non si materializzerebbe se non si chiudesse il cerchio. Cioè, tutti i due ordinamenti studiati prevedono "controlli amministrativi" diversi da quello giurisdizionale, dunque, occorre analizzare, anche in prospettiva storico-teorica, la graduale riduzione sostanziale -non controllano e non hanno acquisito la legittimità giudiziaria- dei meccanismi di controllo politico o di quelli non giurisdizionale, sia in forma di autocontrollo (controllo interno) o di eterocontrollo (controllo esterno).

---

<sup>199</sup> Cfr. A. Montaña Plata, «Caracterización de la jurisdicción...»cit., p. 109 a 131.

<sup>200</sup> In Italia è configurato dall'insieme risultante della Legge 2248 di 1865, abolitiva del contenzioso amministrativo, e della Legge 5992 di 1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, visto che con l'ultima "non operò un superamento completo, bensì un'integrazione del sistema di tutela giurisdizionale delineato della legge del 1865, che non venne abrogata" M. Clarich, Manuale...cit., p. 471.; J. Alexei, *op.cit.*, p. 17. Quest'ultimo spiega come in Colombia sia derivato direttamente dalle norme costituzionali, Titolo VIII (*Rama Judicial*)

### **3. I potenziali effetti del controllo giurisdizionale nei confronti dei potenziali effetti del controllo legislativo - politico o del controllo non giurisdizionale: conferma del monopolio giurisdizionale**

La pretesa di mettere in luce il monopolio giurisdizionale, come conseguenza delle ombre che oscurano il controllo amministrativo, richiede di una apposita spiegazione riferita agli meccanismi di controllo diversi, sui binari della separazione dei poteri. Si tratta di quelli amministrativi politici e quelli amministrativi non giurisdizionali, che almeno dalla sua denominazione sembrerebbero demolire la premessa di identificazione-monopolio giurisdizionale del controllo. Dunque, per chiudere il cerchio della dimostrazione del monopolio del controllo occorre spiegare come, nonostante vi siano controlli diversi dal giurisdizionale, si tratta solo di un'attribuzione apparente del potere di controllo. La ragione è semplice, ma non ovvia.

In precedenza, si è spiegato come l'affermazione del monopolio giurisdizionale del controllo amministrativo ha supporti di tipo teorico, dogmatico e normativo, cioè, un insieme di ragioni abbastanza pesanti. Tuttavia, il motivo che chiude il cerchio e fornisce la prova definitiva si trova nell'ambito normativo degli effetti che i diversi controlli amministrativi sono in grado di produrre (potenzialità) perché, oltre al supporto accennato, il giudice ha acquisito un'importante e profonda legittimità (in senso politico<sup>201</sup>) derivata dalle sue sentenze (risultanze di controllo), al contrario di quanto accade in relazione degli altri meccanismi di controllo. Infatti, i controlli politici, essendo in grado di produrre effetti, non sono attuati; mentre quelli non giurisdizionali hanno, in genere, una natura collaborativa che condiziona (quasi elimina) la sua potenzialità di produrre effetti, anzi, si soffermano nella tappa di valutazione o rendicontazione, senza effettivamente controllare, e raramente producono alcun effetto diretto e concreto nei confronti dell'oggetto controllato o tutelano ai privati nei confronti con l'esercizio della funzione amministrativa, il che, piuttosto, contribuisce a ribadire e consolidare (ancor di più) il monopolio giurisdizionale: solo il controllo giurisdizionale mira a correggere effettivamente le criticità riscontrate<sup>202</sup>, mentre che gli altri controlli, soprattutto quello non giurisdizionale di effettività, mirano ad altri scopi<sup>203</sup>.

Occorre sottolineare che l'accento si mette sui potenziali effetti del controllo giurisdizionale in relazione con quelli degli altri controlli, ma non su gli effetti che effettivamente producono. I primi saranno quelli che l'assetto normativo prevede, i secondi saranno quelli che, in linea con l'assetto normativo, producono in pratica. Il primo è un tema di validità e il secondo di efficacia. Inoltre, la centralità degli effetti si spiega, anche, dal fatto che malgrado la polisemia del termine

---

<sup>201</sup> Legittimità acquisita dalla teoria dello Stato di diritto. Si considerava che “*a diferencia de los parlamentarios, poco calificados y expuestos a presiones de toda naturaleza, el juez dispone, en efecto, de la competencia y la independencia requeridas; la teoría del Estado de derecho legitima así el acrecentamiento del poder jurisdiccional, en un principio el juez administrativo y ulteriormente el juez constitucional*” J. Chevallier, *El Estado de derecho...cit.*, p. 77.

<sup>202</sup> Sulla base degli elementi definitivi comuni del controllo si afferma che i meccanismi, così denominati, hanno lo scopo di correggere le irregolarità riscontrate nell'oggetto controllato al fine di adeguarle al sistema giuridico. Si veda, J. Agudo González, *op.cit.*, p. 104.

<sup>203</sup> Se il controllo dell'attività amministrativa mira a la rimozione delle criticità riscontrate, e non solo a rilevarle, “alcuni dei maggiori controlli sulla gestione delle pubbliche amministrazioni o sugli andamenti della spesa pubblica non sarebbero veri e propri controlli (...) perché privi di una misura interna al procedimento”. G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1346.

controllo e la previsione costituzionale un concetto ampio di controllo<sup>204</sup>, in termini giuridici e di esercizio delle competenze pubbliche, esso è segnato dall'effettività, cioè, si richiede un controllo efficace, che produca degli effetti concreti e diretti. Cioè, il controllo amministrativo “*se concreta en decisiones que son imponibles por quien tiene atribuida las funciones de control o que, al menos, son susceptibles de generar efectos sobre los sujetos controlados*”<sup>205</sup>. Questo ragionamento, fra l'altro, ha supporto nelle idee sposte nei commi precedenti: Stato di diritto, separazione dei poteri, tutela effettiva, giudici, attività amministrativa, ecc., perderebbero qualsiasi senso senza controllo o se esso non dovesse produrre effetti tangibili.

La dimostrazione della premessa accennata implica, prima, spiegare gli effetti che possono emanare del controllo giurisdizionale, per dopo metterli a confronto con quelli potenziali effetti delle altre modalità di controllo amministrativo. In tutti e due i casi l'analisi verserà sugli effetti derivati dall'esito negativo del controllo, cioè, dalla verifica difformità al parametro di controllo.

Di regola, si ritiene che uno degli elementi distintivi della giurisdizione sia, appunto, o “*el carácter vinculante de las decisiones del juez*”<sup>206</sup>, il che mette in luce che la palese potenzialità delle sentenze per produrre effetti incisivi, pervasivi, concreti e diretti. Persino se si accettasse la validità piena di *deferenza* della giurisdizione sui poteri discrezionali della pubblica amministrazione, il risultato sarebbe che il controllo giurisdizionale, ove risulti negativo, permetterebbe la presa di decisioni di annullamento della decisione presa dal controllato, a prescindere della natura vincolata o discrezionale della competenza. Nei casi in cui il controllo giurisdizionale si scontra con le competenze discrezionali, dove tradizionalmente si è ritenuto che il giudice non possa controllare il *merito amministrativo*<sup>207</sup>, rimane fermo il potere del giudice per controllare la legittimità (legalità) e, ove risulti un esito negativo, annullare la decisione amministrativa, rinviando di nuovo al titolare per l'adozione di una nuova decisione.

Pertanto, allorché siano controllati parametri di legalità il giudice amministrativo “non si limita ad accertare (o a condannare), ma opera direttamente modificando la situazione esistente, cioè rimuovendo il provvedimento con efficacia retroattiva (*ex tunc*)”<sup>208</sup>; immagine sistematicamente accettata<sup>209</sup>. Addirittura, prima della decisione finale (sentenza), in tutti e due gli

---

<sup>204</sup> Denominato “*supra-concepto constitucional*” che cerca di delimita e restringe l'ambiguità propria del concetto polisemico di controllo, si veda J. Agudo González, *op.cit.*, p. 37 a 41.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>206</sup> J. Alexei, *op.cit.*, p. 159.

<sup>207</sup> In Italia si considera che solo in via eccezionale, nel caso della giurisdizione di merito, il controllo del giudice amministrativo non si limiti alla legittimità, ma si estende anche al merito (opportunità) della decisione. Cfr. F. Merloni, *op.cit.*, pp. 408 e 409.; A. Sandulli, *op.cit.*, pp. 663 e 664.; Aristide Police, «La giurisdizione di merito del giudice amministrativo», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014, p. 103 a 134.

<sup>208</sup> F. Merloni, *op.cit.*, p. 409.

<sup>209</sup> Cfr. Luigi Maruotti, «Il giudicato», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014, p. 1019 a 1066.; Aristide Police, «La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014, p. 59 a 102.; Aristide Police, «La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014, p. 135 a 180.; Sveva Del Gatto, Emanuela Rotolo, «Il giudice e l'amministrazione», Luisa Torchia (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo: dieci lezioni*, Strumenti, Bologna, Il mulino, 2017,

ordinamenti, si prevede la facoltà dei giudici di adottare misure cautelari (tutela – controllo cautelare) indirizzate, in genere, a sospendere gli effetti della decisione sindacata, però essendo anche possibile l'adozione di misure innominate<sup>210</sup>.

Si potrebbe affermare che la premessa di monopolio e maggior effettività del controllo giurisdizionale trova nel giudice ordinario, per il caso italiano<sup>211</sup>, un esempio paradigmatico. Infatti, al giudice ordinario, titolare della tutela – controllo dei diritti soggettivi, tranne quelli rinviati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, viene attribuito un potere di disapplicazione del provvedimento (limite interno<sup>212</sup>) o sentenze costitutive o di condanna nei confronti dell'amministrazione, però, nei casi in cui la legge prevede procedimenti speciali (sanzioni amministrative pecuniarie, espulsione di stranieri, ecc.), spetta al giudice ordinario una giurisdizione più estesa, avendo anche la possibilità di incidere sull'atto amministrativo, annullandolo, modificandolo o sospendendolo. Pertanto, tranne alcuni limiti ancor sussistenti (attinenti al divieto di sentenze che incidano sul contenuto del provvedimento amministrativo, potendo sempre disapplicarlo), il giudice ordinario “può pronunciare qualunque sentenza nei riguardi dell'amministrazione ed adottare qualsiasi misura necessaria”<sup>213</sup>. Dunque, si evidenzia come gli effetti che possono emanare dal controllo attuato dal giudice ordinario sono, in genere, incisivi, diretti e concreti.

Dunque, a seconda della pretesa, contenuta nell'azione, si evidenziano i potenziali effetti che possono emergere del controllo giurisdizionale. Nel caso del giudice amministrativo saranno di annullamento o di condanna<sup>214</sup>, mentre che nel caso del giudice ordinario dipenderà del diritto

---

p. 255 a 285.; Stefano Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017; Andrés Fernando Ospina Garzón (a cura di), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013; D. Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo...cit.*; Juan Ángel Palacio Hincapié, *Derecho procesal administrativo*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2017. In questo scenario rientrano le situazioni di controllo di legalità: in Italia, le denominati giurisdizioni di legittimità ed esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7 del C.P.A., Mentre in Colombia, rientrano tutti i mezzi di controllo giurisdizionali che pretendono la nullità, vi sia o meno pretesa di ristabilimento del diritto, ai sensi degli art. 135 a 148 del C.P.A.C.A.

<sup>210</sup> Aristide Police, «La tutela cautelare di primo grado», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di) , *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014; Sergio Perongini, «La tutela cautelare nel processo di impugnazione», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di) , *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014, p. 937 a 988.; J.Á. Palacio Hincapié, *op.cit.*; D. Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo...cit.* Le previsioni normative di tutti i due ordinamenti sono, altrettanto, analoghe. Il giudice amministrativo ha la facoltà di adottare le misure che appaiono più idonee ad assicurare internamente gli effetti della decisione giurisdizionale. In Italia, ai sensi degli art. 55 a 62 del C.P.A. e, in Colombia, ai sensi degli art. 229 a 241 del C.P.A.C.A.

<sup>211</sup> In precedenza, si aveva riferito come in Colombia il giudice amministrativo sia ritenuto come il giudice del diritto amministrativo e, meglio, della funzione amministrativa (art. 104 del C.P.A.C.A.), il che comporta non poche difficoltà proprio per l'indeterminazione dalle materie appartenenti al diritto amministrativo o del contenuto e portata della funzione amministrativa. Comunque, dall'assetto costituzionale si può affermare che “se continúa una tendencia evolutiva de considerar el contencioso administrativo como una jurisdicción distinta y no como una especialización, fundada en aspectos materiales, de la jurisdicción ordinaria”. A. Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción...cit.*, pp. 90 e 91.

<sup>212</sup> Cfr. A. Sandulli, *op.cit.*, p. 656.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 656 e ss.

<sup>214</sup> Due grandi insiemi di azioni verificabili sia in Colombia (arts. 135 a 148 del C.P.A.C.A.) sia in Italia (arts. 30 a 33 del C.P.A.).

soggettivo che si intende leso<sup>215</sup>, essendo il potere più incisivo quello della disapplicazione, che sebbene non invalidi l'atto sindacato, implica la cessazione della sua efficacia<sup>216</sup>. Un'analisi simile al riguardo degli effetti derivati dai controlli politici (del legislatore) o dei controlli non giurisdizionali (interni ed esterni) rileva uno scenario sostanzialmente diverso, ma tendenzialmente simile negli ordinamenti studiati.

Il controllo amministrativo politico ha un'impostazione normativa che permette prevedere la potenzialità di produrre effetti incisivi e pervasivi. Infatti, in tutti e due ordinamenti si trovano previsioni normative al riguardo delle facoltà di attuare mozioni (di fiducia e di sfiducia<sup>217</sup>). Il problema risiede nel fatto che gli effetti incisivi, ad esempio del successo della mozione di censura, si indirizzano verso il dipendente pubblico apposto, ma non verso la parte dell'attività amministrativa che abbia motivato l'avvio del controllo politico amministrativo. Dunque, a prescindere della sua efficacia o meno, dalla prospettiva dei potenziali effetti, risulta che i controlli politici sono muniti di effetti che, anche se pervasivi, non sono rivolti all'attenzione diretta delle criticità rilevate nello sviluppo dell'attività amministrativa che abbia provocato il controllo. Il che rinvia il controllo dell'attività amministrativa e la tutela dei privati al controllo di tipo giurisdizionale.

A sua volta, al riguardo dei controlli amministrativi non giurisdizionali (interni ed esterni), che costituiscono il baricentro della ricerca, l'analisi sarà più approfondita. In genere, si afferma che gli effetti di questo tipo di controllo sono diversi a seconda che il parametro di controllo sia di legittimità o meno. Nell'ordinamento italiano, solo nel caso del controllo preventivo di legittimità si prevede la possibilità, ormai ristretta ad apposite fattispecie previsti normativamente (art. 100 C.R.i. e art. 3 della L. 20/1994), di produrre effetti diretti e concreti, mentre che nei restanti casi, che ne sono la maggior parte, si potrebbe affermare che gli effetti sono segnati dalla natura "collaborativa"<sup>218</sup>, propria degli sviluppi dell'ordinamento italiano dell'inizio degli anni 90'. A sua

---

<sup>215</sup> In relazione al giudice ordinario "è ormai pacifico che il giudice possa adottare sentenze di condanna, anche ad un *facere* che consista nell'adozione di un atto amministrativo, senza doversi limitare, in presenza di un atto amministrativo (che il giudice ordinario non può annullare), alla sola condanna al risarcimento del danno". F. Merloni, *op.cit.*, p. 416.

<sup>216</sup> Comunque "una volta creato il giudice amministrativo i casi in cui ad un atto amministrativo si confronti un diritto sono assai limitati. Intanto, il provvedimento amministrativo deve avere effetti sulla controversia solo incidentalmente, perché se gli effetti fossero diretti la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo." *Ibidem*, pp. 416 e 417.

<sup>217</sup> In Colombia, attraverso *moción de censura, informes, citaciones a funcionarios públicos y particulares, comisiones de investigación*. In Italia, attraverso delle mozioni delle interrogazioni, delle interpellanze, delle audizioni e delle indagini conoscitive. Per approfondire si veda, Germán Lozano Villegas, *Control político en el ordenamiento constitucional colombiano: ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010; Anna Papa, «Il Parlamento», Paola Bilancia, Eugenio De Marco (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica: le istituzioni e la società*, Assago, Wolters Kluwer, 2018, p. 231 a 233.

<sup>218</sup> In genere, questi effetti si ritengono propri dei controlli esterni della Corte dei Conti italiana, e si caratterizzano per essere rivolti a "stimolare nell'ente o nell'amministrazione controllati processi di autocorrezione, sia sul piano delle decisioni legislative, dell'organizzazione e dell'attività gestionale, sia sul piano dei controlli interni" G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, pp. 1371 e 1372. Questa logica collaborativa è ribadita dalla giurisprudenza costituzionale italiana, nel senso di affermare, nella S. 29/1995, che il rapporto fortemente collaborativo della Corte dei conti, cui è data la possibilità di formulare a quelle "in qualsiasi (altro) momento" le proprie osservazioni e di ricevere dalle stesse comunicazioni delle "misure consequenzialmente adottate". Questo tipo di rapporto è la conseguenza del fatto che il controllo dei risultati della gestione è, prima di tutto, diretto a stimolare nell'ente o nell'amministrazione controllati

volta, nell'ordinamento colombiano, accede qualcosa di simile, in via eccezionale alcuni meccanismi di controllo producono effetti diretti e concrete, ma di regola essi detengono natura collaborativa, senza che vi siano proposte o sviluppati (teorici o normative) in relazione di un concetto analogo a quello italiano. Adesso occorre sviluppare queste premesse, facendo leva della attuale distinzione fra controllo interno ed esterno, cui importanza per determinare il "referente" del controllo, fornisce il primo indizio sulla carenza di effetti diretti e concreti<sup>219</sup> dei controlli non giurisdizionali.

Al riguardo dei controlli interni, entro i quali possono rientrare i poteri di autotutela e i ricorsi amministrativi<sup>220</sup>, è possibile evidenziare in tutti e due gli ordinamenti studiati che, malgrado le riforme normative attuati, questa tipologia di controllo non giurisdizionale è in grado di produrre effetti diretti e concreti sull'oggetto controllato solo nei casi, appunto dell'autotutela o dei ricorsi, ma non quando si tratta dei "nuovi" controlli interni<sup>221</sup>.

L'autotutela, che "non ha trovato, in dottrina, un inquadramento unitario tale da consentirne una univoca definizione"<sup>222</sup>, è caratterizzata da un ampio spettro che copre dal "potere dell'amministrazione di farsi ragione da sé"<sup>223</sup>, fino a la "risoluzione di situazioni conflittuali"<sup>224</sup>, nonché viene considerata come un principio basilico per l'adempimento degli scopi delle amministrazioni pubbliche<sup>225</sup>. Dunque, in nessuno degli ordinamenti vi è un regime normativo generale dei poteri di autotutela, comunque, il suo contenuto si è delineato teoricamente dall'interpretazione di alcuni insiemi normativi che attribuiscono il potere di riesame derivato dello stesso potere pubblico. Così, si afferma che "all'efficacia del provvedimento viene normalmente ricondotta l'autotutela amministrativa, espressione con la quale si indicano fenomeni diversi accomunati dalla possibilità, per l'amministrazione, di fare a meno del giudice: vi rientrano l'autotutela decisoria, cioè il potere di rimuovere o modificare precedenti provvedimenti, senza un

---

processi di "autocorrezione" sia sul piano delle decisioni legislative, dell'organizzazione amministrativa e delle attività gestionali, sia sul piano dei controlli interni".

<sup>219</sup> Infatti, una delle utilità di questa divisione fra controllo interno ed esterno, secondo la dottrina italiana, risiede nel fatto che "essa mette in rilievo che il controllo ha i suoi "referenti", secondo i casi, all'interno o all'esterno dell'amministrazione, nel senso che la responsabilità di attivare la "misura" del controllo compete, rispettivamente, ad un organo dell'amministrazione (eventualmente diverso da quello che ha eseguito il controllo) o a soggetti ad essa estranei (anche se potrà essere un organo dell'amministrazione ad attuare concretamente la misura)". *Ibidem*, p. 1368.

<sup>220</sup> Di regola, l'autotutela e i ricorsi amministrativi non sono inclusi come meccanismi di controllo interno. Tuttavia, qua vengono studiati assieme in ragione, prima, ad essere svolti da soggetti diversi dal giudice e, soprattutto, da strutture o soggetti appartenenti all'interno della pubblica amministrazione, in linea con l'elemento organico che caratterizza i controlli interni. Cfr. *Ibidem*, p. 1367.

<sup>221</sup> Nuovi perché sono introdotti nell'ambito dell'attività amministrativa, solo dopo la crisi finanziaria degli anni 80' del secolo scorso, essendo prima a lungo trascurati dalla dottrina e dalla legislazione. Il che non significa omettere l'esistenza, prima di quella data, di strumenti di ispezione interna, in entrambi gli ordinamenti. Si veda, J.I. Rincón Córdoba, «El control interno...»cit., p. 466.; G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1367 a 1372.

<sup>222</sup> Massimo Ragazzo, *L'autotutela amministrativa: principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3.

<sup>223</sup> Interpretazione della definizione di Benvenuti, secondo cui l'autotutela è la capacità di farsi giustizia da sé. *Ibidem*, p. 12.; Sabino Cassese, «Il diritto amministrativo e i suoi principi», Sabino Cassese (a cura di), *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. i, Milano, Giuffrè, 2015, p. 10.; Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 546.

<sup>224</sup> M. Ragazzo, *op.cit.*, p. 12 a 15.

<sup>225</sup> J.O. Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo. Tomo I...cit.*, pp. 36 e 37.

processo di cognizione; e l'autotutela esecutiva, cioè il potere di portare a esecuzione coattivamente i propri provvedimenti, senza un processo di esecuzione"<sup>226</sup>. Per quanto riguarda la presente indagine, diventa importante mettere in luce che nell'ambito dell'autotutela emergono due conseguenze, prima, essa, essendo concepita come un meccanismo da ridurre, testualmente, "fare a meno" la competenza di controllo del giudice<sup>227</sup>, illustra l'identificazione, consapevole o meno, fra controllo amministrativo e il giudice<sup>228</sup>. Seconda, la sua portata, come meccanismo di controllo, permetterebbe l'emanazione di decisioni con effetti diretti e concreti, allorché vi siano rivelati difetti di legittimità o di merito, consentendosi un'ampia facoltà per annullare o modificare la decisione controllata<sup>229</sup>.

A sua volta, anche nella cornice dell'autotutela<sup>230</sup>, si trovano i ricorsi amministrativi, ritenuti come la forma paradigmatica di controllo amministrativo interno<sup>231</sup>, con supporto nella prospettiva procedimentale della classica costruzione dogmatica del diritto amministrativo<sup>232</sup>. Infatti, In Italia i ricorsi amministrativi si ritengono come "procedimenti di riesame a iniziativa di parte<sup>233</sup> (contrapposti a quelli d'ufficio, come per esempio la revoca) con funzione giustiziale"<sup>234</sup>; quindi, "colui che ritenga di aver subito la lesione di una situazione soggettiva qualificata (diritto soggettivo o interesse legittimo) può anche presentare ricorso amministrativo"<sup>235</sup>. Tramite essi si possono produrre effetti diretti e concreti, di revisione o di riesame, sull'oggetto sottoposto a ricorso perché, "oltre all'intervento di un giudice (ordinario o amministrativo) vi è la possibilità che sia la stessa amministrazione a intervenire su un proprio provvedimento, al fine di annullarlo o di rimuovere i vizi riscontrati"<sup>236</sup>. Nell'ordinamento colombiano, altrettanto, i ricorsi

---

<sup>226</sup> La prima è incorniciata nei procedimenti amministrativi di secondo grado, e la seconda nell'esecuzione forzata amministrativa. Cfr. B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»cit., p. 385. Forse sui binari di una visione estremamente formalista dell'attività amministrativa, che ignora altri tipi di attività non formalizzate in atti amministrativi.

<sup>227</sup> L'autotutela è "manifestazione del potere della pubblica amministrazione di provvedere autonomamente alla salvaguardia dell'interesse pubblico, successivamente all'emanazione del provvedimento, senza necessità di alcun intervento da parte dell'autorità giurisdizionale". M. Ragazzo, *op.cit.*, p. 4.

<sup>228</sup> L'autotutela "define un ámbito necesario de actuación, donde el poder del juez queda excluido (...) el juez (...) únicamente podrá intervenir cuanto la autotutela declarativa esté ya producida". Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas -Thomson Reuters, 2017, p. 557.

<sup>229</sup> "En la autotutela declarativa o decisoria a Administración define derecho ejecutoriamente, como en la ejecutiva los impone forzosamente, sustituyendo en ambos casos el papel normal del juez" *Ibidem*, p. 571.

<sup>230</sup> "La esencia del recurso administrativo radica en la autotutela de la legalidad que la Administración realiza sobre su propia actividad, previa a la vía judicial, cuando lo solicita un interesado". Catalina Escuín Palop, *Curso de Derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 229.

<sup>231</sup> Forma di controllo completata attraverso il controllo giudiziale, si veda A. Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción...cit.*, p. 70 a 75.

<sup>232</sup> "El procedimiento administrativo ha constituido el cauce natural para la formación de la voluntad de la Administración pública. Ha sido concebido como un proceso de toma de decisiones; el procedimiento clásico es en esencia un procedimiento de carácter decisorio: dictado de actos administrativos; aprobación de normas reglamentarias; adjudicación y celebración de contratos. El procedimiento representa, pues, un método" Javier Barnes, «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», Javier Barnes (a cura di), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press - INAP, 2006, pp. 268 e 269.

<sup>233</sup> In Italia questa sarebbe la principale distinzione fra i poteri di autotutela e i ricorsi amministrativi, cioè, i primi si avviano a discrezionalità della pubblica amministrazione mentre i secondi richiedono l'iniziativa di parte.

<sup>234</sup> M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 492.

<sup>235</sup> A. Sandulli, *op.cit.*, p. 640.

<sup>236</sup> F. Merloni, *op.cit.*, p. 346.



amministrativi si ritengono come parte dei mezzi di controllo interno, attraverso i quali si cerca giustizia amministrativa<sup>237</sup>, con lo scopo di “*hacer seguimiento o fiscalización de la acción u omisión del Estado*”<sup>238</sup>. Dunque, anche in Colombia essi sono in grado di produrre effetti diretti e concreti sull’oggetto del ricorso e indirizzati a chiarire, modificare, aggiungere o rivocare la decisione, ai sensi dell’art.74 del C.P.A.C.A.

Questo profilo posiziona i ricorsi, in tutti e due gli ordinamenti, come meccanismi di controllo interno<sup>239</sup> con la potenzialità di produrre effetti concreti e diretti, nel senso di emanare decisioni imponibili da colui che detiene il potere di controllo<sup>240</sup>. Comunque, la suddetta potenzialità, in teoria, si vede ridotta dal fatto che, in genere, la sua natura collegata con l’autotutela e in ogni caso come potere, implica ritenerli come una parte formale e una fase precedente dal processo giudiziale<sup>241</sup>, il che posiziona al giudice al centro dell’argomento del controllo perché si creano incentivi, nelle amministrazioni, indirizzati a non ravvisare approfonditamente i ricorsi<sup>242</sup> e limitare la sua portata a fase strumentale di conferma della decisione<sup>243</sup>. Tuttavia, ai fini dell’indagine, dopo di accertare che l’autotutela e i ricorsi amministrativi sono in grado (potenzialmente) di controllare tramite la produzione di decisione con effetti diretti e concreti sull’oggetto controllato, cioè, che soggetti diversi dal giudice sono in grado di attuare il controllo amministrativo, si deve rilevare che il loro assetto teorico e normativo anzi di distruggere la premessa proposta di identificazione – monopolio del controllo da parte del giudice, la conferma perché, la possibilità di produzione di effetti del genere, in entrambi ordinamenti, è difficilmente attuabile.

Da un lato, l’autotutela, essendo un potere della pubblica amministrazione al fine di, appunto, tutelare da sola le sue situazioni giuridiche, senza l’intervento del giudice, restringe la possibilità

---

<sup>237</sup> “*Justicia administrativa son los medios de control de la actividad administrativa. (...) medios de control se refiere a un conjunto, muchas veces desarticulado, de instrumentos tanto administrativos como jurisdiccionales para hacer el seguimiento o la fiscalización de la actividad o de la inactividad administrativa*”. Andrés Fernando Ospina Garzón, «La justicia administrativa para la paz o los “medios de control” para la paz», *La constitucionalización del derecho administrativo. Tomo II: el derecho administrativo para la paz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 639.

<sup>238</sup> Jorge Iván Mogollón, «Fundamentos del carácter obligatorio de los recursos administrativos en Colombia.», Tesis de grado para optar el título de magíster en derecho con énfasis en derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 15.

<sup>239</sup> “*Los recursos administrativos representan, así, un eficaz mecanismo de control interno administrativo, como claramente acontece en el caso del recurso de alzada, que permite al órgano superior fiscalizar la actividad del órgano inferior*”. Alfonso Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 999.

<sup>240</sup> Cfr. J. Agudo González, *op.cit.*, p. 28.

<sup>241</sup> È illustrativo che la dottrina italiana studi i ricorsi amministrativi all’interno di argomenti volti alla giustizia amministrativa, senza costituire un requisito previo per agire innanzi il giudice, si veda M. Clarich, *Manuale...cit.*, pp. 492 e 494.; A. Sandulli, *op.cit.*, p. 640 a 647. A sua volta, in Colombia la medesima impostazione normativa implica che i ricorsi siano una fase previa del processo, poiché essi devono essere esauriti, come requisito procedurale (*requisito de procedibilidad*), prima di avviare le azioni giurisdizionali, secondo l’art. 76 del C.P.A.C.A.

<sup>242</sup> Tanto che nell’ordinamento colombiano il discredito dei ricorsi amministrativi, dovuta alla tendenziale assenza di tutela – controllo, viene rilevata come una delle principali ragioni, sia per la sua eliminazione sia per la reimpostazione del suo carattere obbligatorio verso uno facoltativo. J.I. Mogollón, *op.cit.*, p. 40 a 53.

<sup>243</sup> Sebbene il regime generale dei ricorsi amministrativi risalga al 1971, il che implicherebbe un consolidamento nella prassi, in realtà “la loro origine precede quella dei mezzi di tutela giurisdizionale che hanno fatto declinare l’importanza, soprattutto dopo l’istituzione dei TAR nel 1970”. D. Sorace, *op.cit.*, p. 547.

di controllo effettivo (produzione di effetti di controllo) ai casi in cui l'oggetto a tutelare si corrisponda con la situazione giuridica dell'amministrazione, che può non coincidere con quella del privato e, perciò, nella logica del potere, l'autotutela rischia di diventare, anzi, una barriera per la tutela-controllo giurisdizionale<sup>244</sup>, ribadendo la sua natura di mero *privilège du préalable*<sup>245</sup>. Dall'altro canto, la possibilità di produrre gli effetti accennati da parte dei ricorsi amministrativi, a prescindere del suo carattere obbligatorio o meno<sup>246</sup>, viene ridotta ai casi concreti in cui vi sia conflitto<sup>247</sup>, di preciso quelli casi derivati da atti o da provvedimenti appositi (non sono volti a complessive attività), richiedono di legittimazione attiva e l'effettiva utilizzazione da parte dei privati. Tutto ciò implica, palesemente, una considerevole diminuzione delle fattispecie in cui l'attività amministrativa è controllata tramite i ricorsi amministrativi. Tuttavia, rimanendo ferma la più ampia potenzialità di controllo, tramite decisioni imponibili o, almeno, in grado di produrre effetti da parte del controllo giurisdizionale.

Per quanto riguarda i "nuovi" controlli amministrativi interni è possibile affermare che, in entrambi ordinamenti, detengono a pieno la natura collaborativa, cioè, non sono impostati in modo di produrre alcun effetto diretto o concreto, bensì sono indirizzati a stimolare l'attuazione di misure correttive da parte di altri soggetti. Questi meccanismi non sono in grado di soddisfare le finalità che li vengono attribuite e, invece, si limitano a verificare e pubblicizzare le criticità attraverso di rapporti o relazioni<sup>248</sup>, come strumenti che favoriscono -ma non garantiscono- il controllo politico (dal legislatore) e sociale (dai privati)<sup>249</sup>. Perciò, sui binari spiegati in precedenza, il controllo amministrativo interno proprio (provvisto di effetti) viene affidato, sia ai ricorsi amministrativi sia ai giudici.

Seguendo la linea metodologica, i potenziali effetti che si possono derivare dei meccanismi di controllo interno si limitano alla comunicazione delle criticità al referente, cioè "al titolare - secondo i casi- del potere di indirizzo o di gestione (eventualmente prospettandogli gli interventi e rimedi del caso), spetta a questi di decidere riordini organizzativi, migliori allocazioni di risorse,

---

<sup>244</sup> L'autotutela può materializzarsi nell'obbligo di "reclamazione previa", il che "*agrava la ya inicial carga de accionar que se ha desplazado al administrado, complicando y retrasando el acceso a la garantía judicial, que es la única independiente y efectiva*". E. García de Enterría, T.-R. Fernández, *Curso de derecho administrativo I...*cit., pp. 564 e 565.

<sup>245</sup> Privilegio le cui radici si trovano, nella logica della giustizia ritenuta, come facoltà di decidere ed eseguire da solo, appunto, come i giudici. Si veda R. Parada Vázquez, *op.cit.*, p. 31.

<sup>246</sup> Che in Colombia tradizionalmente si fondamento nell'idea del *privilège du préalable*, però che ad oggi trova fondamento nella doppia finalità li viene attribuita: la tutela delle situazioni giuridiche della pubblica amministrazione (interesse generale – legalità) e la tutela delle situazioni giuridiche dei privati. Si veda J.I. Mogollón, *op.cit.*, p. 89 a 130.

<sup>247</sup> Anche se si ritenesse che i ricorsi amministrativi non siano meccanismi alternativi di composizione delle controversie, la verità è che la loro interposizione presuppone l'esistenza di un conflitto. In relazione ai ricorsi amministrativi e alla loro possibile non appartenenza ai meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie, si veda: Margherita Ramajoli, «Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche», *Diritto Amministrativo: Rivista Trimestrale*, fasc. 1-2, 2014: 5 e 6.

<sup>248</sup> Cfr. José Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 223 e 224.

<sup>249</sup> Tendenzialmente, alla stregua dei casi italiano e colombiano, la dottrina spagnola ritiene che la garanzia di trasparenza e di accesso all'informazione siano forme di controllo efficaci dell'azione amministrativa, nel senso di favorire altre forme di controllo. Cfr. *Ibidem*, p. 221 a 224.

semplificazioni procedurali, eliminazione di difunzioni, sostituzioni di dirigenti, ecc.”<sup>250</sup> Infatti, sia nel caso dei controlli interni disciplinati dal D.lgs. 286/1999 (controllo di regolarità amministrativa e contabile<sup>251</sup>, controllo di gestione<sup>252</sup>, valutazione dei dirigenti<sup>253</sup>, valutazione e controllo strategico<sup>254</sup>), sia nei meccanismi di valutazione del D.lgs. 150/2009 (misurare e valutare la *performance* dell’organizzazione e dei suoi dipendenti<sup>255</sup>), la loro portata è circoscritta (limitata) alla verifica (monitoraggio, misurazione, valutazione) delle diverse criticità, al fine di riferire, non di controllare, i soggetti incaricati di attuare le misure di adeguamento o di rendicontazione e garanzia di trasparenza. Inoltre, risulta palese che questa impostazione normativa rende impossibile, o almeno troppo difficile, la soddisfazione delle finalità che li vengono attribuite dallo stesso assetto normativo.

A sua volta, la disciplina dei controlli interni in Colombia, contenuta in linea di massima nella L. 87/1993, che definisce e caratterizza il controllo interno, nella L. 489/1998, che crea il sistema nazionale di controllo interno (norme sviluppate nel D. 648/2017 e nel D. 1499/2017, tutti e due compilati nel D. 1083/2015). La dottrina colombiana ha trascurato l’analisi critica di questi meccanismi e, ove l’ha intrapreso, si limita spesso ad approcci descrittivi<sup>256</sup> e, nei casi in cui si intendono fare proposte per migliorare l’efficacia dei controlli interni, non si occupano appunto degli effetti, anzi, intendono che l’ampliamento e la sofisticazione dei mezzi tecnici<sup>257</sup> o il rafforzamento delle garanzie di indipendenza e autonomia<sup>258</sup>, siano in grado di produrre la suddetta efficacia. Dalla prospettiva dei risultati (effetti) dei controlli, in linea con le previsioni normative, si ritiene che essi siano indirizzati alla “*autoevaluación o diagnóstico de aquello que ocurre en la organización en sus diferentes planos (contabilidad, planeación, evaluación del desempeño, etc.), pero al mismo tiempo planes de mejoramiento (...) se trata de un control transversal en el ordenamiento jurídico colombiano pues no se restringe solo a la rama ejecutiva del poder*

---

<sup>250</sup> G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 1371.

<sup>251</sup> Cfr. Mario Collevocchio, «Il controllo interno di regolarità amministrativa e contabile», Marco Cammelli (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, Rimini, Maggioli, 2001, p. 47 a 64.

<sup>252</sup> Cfr. Giuseppe Cogliandro, «Il controllo di gestione nelle pubbliche amministrazioni», Marco Cammelli (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, Rimini, Maggioli, 2001, p. 161 a 174.

<sup>253</sup> Cfr. Edoardo Barusso, «Sistema delle valutazioni e ruolo del direttore generale», Marco Cammelli (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, Rimini, Maggioli, 2001, p. 153 a 160.

<sup>254</sup> Cfr. Alberto Romolini, *Il controllo strategico nelle amministrazioni pubbliche: problematiche e prospettive*, Milano, Angeli, 2009; Luisa Torchia, «La nuova disciplina dei controlli nell’amministrazione: l’attività di valutazione e controllo strategico», Marco Cammelli (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, Rimini, Maggioli, 2001, p. 65 a 76.

<sup>255</sup> Cfr. Renato Mele, Raffaele Adinolfi (a cura di), *Gestione e controllo delle pubbliche amministrazioni: dopo la riforma Brunetta*, Roma, Aracne, 2010; Paolo Tanda, *Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012.

<sup>256</sup> Cfr. D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, pp. 51, 581 a 584.

<sup>257</sup> Cfr. Mariana Salnave Sanin, James Lizarazo Barbosa, «El sistema de control interno en el Estado colombiano como instancia integradora de los sistemas de gestión y control para mejorar la eficacia y efectividad de la gestión pública a 2030», Tesis de grado para optar el título de magister en pensamiento estratégico y prospectiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 115 a 215.

<sup>258</sup> Cfr. Martha Cecilia Mora Correa, «Independencia y autonomía del control interno en las entidades públicas de Colombia», Tesis de grado para optar el título de magister en derecho con énfasis en derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

*público*”<sup>259</sup>. Pertanto, si mette in luce che i suoi risultati si limitano a rivelare, segnalare, informare, ecc., i problemi nell’azione amministrativa (da diverse prospettive: legalità, gestione, opportunità, ecc.), ma in termini di potenzialità, gli effetti non sarebbero nemmeno qualificabili di incisivi, anzi, sono contingenti e indiretti in relazione con l’oggetto controllato.

Insomma, il problema risiede nel fatto che la previsione normativa dell’esito del controllo interno -in tutti e due ordinamenti- non li fornisce una capacità effettiva di incidere<sup>260</sup>, sebbene non in modo vincolante, al meno in modo obbligatorio<sup>261</sup>, perché la misura di risposta alle criticità rilevate, presa dal referente, ove ci sia, può prescindere o trascurare, arbitrariamente, gli interventi o suggerimenti che proprio il controllore ha rilevato come pertinenti. Risulta evidente la natura collaborativa degli esiti, che affida l’attuazione delle misure alla forza (contingente) dello stimolo generato.

Per quanto riguarda ai controlli esterni, la situazione non è molto diversa. Infatti, la regola generale è l’attribuzione di natura collaborativa, tranne i controlli di legittimità. Nell’ottica della produzione di effetti, solo questi ultimi sono in grado di produrli<sup>262</sup>. Il caso del controllo preventivo di legittimità, attribuito alla Corte dei Conti, costituisce il caso paradigmatico di risultanza munita di effetti diretti e concreti sull’efficacia dell’atto controllato (art. 3 della L. 20/1994). Tuttavia, nel caso di esito negativo di un atto governativo, il controllato ha la facoltà di attuare la decisione attraverso la “registrazione con riserva” presa dalla Corte, ai sensi dell’art. 25 del T.U. 1214/1943, il che implica la riduzione della suddetta possibilità di generazione di effetti<sup>263</sup>. La natura collaborativa dei controlli della Corte dei Conti, fatto salvo il controllo preventivo di legittimità, trova fondamento aggiuntivo dopo l’intervento della C.C.i.<sup>264</sup> e della L. 20/1994, si ritiene che la Corte dei Conti (principale controllore esterno) eserciti i suoi meccanismi di controllo successivi sulla gestione e i risultati “da una posizione di assoluta neutralità e indipendenza, si iscrivono in un rapporto fortemente collaborativo con le amministrazioni, essendo intesi prima di tutto (...) a stimolare nell’ente o nell’amministrazione controllati processi di autocorrezione, sia sul piano delle

---

<sup>259</sup> J.I. Rincón Córdoba, «El control interno...»cit., p. 465.; D. Younes Moreno, Derecho del control...cit., p. 656. Quest’ultimo illustra gli esiti come forme di *autoevaluación institucional, auditoría interna e planes de mejoramiento*.

<sup>260</sup> Al 2003, ribadibile ad oggi, la dottrina riteneva che “ad oggi (...) il dato di esperienza è nel senso della stretta difficoltà di innescare il meccanismo delle correzioni ad apportare nel corpo dell’amministrazione”. G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 1371.

<sup>261</sup> Questo argomento fa parte della proposta di reimpostazione degli effetti dei controlli non giurisdizionali. Per ora si accenna con lo scopo di mettere in luce l’assenza di effetti.

<sup>262</sup> “I controlli della Corte sono volti a “sorreggere o correggere” l’azione governativa e amministrativa (controlli preventivi) o a “coadiuvare e collaborare” con le amministrazioni (controlli successivi). In entrambi i casi, non è riconoscibile la natura di “stabilizzatore” che dovrebbe caratterizzare la funzione di controllo in generale, ma emerge un complesso intreccio di ruoli”. Elisa D’Alterio, «Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2019: 46.

<sup>263</sup> Comunque, solo in questo caso si evidenzia una potenzialità reale di produzione di effetti incisivi. Ad esempio, è prevista una misura diretta di sostituzione di un’altra autorità a quella che avrebbe dovuto ripristinare la regolarità violata nel caso dei controlli sull’efficienza delle aziende sanitarie, ai sensi dell’art. 2-*octies* o dell’art. 19-ter del D.lgs. 229/1999, che può culminare in interventi sostitutivi del governo centrale nei confronti delle regioni inadempienti agli obblighi da esse assunti con lo Stato circa la riorganizzazione (buon andamento) dei servizi sanitari.

<sup>264</sup> Con la nota sentenza C.C.i. n. 29/1995.

decisioni legislative, dell'organizzazione e dell'attività gestionale, sia sul piano dei controlli interni"<sup>265</sup>.

Oltre al compito principale della verifica della regolarità amministrativa degli atti pubblici, la Corte dei Conti deve realizzare il "controllo successivo della gestione contabile e di bilancio dello Stato e degli enti pubblici e, con riguardo all'equilibrio della finanza pubblica, anche di Regioni ed enti locali"<sup>266</sup>, al senso dell'art 100 della C.R.i.<sup>267</sup>. In relazione a ciò che interessa a questa parte dell'indagine, e al di là degli elementi lungimiranti<sup>268</sup>, è proprio questa norma in cui è stabilito che la Corte dei Conti "riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito", il che mette in luce che l'esito del controllo esterno italiano, eseguito dalla Corte, si realizza in "rapporti", il cui contenuto è il "riscontro" eseguito. Cioè, la medesima impostazione costituzionale fornisce, in linea generale, l'assetto in vigore del risultato di questo tipo di controllo, in cui la portata sembra limitarsi a riscontare ciò che è stato fatto e rilevato<sup>269</sup>, quindi le aspettative dei soggetti interessati e le esigenze dell'ordinamento giuridico saranno compiute con il referto, con la rendicontazione della gestione, a prescindere dei rilievi di risultati cattivi o meno; il che non garantisce l'adeguamento degli scostamenti riscontrati e, pertanto, non contribuisce alla soddisfazione delle finalità delle attività controllate, lasciando l'attuazione delle correzioni ai buoni uffici e ai buoni intenzioni del controllato, principalmente, e del legislatore.

In Colombia il controllo esterno, secondo l'art. 117 della C.P.c., è svolto da due enti pubblici: il *Ministerio Público*<sup>270</sup> e la *Contraloría General de la República*<sup>271</sup>. Al primo gli corrisponde, al senso dell'art. 118 della C.P.c., "*la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas*", tutte e tre funzioni rientrano come competenze di controllo amministrativo; a sua volta, al senso dell'art. 119 della C.P.c., al secondo gli corrisponde "*la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración*". Al riguardo della tipologia di controllo svolta da questi

---

<sup>265</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., pp. 1371 e 1372.

<sup>266</sup> Marco Cammelli, *La pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 122.

<sup>267</sup> Articolo di grande rilievo per l'impostazione del controllo amministrativo italiano e da cui derivano importanti questioni come la natura ausiliaria del suo controllo o la insindacabilità dei suoi atti; e che è stato definito come un articolo costituzionale ambiguo "in virtù da un lato della inserzione della norma nella sezione concernente gli organi ausiliari del Governo e dall'altro del "chiaro" tenore della disposizione che vuole il referto della Corte indirizzato esclusivamente alle Camere". A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 160.

<sup>268</sup> Come la prevalenza delle Camere come interessati nei risultati del controllo o la natura di ciò che la Corte deve riferire, i quali si analizzeranno più avanti.

<sup>269</sup> E alla stregua del caso colombiano si può evidenziare l'uso indistinto di concetti al riguardo del controllo, però senza analizzare i problemi che ne si derivano. Nel concetto di controllo amministrativo "rientrano operazioni che le norme definiscono come "riscontro", "verifica", "analisi", "monitoraggio", "misurazione", "valutazione", "revisione", "ispezione", "relazione" (oppure "rapporto", "referto") ed altre ancora". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 545.

<sup>270</sup> Secondo l'art. 118 della C.P.c. è esercitato dal *Procurador General de la Nación*, con funzioni disciplinare, di vigilanza l'adempimento dell'ordinamento giuridico nel suo complesso e di garanzia dell'effettività dei diritti e interessi della società; dal *Defensor del Pueblo*, paragonabile col Difensore Civico italiano, con funzioni di ombudsman; e "*por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley*".

<sup>271</sup> Paragonabile con la Corte dei Conti italiana, vista le sue funzioni di vigilanza e controllo in materia fiscale sulle entrate e spese pubbliche all'interno del bilancio dello Stato.

enti vi sono parecchi argomenti di molto interesse per la ricerca<sup>272</sup>, tuttavia, in questa parte interessano i potenziali effetti che se ne possono derivare. L'analisi complessivo del regime permette affermare che l'effetto potenziale, quello che tutti gli attori possono aspettare dell'esercizio del controllo, si condensa nei referti o nei rapporti annuali<sup>273</sup>, principalmente indirizzati al *Congreso de la República*<sup>274</sup>, con lo scopo di generare informazione (rendicontazione) e processi di miglioramento volontario in base alle raccomandazioni, delle future attività svolte dal soggetto controllato<sup>275</sup>.

Insomma, tutti gli elementi storici, teorici e normativi che hanno permesso di proporre il monopolio del controllo amministrativo, si sono materializzati attraverso delle decisioni prese dai giudici, poiché solo “le sentenze” si dimostrano, notevolmente più capaci di controllare, tramite la produzione di effetti diretti, concreti e certi sull'oggetto controllato. Al contrario, i controlli politici o quelli non giurisdizionali sono in grado (potenzialità) di produrre un'ampia gamma di effetti, da contenuto e portata diversa, però solo in via eccezionale ed eventuale essi si indirizzano in modo diretto e concreto verso l'oggetto controllato. Questi non sono in grado di controllare in modo efficace sull'oggetto controllato<sup>276</sup>. Pertanto, il controllo giurisdizionale continua ad essere l'unico che detiene la legittimazione derivata della produzione di effetti diretti e concreti sull'oggetto controllato. In altre parole, l'iniziale legittimità (teorica e normativa) dal giudice come *controllore* si è rafforzata dalla acquisizione della legittimazione (in prassi) derivata dalle sue risultanze: il diritto positivo attribuisce al controllo giurisdizionale una potenzialità maggiore di produrre effetti diretti, concreti e certi sull'oggetto controllato, il che rafforza la legittimazione dei giudici come controllori perché gli amministrati dovranno agire innanzi a esso allorché pretendano, con occasione dell'attività amministrativa, la tutela delle sue situazioni giuridiche soggettive (interessi e diritti) e richiedere/sindacare il cattivo andamento delle attività amministrative.

---

<sup>272</sup> La loro natura, le loro organizzazioni, le loro competenze specifiche, la natura di loro atti, ecc. Argomenti che si svilupperanno avanti.

<sup>273</sup> È illustrativo il rapporto per l'anno 2017 del *Procurador General de la Nación*, nel quale è evidente l'intenso e profondo lavoro di raccolta di informazione su situazioni di cattivo funzionamento delle amministrazioni pubbliche, di attuazioni inefficienti, inefficaci o non economiche, il cui effetto si limita alla possibilità di aprire processi disciplinari ed all'invito per cambiare le cattive pratiche. Si veda: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal\\_doc\\_interes//273\\_180123\\_Informe-PGN-365-dias.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//273_180123_Informe-PGN-365-dias.pdf)

<sup>274</sup> Per il *Procurador General de la Nación*, al senso del comma 8 dell'art. 277 della C.P.c. e del comma 4 dell'art. 7 del D.l. 262/2000. Mentre che per il *Contralor General de la República*, al senso dei commi 4, 6 e 11 dell'art. 268 della C.P.c.

<sup>275</sup> Ad esempio, secondo i numerali 4.6 (*Concluir el caso: evaluar y decidir*) e 4.7 (*Cierre del Caso*) del *Cuadernillo I. Procedimiento Preventivo de la PGN*, p. 21 e 22. Si veda <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/110311procedimientopreventivo.pdf>

<sup>276</sup> “È sottolineata da più parti l'insufficienza dei controlli cosiddetti “collaborativi”, cioè di un'attività di controllo priva di esiti giuridicamente efficaci (e qui l'efficacia è da intendere in senso giuridico). (...) E alcuni sporadici casi di particolare diligenza, che emergono nell'esperienza concreta, non servono certo a sanare il problema; e realizzare lo scopo per il quale il sistema stesso dei controlli è concepito, cioè prevenire l'illegalità, la *maladministration*, la violazione dei criteri di sana gestione finanziaria e dei principi dell'etica pubblica”. V. Cerulli Irelli, «Per una politica dell'etica pubblica...»cit., p. 43.

## Sezione II. Demistificazione del controllo pieno dell'attività amministrativa: ambiti sprovvisti o immuni

Dopo di aver messo in evidenza il supporto storico, teorico e normativo dell'identificazione - monopolio del controllo amministrativo con il giudice, cioè, avendo svelato una delle ombre che oscurano il regime del controllo dell'attività amministrativa, occorre passare ad analizzare le conseguenze che se ne derivano. Infatti, l'accennato monopolio ha comportato, altresì in modo impercettibile, la formazione di ambiti dell'attività amministrativa sprovvisti di controllo, sia per lacune sia per immunità, o la riduzione del controllo alle questioni in cui vi sia conflitto nonché, infine, delle aree in cui il controllo è soltanto apparente.

Ciascuna delle idee (storiche, teoriche, dogmatiche, normative) che sono state menzionate in precedenza hanno una base comune, nel contesto del transito dell'*Ancien régime* allo Stato liberale, uno dei principali standardi era costituito, come spiegato, dalla sottomissione del potere pubblico al diritto e dalla correlativa garanzia di controllo giurisdizionale. Ciò è più evidente sul piano del modello attuale del diritto amministrativo, in cui lo stesso insieme normativo viene presentato come una barriera difensiva (di controllo) verso il potere pubblico<sup>277</sup>. Tuttavia, tali basi portarono al monopolio giurisdizionale del controllo dell'attività amministrativa e, con questo, all'ascesa (e normalizzazione) di aree che sfuggono del controllo per diverse ragioni, però con la medesima fonte: il monopolio giurisdizionale.

In questa Sezione lo scopo non è altro che mettere in luce come gli ambiti dell'attività amministrativa sprovvisti di controllo, precisamente di quello di tipo giurisdizionale, costringono a demistificare la pienezza del controllo<sup>278</sup>. Essi sono stati sistematicamente trascurati e, pertanto, neanche ben delimitati, ignorando anche la sua decisa contribuzione nel fallimento dei tentativi di garantire il rispetto dell'ordinamento giuridico. Rilevare le lacune e le immunità costituisce una tappa necessaria per transitare dall'odierno monopolio del controllo giurisdizionale alla co-titolarità con quello di natura non giurisdizionale. Ciò agevola l'attuazione effettivamente della garanzia di pienezza del controllo, poiché l'identificazione delle aree (di potere o di competenze) che, ad oggi, sfuggono al controllo, rileva l'importanza di rendere efficaci le altre forme di controllo.

Per sviluppare le premesse riferite, il cui baricentro è la demistificazione di pienezza del controllo dell'attività amministrativa, innanzitutto, occorre soffermarsi sulle aree dell'attività amministrativa che sfuggono al controllo giurisdizionale e, perciò, che configurano ambiti sprovvisti o immuni al controllo (1). Dopo, sarà analizzato come la centralità del controllo giurisdizionale ha creato, altrettanto, un'identificazione fra le aree di controllo e gli ambiti contenziosi. Cioè, il controllo dell'attività amministrativa si è ridotto alle fattispecie conflittuali,

---

<sup>277</sup> "Ora la specialità del diritto amministrativo serve principalmente a tutelare le posizioni e le situazioni giuridiche soggettive dei privati nei confronti dei soggetti pubblici". S. Cassese, «Il diritto amministrativo...»cit., p. 2.

<sup>278</sup> La pienezza del controllo, nella logica di monopolio giurisdizionale, significa "*que no queden espacios francos de fiscalización jurisdiccional (...) control pleno no se referiría más bien a una noción cuantitativa (posibilidad de interponer recursos contra cualquier acto administrativo) que a una noción cualitativa (interpuesto y admitido el recurso, hasta donde ha de llegar la fiscalización)*". Miguel Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 77 e 78.

trascurando la sua pertinenza e necessità, a prescindere della presenza o meno di controversie litigiose (2). Infine, si metterà in luce l'area dell'attività amministrativa forse più trascurata dal controllo. Si tratta degli spazi conformati da oggetti di controllo attribuiti, precisamente, a soggetti diversi dal giudice. In essi, il controllo è soltanto apparente (3).

### **1. Giudicare le attività amministrative non sempre è controllarle: ambiti vuoti o immuni al controllo amministrativo**

Il monopolio giurisdizionale del controllo, da solo, si erge in una questione abbastanza problematica, poiché il suo ancoraggio nelle basi del modello del diritto amministrativo ha comportato la normalizzazione degli spazi sprovvisti di controllo. Ciò, a sua volta, mette in discussione l'intero sistema di diritto amministrativo. La sottomissione piena dell'attività amministrativa all'ordinamento giuridico è a rischio di diventare una favola<sup>279</sup>: senza controllo non può esserci una garanzia del genere.

La possibile favola del controllo si deriva di una semplice, ma non evidente, considerazione: giudicare l'esercizio dell'attività amministrativa, attraverso appunto la giurisdizione, non significa controllarla. Anche se, ad oggi, il monopolio rivelato ci si porta a quel significato. La questione si rileva più esplicita se si prende in considerazione che tutti i giudici (amministrativo e ordinario) hanno un ambito di competenza, che rivela questioni sul riparto di giurisdizione<sup>280</sup> o sull'ubicazione dei giudici nell'assetto organizzativo dello Stato<sup>281</sup>. Pertanto, tutte le materie che oltrepassano l'attribuzione di competenza del giudice dell'azione amministrativa (inglobando i giudici amministrativi, ordinari e, persino, penali) risultano, automaticamente, al di fuori del controllo. Questa indefinita e vasta area dell'attività amministrativa conforma la prima lacuna sprovvista di controllo.

Dunque, in tutti e due gli ordinamenti quelle parti delle attività amministrative che non si corrispondono o che non rientrano nell'ambito di competenza giurisdizionale sfuggiranno del controllo. Questo ci si riporta alla prospettiva normativa. In Italia, non sarà controllabile tutto ciò

---

<sup>279</sup> "A pesar, pues, de que teóricamente estamos en un Estado de Derecho, cuando los ciudadanos se relacionan con una Administración Pública deben tener muy presente, si no quieren caer en la aludida trampa del cuento de Caperucita que, tras la apariencia de un sujeto de derecho, de persona jurídica -de una débil abuelita- el poder ejecutivo, suma de todas las administraciones públicas, esconde las garras normativas, ejecutivas y sancionadoras del que, por su posición política y jurídica, y su manipulación del poder judicial, sigue siendo el más fuerte y arrogante de los poderes públicos". R. Parada Vázquez, *op.cit.*, p. 32.

<sup>280</sup> Questioni decisive in materia di controllo giurisdizionale italiano. In genere, "al giudice amministrativo, infatti, spettano non tutte le controversie con la pubblica amministrazione, ma soltanto (...) quelle in cui si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi". G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 318.

<sup>281</sup> Questione nodulare in tutta la storia del giudice contenzioso amministrativo colombiano. Nel contesto della C.P.c. di 1991 "resulta interesante la continuación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el marco de la rama judicial, entendida como una jurisdicción distinta a aquellas constitucional, ordinaria y especiales. (...) y no como una especialización, fundada en aspectos materiales, de la jurisdicción ordinaria". A. Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción...cit.*, pp. 90 e 91.



che oltrepassi il contenuto dell'interesse legittimo o del diritto soggettivo<sup>282</sup>, che di regola, in base al riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario (art. 7 C.P.A.), intende di coprire tutte le situazioni giuridiche soggettive dei privati. Mentre che in Colombia, non sarà controllabile tutto ciò che non sia una controversia o litigio originato in “*actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa*”, ai sensi dell'art. 104 del C.P.A.C.A.. In tutti e due i casi sembrerebbe che l'esercizio dell'attività amministrativa si trova interamente controllata dai giudici. Tuttavia, si tratta proprio di un'immagine distorta. Niente più lontano dalla realtà. I motivi, anche se particolari in ogni ordinamento studiato, conducono alla stessa conseguenza di lacune di controllo. Essi possono essere di natura sostanziale, processuale o pratica.

In relazione con le prime, la delimitazione materiale della competenza dei giudici, siano amministrativi siano ordinari, in entrambi gli ordinamenti studiati implica, intenzionalmente, la decisione di controllare soltanto una parte dell'attività amministrativa, visto che in nessuno di essi la formula di attribuzione di competenza è totalizzante<sup>283</sup>. Questo presuppone la questione di determinare il criterio di attribuzione di competenza e, ai fini della ricerca, implica la messa in luce degli ambiti (sostanziali) che oltrepassano il controllo giurisdizionale, risultando sprovvisti di controllo capace di produrre effetti. Precisamente, dall'analisi dell'ambito di competenza (giurisdizione) dei giudici della funzione amministrativa si può cogliere, in oggi paese, quali sono le lacune di controllo amministrativo.

In Italia, il vincolo con la situazione giuridica soggettiva<sup>284</sup> costituisce il baricentro del controllo giurisdizionale attuale. Cioè, in genere, l'accennato insieme fra interessi legittimi (giudice amministrativo) e diritti soggettivi (giudice ordinario) costituisce l'area controllabile. Ove essi non ci siano, non vi è meccanismo di controllo. Questo assetto lascia fuori, almeno *prima facie*, la tutela del diritto oggettivo (dell'ordinamento), che nell'origine del sistema italiano costituiva parte dell'oggetto del giudizio amministrativo perché l'interesse legittimo veniva considerato come una posizione giuridica, il cui fine era prevalentemente la tutela dell'interesse pubblico<sup>285</sup>.

Il modello di giurisdizione soggettiva, come regola generale<sup>286</sup>, implica che i privati non siano in grado di controllare l'attività amministrativa quando vi siano scostamenti (legali), ma non un

---

<sup>282</sup> A prescindere della complessità stessa di determinare i confini fra le istituzioni e risolvere le problematiche che essi aggiungono alla questione del riparto di giurisdizione.

<sup>283</sup> Di regola, gli ordinamenti giudici oscillano fra modelli di giurisdizione oggettiva e giurisdizione soggettiva, si veda Silvia Mirate, «Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato», fasc. 3, 2015, p. 121 a 135.

<sup>284</sup> Che si evidenzia perché le situazioni giuridiche soggettive (interesse legittimo e diritto soggettivo) si presentano come fondamenti del regime di tutela giurisdizionale. Si veda G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 445 a 489.; G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 311 a 372.; F. Merloni, *op.cit.*, p. 402 a 420.

<sup>285</sup> Si veda, Vincenzo Cerulli Irelli, «Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo», *Diritto Processuale Amministrativo*, vol. 32, fasc. 2, 2014: 352.

<sup>286</sup> «L'affermazione del principio di effettività della tutela e il riconoscimento della pluralità delle azioni costituiscono la conferma del carattere soggettivo del processo amministrativo atteso che consentono al soggetto di azionare la tutela che ritiene più adeguata per la propria situazione giuridica». Anna Chiara Reale, «Processo amministrativo e giurisdizione oggettiva: tra ipotesi normative ed evoluzione giurisprudenziale», *Tesi di dottorato di ricerca*, Napoli, Università degli Studi di Napoli Federico II, 2017, p. 129.

collegamento con una sua posizione giuridica soggettiva. Comunque, l'azione amministrativa può scostarsi dall'ordinamento giuridico, senza scatenare una correlativa violazione delle situazioni giuridiche soggettive dei privati. Il che palesemente implicherebbe un ambito, anzi ampio, dell'attività amministrativa che richiedendo controllo, non lo sarà, almeno tramite il controllo giurisdizionale che, secondo si è spiegato, si erge come l'unico in grado di produrre effetti diretti, concreti e certi sull'oggetto controllato. In altre parole, se gli processi (amministrativo e ordinario) sono volti alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive, ciò implica che altresì il controllo che si possa svolgere tramite le giurisdizioni: la posizione giuridica del soggetto titolare della situazione giuridica soggettiva condiziona pesantemente la possibilità di salvaguardare l'ordinamento giuridico e, pertanto, di controllare gli scostamenti dell'attività amministrativa.

Precisamente, il rischio degli spazi sprovvisti del controllo giurisdizionale (derivati dalla logica soggettiva) spiega che il sistema italiano di giustizia amministrativa sia “stato negli ultimi anni oggetto di importanti riforme, che hanno indotto, tra l'altro, a riflettere sul tema, classico, dei profili oggettivi e soggettivi della nostra giurisdizione”<sup>287</sup>. Che però, in genere, riguardano aspetti di indole processuale<sup>288</sup>, non sostanziale. Ad esempio, l'allargamento della legittimazione<sup>289</sup> o l'ampliamento dei poteri dei giudici<sup>290</sup> non rivitalizza il ruolo della giurisdizione oggettiva come forma di controllo dell'attività amministrativa.

Insomma, avendo verificato che solo il controllo giurisdizionale è in grado di produrre effetti di controllo (diretti, concreti e certi), risulta palese che affidare la tutela della legalità (dell'ordinamento) ad altri meccanismi (controlli non giurisdizionali<sup>291</sup>) risulta un'illusione, difficilmente praticabile. Senza la presenza di una situazione giuridica soggettiva lesa, la legalità dell'azione amministrativa e la protezione dell'interesse pubblico (interesse generale) si trovano sprovvisti di meccanismi di controllo in grado di produrre alcun tipo di effetto simile a quello del controllo giurisdizionale.

Il caso dell'ordinamento colombiano, sebbene possa qualificarsi come di giurisdizione mista, nel senso di includere sia quella soggettiva sia quella oggettiva, segue i binari di lacune di controllo

---

<sup>287</sup> Maria Alessandra Sandulli, «Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto», *Federalismi*, fasc. 3, 2017: 3.

<sup>288</sup> La dottrina, riaffermando il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa, ha affermato che l'allargamento della legittimazione “piuttosto che giurisdizione “di diritto oggettivo”, si tratta, in questi casi, di legittimazione “oggettiva”, che è un concetto diverso, e di ben più limitate implicazioni”. V. Cerulli Irelli, «Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva”...»cit., p. 342.

<sup>289</sup> “Dell'Autorità Antitrust e di alcune amministrazioni centrali (MIUR, MEF) ad agire in giudizio per l'annullamento di atti *contra legem* assunti da altre amministrazioni (negli ultimi due casi, a prescindere dall'utilità dell'annullamento per l'interesse pubblico particolare affidato alla tutela dell'amministrazione ricorrente)” M.A. Sandulli, «Profili soggettivi e oggettivi...»cit., p. 4.

<sup>290</sup> Il potere di modulare l'efficacia del contratto stipulato con un soggetto dichiarato “illegittimo assegnatario”, il potere istruttorio dal giudice indipendentemente dalla richiesta del ricorrente, il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità dell'atto amministrativo, fra gli altri.

<sup>291</sup> Ad esempio, si ritiene che il rispetto dell'ordinamento oggettivo da parte dell'amministrazione si garantisca attraverso di strumenti diversi dal processo giudiziale, come il controllo della Corte dei Conti o i ricorsi amministrativi. Il ruolo della prima si intende indirizzato “nell'esclusivo interesse della legalità”, mentre i secondi si ritengono “previsti nell'interesse del singolo, ma nel contempo idonei ad assicurare, pur nei limiti da essi fissati con la domanda, a loro volta, la legalità dell'amministrazione”. V. Cerulli Irelli, «Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva”...»cit., p. 354.

dalla prospettiva sostanziale. Si tratta dei quesiti derivati dell'accennata ambiguità della formula contenuta nell'art. 104 del C.P.A.C.A. e che, in ogni caso, se fosse chiarificata continuerebbe essendo la fonte normativa della lacuna di controllo giurisdizionale, conformata da tutto ciò che non rientri nell'ambito di competenza del giudice contenzioso amministrativo.

Inoltre, in tutti e due gli ordinamenti giuridici studiati, il modello tradizionale del diritto amministrativo, ha implicato che il processo amministrativo sia costruito intorno all'atto amministrativo (in Italia delimitato al provvedimento amministrativo, sui binari della dicotomia fra interesse legittimo e diritto soggettivo), il che si traduce nell'impossibilità materiale di sindacare innanzi dal giudice amministrativo l'attività amministrativa, nel complesso<sup>292</sup>. La giurisdizione in entrambi i paesi è per atti e, di conseguenza, ciò comporta un altro livello della lacuna sostanziale di controllo<sup>293</sup>: ad esempio, la nullità non si rivolge all'intera attività, ma solo all'atto sindacato o al risarcimento del diritto leso, dunque, malgrado risulti provato il malfunzionamento dell'attività, ciò sarà solo un presupposto per il risarcimento, ma non genererà nessun effetto diretto sull'attività in cui si è causato il danno. Comunque, vi sono eccezioni a questa logica di "giurisdizione per atti", che però al contempo confermano la tendenza di allargamento della competenza del giudice, e la prevalenza – monopolio del controllo giurisdizionale. Infatti, la verifica della maggior potenzialità di produrre effetti dei controlli giurisdizionali, rispetto a quelli non giurisdizionali, ha fatto emergere delle proposte riguardanti al potenziamento della tutela dei privati e del controllo dell'azione amministrativa siano indirizzate, proprio, all'inclusione di fattispecie di controllo di complessive attività da parte dei giudici<sup>294</sup>.

In relazione con il secondo motivo di lacune, collegato con il precedente, ma di natura puramente processuale, si riferisce sia all'azione processuale sia alla legittimazione ad agire in giudizio. Infatti, la prima rappresenta lo strumento per materializzare la pretesa sostanziale, se non vi è azione, non vi sarà processo. Dunque, la garanzia di controllo amministrativo si riduce e circoscrive agli eventi in cui ci sia una specifica azione o, meglio, ai casi in cui la situazione fattuale si adatti alla previsione normativa dell'azione processuale. Ad esempio, nel caso colombiano el C.P.A.C.A. identifica i "mezzi di controllo" con l'azione giudiziale e con le pretese processuali,

---

<sup>292</sup> Nel controllo giurisdizionale "*el conjunto no es el objeto del control. (...) lo que puede ser adecuado en términos de funcionalidad para la tutela individual, puede resultar insuficiente o perjudicial desde una perspectiva del conjunto de los controles, esto es, desde la óptica de la función de control en sí misma considerada*". E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 89.

<sup>293</sup> Secondo la dottrina, l'oggetto del processo amministrativo si può presentare come "la contrapposizione tra giudizio sull'atto, che (...) tende a far ruotare il processo amministrativo attorno al frammento di azione amministrativa rappresentato dall'atto impugnato, e giudizio sul rapporto, che pone al centro dell'accertamento giudiziale l'intera vicenda amministrativa." Marcello Clarich, «Tutela giurisdizionale e altre forme di tutela», *Annuario 2002 - AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 145 e 146.

<sup>294</sup> Questo si può evidenziare da recenti sviluppi dottrinali, in Colombia, e normativi, in Italia. Nel primo caso si è proposto l'allargamento della competenza del giudice amministrativo con lo scopo di controllare le complessive attività amministrative attraverso "il mezzo di controllo" denominato "*acción popular*", concepito per la "*protección de los derechos e intereses colectivos*" (L. 472/1998 e art.144 del C.P.A.C.A.). Cfr. A. Montaña Plata, «El principio de buen funcionamiento...»cit., p. 357 a 393. Nel secondo caso, attraverso il D.lgs. 198/2009 si è attribuito al giudice amministrativo la competenza per conoscere dell'azione indirizzata a "ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio", cioè, l'efficienza della pubblica amministrazione per violazione di livelli e standard di qualità previsti per le prestazioni agli utenti.

ometendo che “*justicia administrativa son los medios de control de la actividad administrativa y esto no se refiere exclusivamente a los mecanismos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a pesar de ser estos un elemento central, esencia de la idea de Estado de derecho*”<sup>295</sup>. Una situazione simile accade nell’ordinamento italiano, in cui si richiede dell’avvio della specifica azione, secondo il principio della domanda, per iniziare il processo (di controllo) innanzi il giudice<sup>296</sup>.

A sua volta, la disciplina normativa di entrambi gli ordinamenti studiati rivela come, da sola, la legittimazione ad agire costituisca un filtro per le situazioni che sono controllabili. Cioè, la possibilità di agire tramite la azione processuale, a prescindere della materia oggetto da sindacato, presuppone che il richiedente abbia la legittimazione processuale corrispondente<sup>297</sup>. Di regola, in entrambi gli ordinamenti, la legittimazione è vincolata alla situazione giuridica soggettiva, salvo nei casi in cui l’ordinamento allarga detta legittimazione, come accade nell’azione popolare<sup>298</sup> o nella giurisdizione oggettiva<sup>299</sup>. Tuttavia, occorre sottolineare che un conto è la possibilità di tutelare l’ordinamento, a prescindere della situazione giuridica soggettiva (riferito in precedenza<sup>300</sup>), e un altro conto è detenere la capacità processuale e gli altri requisiti appositi per ogni azione processuale, persino negli ordinamenti in cui vi è manifestazioni di giurisdizione oggettiva. Pertanto, qualsiasi siano i requisiti che configurano la legittimazione ad agire, per quanto riguarda all’indagine, è sufficiente sottolineare che essa implica la creazione di ambiti sprovvisti di controllo nei casi in cui, malgrado l’attività amministrativa sia contraria all’ordinamento o leda una posizione giuridica soggettiva, primo, il richiedente non detenga l’apposita legittimazione e, secondo, il richiedente, avendo legittimazione, non attui l’azione processuale.

Un cenno specifico merita l’argomento della discrezionalità amministrativa. Questa si è sviluppata in entrambi gli ordinamenti in logica convergente. In genere, la dottrina considera che, malgrado i diversi limiti imposti ai poteri e alle competenze discrezionali delle amministrazioni,

---

<sup>295</sup> A.F. Ospina Garzón, «La justicia administrativa para la paz...»cit., p. 639.

<sup>296</sup> “Se è vero che lo strumentario di tutele cui il privato può attingere sia andato con il tempo ad ampliarsi e arricchirsi, è altrettanto vero che spetta a lui stesso scegliere l’azione che intende proporre, ovvero sia l’azione più confacente al suo bisogno di tutela. E tale scelta a nessun altro può essere demandata”. A.C. Reale, *op.cit.*, p. 129.

<sup>297</sup> Situazione che emerge, ad esempio, dal caso in cui il denunciante (soggetto che ha sollecitato l’intervento dell’autorità garante della concorrenza, si considera terzo e, pertanto, “non può vantare una propria legittimazione ad impugnare il provvedimento dell’autorità di non luogo a procedere o di archiviazione”. Andreina Scognamiglio, «Profili della legittimazione a ricorrere», *Annuario 2002 - AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 385. Fra l’altro, l’assenza di legittimazione viene accompagnata dell’accento sulla natura oggettiva della tutela attribuita a questa autorità amministrativa. Cioè, paradossalmente, la tutela oggettiva dell’ordinamento (concorrenza) si accompagna di una di legittimazione ristretta.

<sup>298</sup> In Italia, come una delle forme d’allargamento della legittimazione, l’azione popolare “pur in limitati casi, è prevista nella nostra legislazione sin dai primordi” V. Cerulli Irelli, «Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva”...»cit., p. 347.

<sup>299</sup> In Colombia, in logica di giurisdizione oggettiva, la pretesa o azione processuale di *nulidad simple* (comprese le variabili di *nulidad por inconstitucionalidad* e di *nulidad electoral*) si intendono come azioni pubbliche, con legittimazione pubblica, al senso degli art. 135, 137 e 139 del C.P.A.C.A., rispettivamente.

<sup>300</sup> Nel caso dell’estensione della legittimità, in cui diventa legittimazione oggettiva, “la struttura del processo amministrativo resta la medesima; come processo di parti, fondato sul principio della domanda”. V. Cerulli Irelli, «Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva”...»cit., p. 380.

“rimangono sempre margini di scelta”<sup>301</sup>, in una sorta di eredità delle sue origini<sup>302</sup>. Senza soffermarsi sul suo contenuto e la sua portata, in questa Sezione interessa mettere in luce che, malgrado la tendenza di ridurre lo spazio libero dell’amministrazione pubblica, al fine di evitare l’arbitrarietà, la cosiddetta discrezionalità *stricto sensu* continua a configurare un insieme di situazioni in cui l’attività amministrativa non è oggetto del controllo giurisdizionale, sempre con l’eccezione degli elementi vincolati<sup>303</sup>, come norme di chiusura nel controllo della discrezionalità<sup>304</sup>.

Tuttavia, non si vuol proporre la sua eliminazione o inutilità dogmatica, anzi, con la pretesa del corretto esercizio del margine di scelta che deve spettare alle amministrazioni, si vuole sottolineare la parte della discrezionalità che rimane sprovvista di controllo. Dunque, la discrezionalità, anche se sia sotto la forma *stricto sensu*, che è nata in funzione della portata del controllo giurisdizionale<sup>305</sup>, ancor oggi rimanda a un ambito di insindacabilità, in cui la scelta compete all’amministrazione e il controllo giurisdizionale non deve arrivare<sup>306</sup>: principalmente il *quomodo* (in che modo) e il *quid* (il contenuto della decisione), collegati al merito e l’opportunità, come roccaforti di valutazioni di natura politica<sup>307</sup>. Cioè, nel caso delle competenze discrezionali, il giudice può controllare gli elementi vincolati, attraverso di un giudicato intrinseco (mai estrinseco). Si tratta esclusivamente un sindacato debole, non sostitutivo<sup>308</sup>, tranne quando la discrezionalità possa essere ridotta a zero (situazione assolutamente eccezionale). Il che per sé è plausibile, se non fosse perché i giudici di solito, anziché eccedersi nel controllo della discrezionalità, tendono al *self-restraint*<sup>309</sup>, ribadendo gli spazi immuni.

La particolarità di questa lacuna risiede nel fatto che la prevalenza della teoria secondo la quale esiste una discrezionalità *stricto sensu* che rappresenta lo spazio di libertà di scelta

---

<sup>301</sup> B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»cit., p. 297.

<sup>302</sup> In origine, la discrezionalità significava libertà assoluta, cioè, l’accettazione in via di eccezione dell’assolutismo e l’arbitrarietà. Si veda, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo. Tomo II: acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 45.; G. Rossi, Principi...cit., p. 285.; B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»cit., pp. 299 e 300.

<sup>303</sup> Cioè, quando “la pubblica amministrazione, scientemente o in modo inconsapevole, agisca *contra legem* o faccia un uso non corretto della propria discrezionalità amministrativa ovvero provochi un danno ingiusto ad altri soggetti”. A. Sandulli, *op.cit.*, p. 635.

<sup>304</sup> Cfr. G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 277 a 282.

<sup>305</sup> La discrezionalità “*tiene sentido es justamente con el fin de permitir tanto el margen de decisión como su control por los tribunales. De nada serviría construir una teoría de la discrecionalidad administrativa sin incluir en ella sus límites y el control judicial de su ejercicio*”. M. Beltrán de Felipe, *op.cit.*, p. 50.

<sup>306</sup> Cfr. G. Rossi, Principi...cit., p. 284 a 296.

<sup>307</sup> In base all’idea secondo cui il controllo giurisdizionale si riferisce alla legalità, non all’opportunità. Si veda Hugo Alberto Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 179 e 180.

<sup>308</sup> Quando si analizza l’ampliamento dei poteri officiosi del giudice amministrativo italiano si afferma che “consentire a quest’ultimo di surrogarsi al titolare della situazione giuridica nel compimento di determinate valutazioni, oltre a determinare una compressione del principio della domanda ed un affievolimento del carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa, potrebbe comportare una pericolosa invasione dell’area riservata alla Pubblica Amministrazione” A.C. Reale, *op.cit.*, p. 129.

<sup>309</sup> “*Pero tampoco se trata de eso, sino de encontrar la decisión justa mediante la correcta y equilibrada aplicación de las técnicas de control de la discrecionalidad, algo que requiere normalmente tiempo, buen olfato jurídico y un conocimiento cabal del Derecho*”. Miguel Sánchez Morón, «Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa», *IUS ET VERITAS*, fasc. 43, 2015: 270.

dell'amministrazione pubblica, sui binari della lettura tradizionale della separazione dei poteri<sup>310</sup>, conformato dagli ambiti riservati a essa<sup>311</sup>, in cui nessun altro potere deve o, meglio, può intervenire o interferire, li trasforma, anzi, in ambiti immuni al controllo. Dunque, a prescindere del contenuto e portata della discrezionalità, a questo punto interessa sottolineare che l'assetto della discrezionalità continua costruito in base ai limiti del controllo giurisdizionale<sup>312</sup>. Infatti, gli argomenti più frequenti in relazione alla discrezionalità girano attorno della portata e limiti del controllo giurisdizionale (discrezionalità tecnica<sup>313</sup>, concetti giuridici indeterminati, merito<sup>314</sup> e opportunità amministrativi<sup>315</sup>) e, di regola, la conclusione è stata la conferma di aree che, protette nella discrezionalità amministrativa *stricto sensu*, sono immuni alla giurisdizione perché riguardano alla scelta politica.

Infine, il terzo motivo di lacune, derivate dal monopolio del controllo giurisdizionale, si riferisce ad aspetti pratici del suo esercizio. L'ampia potenzialità di produzione di effetti diretti, concreti e certi di questo tipo di controllo si riduce per barriere normative congiunturali<sup>316</sup>, per i costi connaturali<sup>317</sup>, per i c.d. costi di un eccesso di lite<sup>318</sup> e, infine, per il sempre difficile bilanciamento fra effettività ed efficienza in materia di giustizia amministrativa<sup>319</sup>. Tutti questi

---

<sup>310</sup> Cfr. G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 286.

<sup>311</sup> “Conformemente all'idea allora persistente secondo cui scelta e l'utilizzazione di essi [i criteri di apprezzamento] avrebbero costituito una sorta di *attività interna*, esternamente *irrelevante*, estranea in quanto tale al diritto”. Stefano Cognetti, «Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura», Stefano Cognetti, et al. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 134.

<sup>312</sup> Cfr. M. Sánchez Morón, *op.cit.*; H.A. Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa*, p. 493 a 998.

<sup>313</sup> Cfr. G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 292 a 296.; B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»*cit.*, pp. 302 e 302.; H.A. Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa*, p. 272 a 288.

<sup>314</sup> “Per esprimere la sussistenza di un margine di scelta in capo all'amministrazione, si usa normalmente la nozione *merito (...)* essa è normalmente contrapposta a quella di *legittimità*”. B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»*cit.*, p. 300.

<sup>315</sup> La dottrina italiana considera che “la c.d. giurisdizione di merito, attraverso la quale il giudice valuta l'opportunità dell'atto o dell'comportamento amministrativo, ha sempre rivestito un rilievo secondario”. A. Sandulli, *op.cit.*, p. 663.

<sup>316</sup> “Il riflettore che la crisi economica ha acceso sugli effetti delle pronunce di sospensione o di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, ingiustamente imputate da alcune forze politiche di rallentare la ripresa, ha indotto il legislatore ad introdurre una serie di ostacoli all'accesso alla giustizia amministrativa e al conseguimento di una tutela effettiva contro gli atti dell'Amministrazione. Paradossalmente, proprio nelle materie più delicate, come quelle economicamente più rilevanti (atti dell'Antitrust, procedura di affidamento dei contratti pubblici, espropriazione per p.i.) la giustizia amministrativa rischia così di offrire sempre minori garanzie”. M.A. Sandulli, «Profili soggettivi e oggettivi...»*cit.*, p. 4.

<sup>317</sup> La tutela giurisdizionale “è costosa, dovendo il cittadino, per far valere le proprie ragioni, essere rappresentato da un legale (con talune eccezioni: ad esempio, ricorso al giudice amministrativo avverso il diniego di accesso ai documenti”. A. Sandulli, *op.cit.*, p. 636.

<sup>318</sup> “Un'eccessiva disponibilità di protezione giurisdizionale, tanto più se ogni lite è destinata a protrarsi per un arco temporale indeterminato, possa influire negativamente sull'efficienza amministrativa e sulla produzione della ricchezza nazionale”. G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 314.

<sup>319</sup> Cfr. Ilaria Pagni, «La giurisdizione tra effettività e efficienza», Gian Domenico Comporti (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: studi*, vol. VII. La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza), Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 85 a 110.; Andrés Fernando Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann», Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Javier Barnes Vázquez, Mónica Liliana Ibagón Ibagón (a cura di), *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 35 a 74.; Gerardo Soricelli, «Il processo amministrativo ovvero

fattori di tipo pratico si traducono in lacune di controllo, in situazioni di illegittimità, di cattivo uso delle competenze discrezionali, di mala amministrazione, di lesione delle situazioni giuridiche soggettive dei privati che sfuggono del controllo.

Queste lacune, talvolta immunità, mettono in dubbio la pienezza del controllo giurisdizionale e, pertanto, spingono a ripensare un modello di controllo dell'attività amministrativa monopolizzato dai giudici perché giudicare le attività amministrative non è sempre controllarle. Tuttavia, questi vuoti di controllo non sono le uniche conseguenze negative del modello in vigore, al contrario, la logica e la prospettiva contenziosa dalla quale si esegue il controllo giurisdizionale a condizionato (contaminato) l'insieme completo di meccanismi di controllo.

## **2. Controllare le attività amministrative non sempre è giudicarle: trascuratezza del controllo non contenzioso**

Sui binari della separazione dei poteri pubblici, in entrambi gli ordinamenti, la giurisdizione (intesa come il controllo giurisdizionale dell'azione amministrativa) nacque sull'idea di avvio di un processo giudiziario con lo scopo di risolvere una situazione litigiosa, da qui l'originale qualificazione di contenzioso amministrativo italiana<sup>320</sup> -forse ancora in vigore<sup>321</sup>- oppure l'ancora vigente denominazione colombiana di *jurisdicción contencioso administrativa*<sup>322</sup>. Questo ragionamento si estende anche allorché il controllo sia fatto dal giudice ordinario, la cui giurisdizione è palesemente contenziosa. Quindi, in una sorta di sillogismo, se il controllo amministrativo è monopolio dei giudici, e la giurisdizione è istituita al fine di risolvere conflitti, risulta logico ritenere che il controllo amministrativo sia svolto soltanto in ambiti contenziosi.

L'origine della problematica si deriva da uno specifico presupposto teorico di quelli accennati, ancor oggi ancorato negli ordinamenti giuridici studiati. Si tratta del ruolo del giudice, secondo la teoria dello Stato di diritto e il modello tradizionale del diritto amministrativo, che è concepito come il titolare esclusivo, isolato e specializzato dell'attività contenziosa<sup>323</sup> (di risoluzione delle controversie). Pertanto, in questo contesto risulta ragionevole l'affermazione secondo cui *“de manera paralela a la institucionalización del poder y del desarrollo de la administración pública, se proyecta igualmente todo un régimen jurídico de sometimiento de esta*

---

il problema del complesso equilibrio tra il potere dell'amministrazione e la tutela del privato», *Rivista Scientifica*, fasc. 1, Gazzetta Amministrativa della Repubblica italiana, 2018, p. 1 a 13.

<sup>320</sup> Per il caso della giurisdizione amministrativa italiana, è illustrativo che l'Allegato E, della Legge 2248/2865 (Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia), sia denominato “Legge sul contenzioso amministrativo”, il che, come si accenna, presupponeva che la giurisdizione si caratterizzava per la natura contenziosa.

<sup>321</sup> “Il riparto della giurisdizione ormai impostato piuttosto secondo il modello del “contenzioso amministrativo” (al giudice amministrativo tutte le controversie di diritto pubblico ovvero “concernenti i pubblici servizi”) che secondo il nostro tradizionale modello, per altro più enunciato che effettivamente seguito nella prassi, fondato sulla distinzione tra diritti e interessi legittimi”. Vincenzo Cerulli Irelli, «Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione», *Annuario 2002 - AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 15.

<sup>322</sup> Ai sensi delle previsioni costituzionali (artt. 236 a 238), sviluppate sistemicamente dal C.P.A.C.A.

<sup>323</sup> Occorre sottolineare che la dottrina colombiana ha rivelato come l'attività contenziosa non sia esclusiva della giurisdizione. Cfr. A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»cit., p. 124 a 190. Tuttavia, questo accertamento è ancora in transito di spingere gli aggiornamenti teorici pertinenti e, pertanto, la posizione maggioritaria continua a ritenere il contenzioso come attività caratterizzante ed esclusiva della giurisdizione.

*al ordenamiento y un consecuente sistema de control jurisdiccional encargado de dirimir los conflictos y litigios suscitados con la administración*”<sup>324</sup>. Altrettanto si rivela delle costruzioni dei meccanismi alternativi di soluzione di controversie, sia in Colombia<sup>325</sup> sia in Italia<sup>326</sup>, in funzione della giurisdizione, in una palese logica di prevalenza di essa nell’attività contenziosa e di controllo.

Dunque, si può affermare che il monopolio del controllo giurisdizionale<sup>327</sup> ha implicato, oltre a quello messo in evidenza prima, da un canto, l’identificazione (riduzione) del controllo amministrativo agli scenari contenziosi e, dall’altro canto, la conseguente esclusione dell’ambito del controllo delle situazioni in cui non vi era conflitto<sup>328</sup>. Tuttavia, entrambe le considerazioni sono conseguenze negative dell’ombra di monopolio giurisdizionale, che a sua volta implicano la messa in luce di un ulteriore ambito di lacune di controllo, da almeno quattro dimensioni: prima, se l’attività amministrativa, essendo contraria all’ordinamento, non produce alcun conflitto con i particolari; seconda, se lo produce ma non si avvia il processo giurisdizionale (per decisione del soggetto legittimato, per caducità dell’azione, ecc.); terzo, se avviato il processo, esso finisce in modo anomalo o anticipato, senza aversi emanato una sentenza; quarto, il condizionamento della decisione giudiziale a decisioni precedenti o parallele. In tutti e tre la fonte della lacuna di controllo è la stessa: la necessità di una controversia previa.

Forse l’ambito più trascurato sarebbe il primo, quello in cui l’amministrazione ha trasgredito l’ordinamento giuridico, ma l’assenza di una lesione di una posizione giuridica soggettiva (nella tradizionale logica del processo giurisdizionale: giurisdizione soggettiva), implicherebbe l’impunità e, soprattutto, la mancanza di un meccanismo efficace di garanzia della sottomissione dell’attività amministrativa all’ordinamento giuridico. Persino se la giurisdizione avesse natura oggettiva il risultato sarebbe lo stesso, se non vi fosse un conflitto, non avrebbe luogo alla tutela dell’ordinamento giuridico. Il controllo giurisdizionale, come meccanismo di garanzia del rispetto dell’ordinamento giuridico nell’esercizio dell’attività amministrativa, si rivela come un mito.

Il secondo insieme di situazioni è strettamente collegato con le lacune di natura pratica che si sono rilevate nel comma precedente. In questa parte si può precisare che il controllo giurisdizionale, sui binari della logica contenziosa, presuppone sempre la richiesta del soggetto

---

<sup>324</sup> J.O. Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I...cit., p. 312.

<sup>325</sup> Cfr. Martha Eugenia Lezcano Miranda, *La justicia de todos: mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Medellín, Fundación Universidad Autónoma de las Américas, 2016; Verónica Peláez Gutiérrez, *La conciliación en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

<sup>326</sup> Cfr. M. Clarich, «Tutela giurisdizionale...»cit., p. 162 a 164.; M. Ramajoli, «Strumenti alternativi...»cit., p. 1 a 5.; Giuseppe Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo: i presupposti e le tendenze*, Milano, Giuffrè, 1989; Michele Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, Bononia University Press, 2007.

<sup>327</sup> Spiegato in precedenza e condensabile dal fatto che “i controlli giurisdizionali, che sono -in realtà- sinonimo di giurisdizione”. G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 1345.

<sup>328</sup> “Ma il controllo giurisdizionale (cioè quello che avviene nell’ambito della risoluzione di singole controversie) ovviamente non basta ad assicurare lo svolgimento dell’azione amministrativa nel suo complesso secondo i predetti principi. Si tratta di un controllo condizionato dall’iniziativa di determinati soggetti e limitato alla tutela dei loro interessi protetti. Per sua propria natura (che attiene alla funzione giurisdizionale) esso presuppone controversie in atto, interessi violati, sussistenza di condizioni pratiche perché tali interessi possano essere soddisfatti. (...) è un servizio non generalizzato, episodico, e ovviamente limitato alla tutela di uno solo dei valori che stanno dietro il corretto funzionamento dell’amministrazione, quello della legalità, appunto, ignorando necessariamente gli altri”. V. Cerulli Irelli, «Per una politica dell’etica pubblica...»cit., p. 37.



legittimato e, inoltre, impone oneri non sempre quantificabili che, malgrado l'ipertrofia dei processi giurisdizionali, implicano una ulteriore barriera metagiuridica<sup>329</sup>, che riduce la possibilità di controllare l'attività amministrativa perché non tutte le controversie comportano l'avvio del processo giudiziale.

Il terzo insieme di situazione, riferito alla terminazione anormale o anticipata del processo giurisdizionale implica lacune di controllo nei casi in cui esse derivino di cause strettamente riguardante al risarcimento del danno del richiedente, senza l'accertamento della conformità giuridica dell'attività, come accadrebbe nel caso della conciliazione giudiziale<sup>330</sup> oppure quando il processo finisca a causa di fenomeni come la perenzione o rinuncia dell'ordinamento italiano<sup>331</sup> o il *desistimiento tácito* dell'ordinamento colombiano<sup>332</sup>.

Infine, il quarto insieme comprende le situazioni in cui si abbia svolto il processo e pronunciato la sentenza. Di regola si potrebbe ritenere che questo sia lo scenario ideale di controllo, in cui la sentenza svela se e in che modo si sono lesi situazioni giuridiche soggettive (diritti e interessi) e accertata se l'attività amministrativa si è svolta di conformità all'ordinamento giuridico. Tuttavia, la sentenza è chiaramente condizionata dalle decisioni precedenti, non è sempre così facile isolare la risoluzione della controversia apposta dai suoi antecedenti (in sede amministrativa) o delle altre decisioni giurisdizionali, simili e parallele<sup>333</sup>. Inoltre, si pensi alla situazione in cui la sentenza sia pronunciata, essa ha effetti diretti, concreti e certi al riguardo dell'apposita controversia, ma non garantisce che dopo si presentino controversie simili e nuove, derivate dall'attività del medesimo controllato. Cioè, casi che sono controllati, ma scatenano ripetutamente l'avvio del controllo giurisdizionale perché la sentenza non comporta (difficilmente comporta<sup>334</sup>) alcun effetto sull'attività futura.

Tutte queste circostanze sono parte della natura del controllo giurisdizionale e rivelano un volto che non rappresenta l'immagine ideale di meccanismo di tutela e di garanzia di rispetto dell'ordinamento. In modo incisivo e crudo si afferma che si tratti di *“un control más teórico que real, pues actúa a través de un proceso revisor que obliga al ciudadano a recurrir sus resoluciones asumiendo la incómoda y costosa posición de demandante, mientras la administración asume la más confortable posición de demandada; ante unos jueces (...) que no son otra cosa que otros*

---

<sup>329</sup> Si tratta di un problema di efficacia pratica. *“El control judicial es ineficaz cuando su acceso es difícil, su respuesta es tardía y no es fiable (...) las personas deben recorrer un camino tortuoso para poder someter la administración al juez (...) y atravesar los sinuosos caminos de la técnica del contencioso-administrativo jurisdiccional que lo obliga a escoger de forma adecuada la acción, para no equivocarse respecto del término de caducidad ni de los requisitos de procedibilidad o de prosperidad de cada demanda”*. A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., pp. 62 e 63.

<sup>330</sup> Nell'ordinamento italiano, si devono differenziare i processi svolti dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario. Nel primo caso, il C.P.A. non si occupa dei meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie, non avendo spazi di conciliazione giudiziale. Tuttavia, nell'ordinamento colombiano l'art. 180 del C.P.A.C.A. prevede un'apposita tappa di conciliazione giudiziale nella cornice dell'udienza iniziale del processo, che quando sia realizzata non può riguardare aspetti relativi alla legalità dell'attività.

<sup>331</sup> Ai sensi degli art. 81 a 85 del C.P.A. e 306 a 310 del Codice di Procedura Civile.

<sup>332</sup> Ai sensi dell'art. 178 del C.P.A.C.A.

<sup>333</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 89.

<sup>334</sup> *“El control judicial es ineficaz (...) su jurisprudencia no es respetada por las autoridades administrativas”*. A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., p. 62.

*funcionarios o servidores públicos con las mismas debilidades, insuficiencias y perezas que los políticos y funcionarios que primeramente resolvieron; unos jueces, en fin, que demorarán sine die sus sentencias y que se encontrarán con graves problemas para ejecutar aquellas, las menos, que sean condenatorias de la administración*”<sup>335</sup>.

Questa logica del controllo contenzioso implica il rischio di normalizzare le situazioni in cui l’amministrazione agisce senza rispettare neanche un minimo livello di correttezza, convinta che la sua azione (legale o meno) non sarà sindacata o che, comunque, la sentenza sarà pronunciata in un momento posteriore, quando la situazione *contra legem* si è consolidata e quando l’unico strumento di controllo sarà quello della responsabilità amministrativa contabile (*responsabilidad fiscal*), di scarso successo e rivolto al ricupero delle risorse pubbliche, non al controllo dell’attività amministrativa<sup>336</sup>.

Inoltre, il carattere contenzioso della giurisdizione e, pertanto, del controllo dell’attività amministrativa è stato trasferito ai controlli non giurisdizionali, inquinando la sua natura e restringendo la sua portata, appunto, alle fattispecie in cui vi sia controversia. Ciò spiega che i meccanismi paradigmatici di controllo interno (autocontrollo) siano l’autotutela (ad esempio, la revoca) e i ricorsi amministrativi ed entrambi, in tutti e due gli ordinamenti, siano impostati, senza dubbio, in logica contenziosa e di risoluzione di controversie. Infatti, questi meccanismi di controllo interno sono descritti solo dalla prospettiva della sua natura contenziosa e parallela alla giurisdizione. La dottrina italiana sottolinea che “se si ritiene che gli atti di riesame di precedenti provvedimenti siano espressione di autotutela, e che siano cioè strumenti per la risoluzione di conflitti, a rigore di logica si dovrebbe pure ritenere che tale intervento costituisca un’alternativa alla tutela, giurisdizionale o giustiziale, e che dunque sussista un parallelismo, una relazione di identità, tra le fattispecie che consentono la tutela e quelle che consentono l’autotutela”<sup>337</sup>. Ciò vuole dire che il parallelismo evidenziato riconosce la prevalenza del giudice e giustifica l’autotutela amministrativa (in logica contenziosa) come forma alternativa al monopolio (contenzioso) del giudice.

Qualcosa di simile accade con i ricorsi amministrativi. Da un canto, in Italia, essi si ritengono, a giusto titolo, come meccanismi di giustizia amministrativa, alternativi e paralleli ai rimedi giurisdizionali o ai rimedi arbitrari o conciliativi<sup>338</sup>, dovendosi presentare l’apposito ricorso contro il provvedimento che origina la controversia, in una sorta di analogia del principio della domanda giurisdizionale<sup>339</sup>. Dall’altro, in Colombia, i ricorsi amministrativi, la cui portata è ridotta poiché non sono inglobati come meccanismi di giustizia amministrativa<sup>340</sup> e neanche come meccanismi

---

<sup>335</sup> R. Parada Vázquez, *op.cit.*, p. 32.

<sup>336</sup> Cfr. Vito Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 26 a 1006; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, p. 191 a 423.

<sup>337</sup> Citando a Caringella, M. Ragazzo, *op.cit.*, p. 15.

<sup>338</sup> Cfr. A. Sandulli, *op.cit.*, p. 636 a 649.

<sup>339</sup> I ricorsi amministrativi, alla stregua del processo amministrativo, sono governati dal principio della domanda. Nel caso giurisdizionale significa che “il giudice non può procedere d’ufficio” *Ibidem*, p. 668.

<sup>340</sup> Cfr. A.F. Ospina Garzón, «La justicia administrativa para la paz...»*cit.*, p. 639.

non giurisdizionali di risoluzione di controversie<sup>341</sup>, sono segnati dalla logica contenziosa. Essi sono governati, come in Italia, dal principio della domanda, devono essere presentati dai privati nel confronto della decisione (atto amministrativo) che ha motivato la controversia.

A ciò si aggiunge il fatto che nell'ordinamento colombiano il ricorso amministrativo di appello (ove ci sia superiore gerarchico o funzionale) è obbligatorio<sup>342</sup>, il che ha implicato che esso sia ritenuto come un *litigio previo*, nel senso che *“el ciudadano está obligado a discutir la legalidad de la actuación con la administración pública, y esta a su vez está obligada a revisar su comportamiento; la filosofía obligatoria del control hace que este adquiera una connotación de controversia previa y necesaria para el desarrollo de una controversia más seria y profunda que será dirimida a través del ejercicio de funciones judiciales”*<sup>343</sup>. Il carattere obbligatorio conferma la natura contenziosa dei ricorsi amministrativi e, pertanto, implica limitare la portata del controllo amministrativo alle fattispecie litigiose. Tuttavia, non si intende proporre l'eliminazione del carattere obbligatorio dei ricorsi amministrativi. Al contrario, ribadirlo sulla base delle finalità che, in ambiti contenzioso amministrativi non giurisdizionali, perseguono: tutelare l'ordinamento giuridico e gli interessi dei privati<sup>344</sup>. Il che a sua volta implicherebbe ribadire la natura dei ricorsi amministrativi come meccanismi di controllo amministrativo (non giurisdizionale), ma non come gli unici di sicuro.

La contaminazione della logica contenziosa implica che, a livello sostanziale, e alla stregua di quanto accade nel caso del controllo giurisdizionale, i ricorsi amministrativi (come meccanismi di autocontrollo), tendenzialmente circoscrivano la sua portata a temi riguardanti, in modo esclusivo, alla legalità. La prevalenza della logica contenziosa nei ricorsi amministrativi implica che la revisione che fa l'amministrazione del suo comportamento finisce per acquisire una connotazione esclusiva di legalità, lasciando da parte idee proprie del controllo amministrativo come la convenienza o l'opportunità. Cioè, se il controllo giurisdizionale si caratterizza dalla sua limitazione alla verifica della validità<sup>345</sup>, dunque, i ricorsi amministrativi, collegati al primo dal carattere contenzioso, vengono attuati sugli stessi binari e, perciò, il controllo si circoscrive altresì alla validità. In questo contesto si trascura il fatto che i ricorsi amministrativi forniscono, a chi spetta la risoluzione, il potere di *“adoptar una nueva decisión”*<sup>346</sup>.

Inoltre, questa logica contenziosa implica trascurare meccanismi tradizionalmente intesi come controlli, collegati all'organizzazione amministrativa, ma non derivati per forza in ambiti di

---

<sup>341</sup> *“Los controles administrativos son ineficaces porque ni su régimen jurídico ni las políticas públicas los establecen como verdaderos mecanismos de resolución no jurisdiccional de los litigios”* A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., p. 64.

<sup>342</sup> Al senso dell'art. 76 del C.P.A.C.A.

<sup>343</sup> A. Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción...cit.*, p. 71 a 73.

<sup>344</sup> Cfr. J.I. Mogollón, *op.cit.*

<sup>345</sup> Cfr. A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., p. 61.

<sup>346</sup> José María Rodríguez de Santiago, *Metodología del derecho administrativo: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 143.

controversia. Si pensi alle relazioni fra organi e fra questi e i suoi uffici: approvazione, sostituzione, gerarchia, direzione, delegazione, tutela<sup>347</sup>.

Per quanto riguarda ai restanti meccanismi di controllo non giurisdizionali (controllo interno ed esterno), occorre sottolineare che essi, per definizione, non detengono la natura contenziosa né del controllo giurisdizionale né dei ricorsi amministrativi (come tipo di controllo non contenzioso), pertanto, essi non dovrebbero essere né avviati né collegati a scenari di controversie. Tuttavia, il monopolio del controllo giurisdizionale e la sua logica contenziosa implicherebbe, come accade, l'esclusione e trascuratezza del controllo dell'attività amministrativa in ambiti in cui non vi sia alcuna controversia. Cioè, i restanti controlli amministrativi non giurisdizionali anche subiscono le conseguenze di contaminazione derivata della natura contenziosa del controllo giurisdizionale.

In questo punto occorre chiarire che il controllo dell'attività amministrativa, senza dubbio, può essere avviato a causa di controversie o conflitti, ma ciò non può significare (ed è proprio questo l'argomento che si vuole mettere in luce in questa parte) che il controllo si esaurisca attraverso dei controlli di tipo contenzioso, come avviene ad oggi<sup>348</sup>. Al contrario, il controllo amministrativo presuppone l'attuazione di meccanismi diversi, che coprano ambiti contenziosi o meno<sup>349</sup> e, soprattutto, che garantiscano la pienezza del controllo. Pertanto, la pretesa di complementarità fra il controllo amministrativo non giurisdizionale e quello giurisdizionale, non può impostarsi in base ad una sola delle forme del primo<sup>350</sup>, tanto meno se si tratta di quella contenziosa (l'autotutela e i ricorsi amministrativi), poiché tutte le situazioni richiedenti di controllo, ma non contenziose, ne sfuggirebbero.

Dunque, messo in luce che il monopolio del controllo giurisdizionale ha implicato, altrettanto, l'identificazione del controllo con la risoluzione di controversie e, di conseguenza, una immensa lacuna di controllo conformata dalle situazioni in cui non vi sia un conflitto<sup>351</sup>. Occorre rilevare che la pienezza del controllo non si deriva della possibilità o meno di presentare ricorso amministrativo o giurisdizionale, ma della garanzia che vi sarà realizzato un apposito controllo anche in quelle situazioni in cui non vi sia una controversia e, pertanto, non vi sia un ricorso del genere.

---

<sup>347</sup> F. Merloni, *op.cit.*, p. 89 a 95 e 105 a 108.; Gaspar Caballero Sierra, «El control administrativo. La jerarquía y la tutela», *La protección jurídica de los administrados*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980, p. 49 a 108; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*

<sup>348</sup> Come sembra essere fatto dalla dottrina più autorevole in Spagna o in Colombia, si veda Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, Madrid, Iustel, 2018, p. 529 a 568.; A. Parejo Alfonso, *op.cit.*, p. 999 a 1010.; Luis Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, 2018, Thomson-Civitas, 2018, p. 537 a 561.; Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II*, Madrid, Civitas -Thomson Reuters, 2017, p. 519 a 562.; J.O. Santofimio Gamboa, *Compendio...cit.*

<sup>349</sup> “*Accepter l'existence d'éléments contentieux dans le contrôle administratif ne signifie pas un bouleversement de ces mécanismes, mais l'acceptation du fait que l'autocontrôle peut aussi remplir des fonctions contentieuses, tout en respectant des garanties processuelles*” A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»*cit.*, p. 356.

<sup>350</sup> Cfr. A. Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción...cit.*, p. 70 a 75. È assolutamente riduttivo l'approccio che concepisce al controllo giurisdizionale come complemento dei ricorsi amministrativi, visto che quest'ultimi non esauriscono lo spettro dei controlli non giurisdizionali.

<sup>351</sup> Cioè, “*la reconnaissance des mécanismes contentieux de contrôle ne saurait comprendre tout le contrôle administratif*”. A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»*cit.*, p. 358.

Se il monopolio giurisdizionale ha prodotto una sorta di limitazione del controllo agli scenari contenziosi, il quesito seguente si sposta proprio sugli oggetti, in teoria, controllati dai controlli non giurisdizionali sprovvisti di questa logica litigiosa, ovvero, i controlli non giurisdizionali diversi dall'autotutela e dai ricorsi amministrativi.

### **3. Gli oggetti dei controlli non giurisdizionali si trovano sprovvisti di controllo: l'apparente attribuzione di controllo a soggetti diversi dal giudice**

Il monopolio giudiziario genera diverse lacune di controllo, spazi sprovvisti di controllo, alcuni derivati dalla stessa natura e caratteristiche del processo giudiziario, altri derivati dalla limitazione del controllo a scenari conflittuali e, infine, alcuni derivati dall'assenza di controllo in quelle situazioni (oggetti) che, in linea con quanto precede, non hanno vocazione di essere giudizializzate o non generano alcun conflitto. In questa area rientrano i meccanismi di controllo non giurisdizionale, interno ed esterno, ad eccezione dei ricorsi amministrativi (per la sua chiara natura contenziosa). Adesso occorre fermarsi sulle lacune generate in questi ultimi.

Il monopolio del controllo giurisdizionale si confermava dal fatto che soltanto i suoi effetti sono incisivi, al contrario della potenzialità verificata dagli altri tipi di controllo. In concreto, l'assetto normativo dei controlli non giurisdizionali, a parte alcune eccezioni, li impedisce di generare effetti di tipo diretto, concreto e certo sull'oggetto controllato. L'equazione composta da "monopolio giurisdizionale" più "effetti non incisivi dei controlli non giurisdizionali", oltre a ribadire il monopolio, implica l'identificazione d'un altro insieme di situazioni sprovviste di controllo amministrativo che, tuttavia, non si trova ben definito

Se si accetta che il controllo giurisdizionale costituisca il complemento all'autocontrollo (interno ed esterno) che deve attuare la medesima amministrazione pubblica o, meglio, chi spetta l'esecuzione della funzione amministrativa<sup>352</sup>, quanto detto sinora impone concludere, inevitabilmente, che gli ambiti dell'attività amministrativa affidati all'autocontrollo si trovano, precisamente, sprovvisti di controllo. Si tratta proprio di aree delle attività amministrative che, secondo quanto detto in precedenza, difficilmente saranno controllabili attraverso i meccanismi giurisdizionali e, perciò, costituiscono degli spazi dell'attività amministrativa che rimangono sprovvisti di un controllo incisivo, nel senso di almeno essere in grado di produrre alcun effetto, alla stregua del controllo giurisdizionale.

Finora l'attenzione si aveva centrato sull'assenza di potenziali effetti incisivi dei controlli non giurisdizionali, dalla prospettiva normativa, ma ancora non si ha fatto cenno alle materie di cui si occupano. Pertanto, occorre individuarle e delimitarle, con lo scopo di dimensionare, appunto, le frazioni dell'attività amministrativa che si affidano a questo tipo di controllo e che, in realtà, configurano spazi sprovvisti di controllo e soltanto supportati sul mito della pienezza del controllo giurisdizionale.

---

<sup>352</sup> A fini illustrativi, si veda J.I. Rincón Córdoba, «El control interno...»cit., p. 463.; D. Younes Moreno, Derecho del control...cit., pp. 49 e 50.; G. D'Auria, «I controlli...»cit., pp. 545 e 546.; Carlo Chiappinelli, «Riforme amministrative e riforma dei controlli», Marco Cammelli (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, Rimini, Maggioli, 2001, p. 19 a 22.

L'odierno assetto normativo dei controlli non giurisdizionali ha delle particolarità in ogni ordinamento studiato, esso è il frutto del contesto specifico di ogni paese<sup>353</sup>. Nonostante, secondo si è spiegato, le basi teoriche sono simili e, pertanto, si è verificata una tendenziale convergenza, almeno, al riguardo delle cause che si trovano alla base degli sviluppi normativi su questo tipo di controlli e, in particolare, delle aree che si intendono controllare e degli effetti che si aspettano. Pertanto, anche se i percorsi degli ordinamenti giuridici studiati hanno portato a regimi specifici, in realtà, si può accertare una decisa convergenza derivata dalle frazioni dell'attività amministrativa che si pretendono controllare attraverso dei meccanismi non giurisdizionali. L'idea comune è di raggiungere quelle aree in cui il controllo giurisdizionale non è in grado di farlo, in ragione delle limitazioni (lacune) evidenziate in precedenza<sup>354</sup>.

Pertanto, secondo si è spiegato nella Sezione anteriore, malgrado le differenze e particolarità fra le due sistemi giuridici, l'assenza di effetti incisivi è comune e, in questo punto, implica rilevare che gli oggetti (parti dell'attività amministrativa) attribuiti ai meccanismi non giurisdizionali configurino un altro insieme di situazioni che sfuggono del controllo: si allarga ancor più le lacune di controllo ed emerge, forse la più importanti, dalle prospettive quantitativa e qualitativa. Adesso occorre passare ad accertare la riferita convergenza degli oggetti che spettano ai controlli non giurisdizionali, al fine di mettere in luce, appunto, questo insieme di lacune. A tal fine, l'analisi sarà di tipo normativo e in base dalla classificazione fra controlli interni ed esterni.

Sia nell'ordinamento colombiano come in quello italiano si trovano, a livello costituzionale, norme che riguardano in modo specifico il controllo non giurisdizionale. La Costituzione colombiana, essendo più recente, ne ha molto di più. Dette norme determinano espressamente, ma solo in modo parziale, l'ambito (oggetto) su cui se ne devono attuare. Questa doppio carattere (espresso e parziale) si deve al fatto che, in logica costituzionale, le norme prevedono soltanto la cornice, che dopo il legislatore deve rispettare e sviluppare.

Da un canto, al riguardo dei controlli interni, la C.R.i., non li nomina, mentre che la C.P.c. stabilisce, nell'art. 209, che *“la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”* e, poi, fornisce un parametro di delimitazione dell'oggetto, nell'art. 269, in relazione con la natura delle funzioni di ogni amministrazione pubblica. Dall'altro canto, al riguardo dei controlli esterni, la C.R.i. fa riferimenti espressi, in funzione della Corte dei Conti, e stabilisce con chiarezza, nell'art. 100, che il loro oggetti sono la legittimità degli atti di governo, la gestione del bilancio dello Stato nonché la gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria; mentre che la C.P.c., altrettanto fa riferimenti espressi, anche in funzione degli enti di controllo (*Ministerio Público* e *Contraloría General de la República*), e stabilisce, negli art. 118 e 119, che al primo gli corrisponde *“la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia*

---

<sup>353</sup> Il che si dimostra dalla diversa densità normativa, giurisprudenziale e dottrinale.

<sup>354</sup> La portata del controllo giurisdizionale e la centralità della prospettiva contenziosa. Al riguardo del profilo generale dei controlli non giurisdizionali, si veda G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 554 a 557.; A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 19 a 111.; J.I. Rincón Córdoba, «El control interno...»cit., p. 462 a 465.; Luis Carlos Sachica, «Panorama general de los controles», *La protección jurídica de los administrados*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980, p. 35 a 47.

*de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas*” e, alla seconda, la “*vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración*”. Inoltre, la C.P.c., nel titolo X, disaggrega il regime funzionale di ognuno dei controllori esterni, sempre sui binari predetti. In linea di massima, ai sensi delle Costituzioni, questi sarebbero gli ambiti materiali che devono coprire (controllare) i meccanismi non giurisdizionale. Da questa base deve partire il legislatore (colombiano e italiano) al fine di stabilire il loro assetto specifico.

L’analisi normativo a livello legale rivela che i legislatori hanno provveduto a delimitare e approfondire l’ambito oggettivo di questi controlli<sup>355</sup>. In Italia, si stabiliscono quattro tipi di controlli interni per le amministrazioni statali, ai sensi del D.lgs. 286 di 1999: 1. Il controllo di regolarità amministrativa e contabile; 2. il controllo di gestione; 3. La valutazione del personale con incarico dirigenziale; 4. La valutazione ed il controllo strategico. Essi vengono completati dal sistema di valutazione della performance delle amministrazioni pubbliche, ai sensi del D.lgs. 150 di 2009. Mentre che in Colombia, il controllo interno se occupa di “*todas las actividades, operaciones y actuaciones (...) administración de información y los recursos*” di ogni ente, secondo la L. 87/1993.

A sua volta, al riguardo dei controlli esterni, in Italia il legislatore ha assunto un ruolo molto attivo, e ha allargato e approfondito l’originaria cornice costituzionale. Infatti, oltre all’eliminazione dei controlli di legittimità sugli atti delle amministrazioni regionali, provinciali, comunali e degli altri enti locali<sup>356</sup>, l’originale assetto costituzionale sembrava intrappolato nel controllo di legittimità di atti<sup>357</sup>. Perciò, in base agli art. 97, 28 e 81 della C.R.i. si è verificata la necessità di controlli diversi, “il cui oggetto non poteva che essere costituito da gestioni amministrative e loro risultati”<sup>358</sup>. Pertanto, il legislatore, attraverso la L. 20/1994, ha allargato il controllo successivo della Corte dei Conti molto più in là dell’assetto costituzionale originale, prevedendo che nel caso del controllo sulla gestione il controllore “accerta, anche in base all’esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell’azione amministrativa”<sup>359</sup>. Mentre che in Colombia il legislatore si è limitato a sviluppare la cornice costituzionale, ribadendo gli oggetti prefissati nella Costituzione. Le questioni particolari ci si

---

<sup>355</sup> In base ad “un’intesa attività della giurisprudenza (soprattutto costituzionale) che ha esplicitato una serie di criteri, limiti e modalità per l’esercizio di controlli diversi da quelli espressamente contemplati in Costituzione” G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 1405.

<sup>356</sup> In origine, la C.R.i. nell’art. 125, comma 1, prevedeva un controllo di legittimità e, ai sensi delle previsioni legali, un controllo esteso al merito. Tutti e due spettavano a un organo dello Stato, in forma decentrata. A sua volta, nell’art. 130 si prevedeva il controllo di legittimità fatto dalla Regione sugli atti delle amministrazioni degli altri enti locali. Tutti e due le norme furono abrogate dalla L. costituzionale 3/2001.

<sup>357</sup> In questa logica rientra il controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, disciplinato dalla L. 259/1958.

<sup>358</sup> G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 1407.

<sup>359</sup> Controllo che secondo la S. 29/1995 della C.C.i. “consiste nel confronto ex-post tra la situazione effettivamente realizzata con l’attività amministrativa e la situazione ipotizzata dal legislatore come obiettivo da realizzare, in modo da verificare, ai fini della valutazione del conseguimento dei risultati, se le procedure e i mezzi utilizzati, esaminati in comparazione con quelli apprestati in situazioni omogenee, siano stati frutto di scelte ottimali dal punto di vista dei costi economici, della speditezza dell’esecuzione e dell’efficienza organizzativa, nonché dell’efficacia dal punto di vista dei risultati”.

trovano nel fatto che, prima, le principali insieme normativi, nonostante abbiano forza di legge, non sono stati pronunciati dal legislatore, ma dall'esecutivo, tramite "*facultades extraordinarias*"<sup>360</sup>. Seconda, l'esercizio del controllo, dall'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2019 il controllo della gestione fiscale degli enti territoriale, ai sensi dei nuovi art. 272 e 274 della C.P.c., sarà eseguito in modo concomitante fra la *Contraloría General de la República* e le *contralorías departamentales, municipales o distritales*, dove vi siano. Prima della riforma questo controllo apparteneva agli stessi enti territoriali (ai sensi dell'art. 272 della C.P.c.) e, pertanto solo "*en los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial*" (ai sensi dell'art. 267 della C.P.c.); comunque, il contenuto e la portata dell'oggetto di controllo rimane invariato.

Infine, in tutti e due gli ordinamenti i controlli interni (la sua gestione) è diventato un oggetto specifico del controllo esterno, il che mette in luce il particolare raccordo fra i controlli non giurisdizionali. In Italia, l'art. 3, comma 4, della L. 20/1994 stabilisce che "la Corte dei Conti svolge, anche in corso di esercizio, il controllo successivo (...) verificando (...) il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione". Mentre che in Colombia, ribadendosi la previsione costituzionale, l'art. 5 del D.l. 267/2000 stabilisce che la *Contraloría* deve "*conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control interno en los términos previstos en la Constitución Política y la ley*".

Detto questo, è possibile dimostrare che, nonostante le differenze dei percorsi di ogni ordinamento, vi sia una convergenza, se pur non esatta, almeno ampia, fra gli ambiti (oggetti) dell'attività amministrativa che, in entrambi gli ordinamenti, sono attribuiti ai controlli non giurisdizionali. Il che comporta, inoltre, che gli ambiti sprovvisti di controllo incisivo (quello giurisdizionale) sono anche convergenti negli ordinamenti studiati. In linea con i ragionamenti esposti in queste pagine, il comune denominatore dell'assetto dei controlli non giurisdizionali (interni ed esterni) è, appunto, la difficile giustiziabilità davanti ai giudici<sup>361</sup>, sia perché non vi sia una controversia, sia perché non vi siano situazioni soggettivi lese, sia perché la pretesa non sia conforme a nessuna delle azioni processuali.

Ebbene, in tutti e due paesi le aree coincidono, altrettanto, a seconda della classificazione fra controlli interni e controlli esterni. Da una parte, i primi, svolti da uffici della stessa amministrazione o dello stesso insieme di amministrazioni, si occupano dell'intera attività di una specifica amministrazione (compresi gli atti e le operazioni), con finalità vastissime, cui comune denominatore è di controllare che essa sia svolta in modo economico, efficiente ed efficace e, in ruolo di direzione, per assicurare il rispetto dei parametri stabiliti e la performance in relazione agli

---

<sup>360</sup> Perciò si tratta di decreti legislativi: D.l. 267/2000 (controlli della gestione fiscale e di risultati della *Contraloría General de la República*), D.l. 262/2000 (controlli preventivi di gestione)

<sup>361</sup> Sono rilevate sacche di immunità con riguardo alla tipologia degli atti impugnati, ai vizi fatti valere in giudizio, alla carenza attuale d'interesse, alla non espressione di funzione amministrativa. Si veda Giuseppe Tropea, «Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa», *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, fasc. 3, 2018, p. 126 a 156.; Fabio Saitta, «Il Principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa», *Diritto Processuale Amministrativo*, vol. 67, fasc. 3, 2012, p. 581 a 606; Darío Martínez Jurado, «El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, fasc. 20, 2018, p. 289 a 343.



obiettivi da conseguire. Da l'altra parte, i secondi, svolti da organi estranei ai controllati, si occupano dell'intera attività (compresi gli atti, le operazioni e il funzionamento dei controlli interni) della generalità delle pubbliche amministrazioni (compresi quelle dei livelli locali), con finalità altresì vastissime, cui comune denominatore è di controllare la legittimità degli atti o i risultati della gestione, principalmente in funzione del rispetto di regole di bilancio e finanziari.

Si badi bene che in tutti e due gli ordinamenti, l'oggetto dei controlli non giurisdizionali ha una portata molto ampia, in cui rientra pienamente tutta l'attività amministrativa, sia dal profilo di legittimità sia da quello della gestione, ma sempre in funzione della verifica di rispetto del bilancio e delle regole finanziarie. Tuttavia, un'ampiezza del genere non significa, di nuovo, pienezza del "controllo" o, meglio, degli oggetti di controllo perché, alla stregua di quanto accade con i controlli giurisdizionali, per quelli non giurisdizionali sono riconosciute aree che li si sfuggono<sup>362</sup>.

L'oggetto, sia nei controlli interni sia in quelli esterni, è palesemente collegato al rispetto dell'equilibrio economico – finanziario dell'intera attività, non "la corretta adozione di singoli comportamenti (...) la correzione di fenomeni di malamministrazione un danno di singoli soggetti, (...) [ma] si appunti essenzialmente sull'esame di macro-gestioni amministrative e finanziarie"<sup>363</sup>. In altre parole, la gamma di situazioni che essi intendono controllare è diversa e ampissima (eseguono il controllo da una prospettiva macro), tuttavia, il suo oggetto è, in genere, l'equilibrio economico-finanziario, che "si tratta, evidentemente, di una regola difficilmente giustiziabile davanti ad un giudice, non foss'altro perché le norme che infrangono quell'equilibrio accrescono - in genere- il volume (relativo) della spesa (rispetto alle entrate) e non determinano, quindi, pregiudizi immediati a situazioni soggettive dei privati"<sup>364</sup>.

Pertanto, chiudendo il cerchio di dimostrazione delle lacune e dell'immunità di controllo derivate dal modello di monopolio giurisdizionale, è possibile affermare che gli oggetti attribuiti ai controlli non giurisdizionali si trovano, precisamente, sprovvisti di controllo effettivo perché soltanto il controllo giurisdizionale è in grado di incidere e di generare, appunto, effetti diretti, concreti e certi sull'oggetto controllato, e gli ambiti dei controlli non giurisdizionali si caratterizzano, appunto, dalla difficile giustiziabilità, è inevitabile concludere che gli oggetti dei controlli non giurisdizionali non sono controllati. L'equazione, inizialmente esposta in questo comma, è ribadita, ma da un'altra prospettiva: se vi è un "monopolio del controllo giurisdizionale", e "gli oggetti dei controlli non giurisdizionale sono difficilmente giustiziabili", il risultato è il "non controllo" delle frazioni dell'attività amministrativa affidati ai controlli non giurisdizionali.

Adesso, dopo di aver determinato è caratterizzato gli oggetti dei controlli non giurisdizionali, sottolineando la tendenziale convergenza riscontrata negli ordinamenti studiate, è possibile dimensionare la (vasta) portata della lacuna composta dalle materie affidate ai controlli non giurisdizionali. Addirittura, se non sfuggissero aree dell'attività amministrativa a questo tipo di controllo, il risultato sarebbe lo stesso, lacune di controllo derivate dall'assenza di effetti diretti,

---

<sup>362</sup> Al riguardo dei controlli istituiti presso le pubbliche amministrazione (interni) e quelli della Corte dei Conti (esterni) si riconosce il rischio di "eventuali aree dell'attività amministrativa che sfuggono all'azione di controllo" A.L. Tarasco, *op.cit.*, pp. 65 e 66.

<sup>363</sup> *Ibidem*, pp. 67 e 68.

<sup>364</sup> G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, pp. 1407 e 1408.

concreti e certi. Pertanto, si rivela che l'attribuzione di competenze di controllo a soggetti diversi dal giudice sia solo apparente, nel senso che solo il controllo attuato da quest'ultimo può riconoscersi come tale (monopolio) nonché dal fatto che le aree attribuite ai controlli non giurisdizionali (ormai individuate) sono sprovviste di effetti del genere.

La tutela oggettiva dell'ordinamento, la tutela delle situazioni giuridiche soggettive (diritti e interessi) e la garanzia di controllo dell'attività amministrativa sono temi inestricabilmente collegati. Tuttavia, essendo chiari le lacune e le immunità derivate del monopolio del controllo giurisdizionale, risulta necessario e obbligatorio intraprendere le modifiche e aggiornamenti (teorici e normativi) pertinenti al fine di attuare, effettivamente, la garanzia di pienezza del controllo e della tutela.

### Sezione III. Scioglimento del monopolio giurisdizionale come presupposto della materializzazione del dogma – garanzia di controllo dell’attività amministrativa: co-titolarità del controllo non giurisdizionale

L’assetto attuale del controllo dell’attività amministrativa è ispirato fortemente sia dai principi della teoria dello Stato di Diritto, sia dal modello tradizionale del diritto amministrativo, persino al punto di solidificare l’identificazione del controllo amministrativo con il giudice. Quei presupposti sono stati aggiornati, diversi fattori storici e giuridici hanno spinto la sua evoluzione e trasformazione, però il controllo amministrativo continua ad essere svolto sui binari di origine. Ciò ha comportato l’apparizione di lacune o di immunità di controllo, altrettanto normalizzate. Tuttavia, la presenza di poteri o di competenze pubbliche -nell’indagine amministrative- che sfuggono al controllo si rivela palesemente in contrasto con i presupposti rinnovati che, ad oggi, costituiscono le basi dell’esercizio delle attività amministrative e, altresì, del suo controllo, persino nel caso in cui si facesse la lettura più duttile possibile di essi<sup>365</sup>.

Le dinamiche di esercizio delle attività amministrative e il suo controllo non possono continuare ad essere eseguiti sulla base di presupposti che consentono lacune ed immunità e, in un certo senso, permettono e normalizzano l’arbitrarietà<sup>366</sup> dell’attività amministrativa. Pertanto, occorre spiegare i presupposti (teorici e dogmatici) per cui il giudice (amministrativo e ordinario) non può continuare ad eseguire un ruolo monopolista, neppure può essere considerato il naturale controllore (nella sorta di titolarità esclusiva sopra spiegata) o il principale contrappeso (nella teoria di pesi e contrappesi) del potere amministrativo e dell’azione amministrativa.

Si evidenzia una sconnessione<sup>367</sup> fra gli aggiornati presupposti teorici e dogmatici (parte generale) del controllo amministrativo e la sua disciplina normativa (parte speciale), la quale, in ogni caso, non è sempre evidente o accettata in modo generale e uniforme. Pertanto, occorre rilevare il contenuto e portata delle trasformazioni dei presupposti del controllo dell’attività

---

<sup>365</sup> Facendo leva del termine usato nella traduzione allo spagnolo della parola mite come “*dúctil*”, nel senso di rappresentare la malleabilità del diritto e, al contempo, la intangibilità di certi concetti. Si afferma che la dogmatica del diritto costituzionale, estendibile alla dogmatica di tutto il diritto, deve essere fluida, nel senso di “essere come il liquido nel quale le sostanze che vi sono versate -i concetti- mantengono la loro individualità e coesistono senza urti distruttivi, ma anche entro certi limiti di oscillazione e, comunque, senza che mai un solo componente possa sopraffare o eliminare gli altri”. Si veda, Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 15.; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 17.

<sup>366</sup> Nell’ordinamento costituzionale spagnolo, l’art. 9.3 garantisce l’interdizione dell’arbitrarietà. La dottrina più autorevole ha inteso che “*la arbitrariedad marca un límite de lo jurídicamente aceptable. Un límite infranqueable, que el Derecho no puede tolerar que se rebase en ningún caso so pretexto de tecnicismos de ningún tipo, que simplemente deben decaer cuando entren en conflicto con la necesaria defensa de esa barrera que separa lo jurídico de lo arbitrario*”. Tomás-Ramón Fernández, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Madrid, Iustel, 2016, p. 104. Anche se gli ordinamenti studiati non prevedono, testualmente, il riferito principio, esso può essere derivato da altre disposizioni costituzionali: in Colombia, ad esempio, dagli art. 6 (supremazia costituzionale), 121 (principio di giuridicità); in Italia, ad esempio, dagli art. 1 (esercizio della sovranità nei limiti costituzionali), 24 (tutela giurisdizionale e diritto di difesa), 28 (responsabilità dei dipendenti ed enti pubblici dalla violazione di diritti).

<sup>367</sup> Che costituisce una delle principali patologie del diritto amministrativo contemporaneo, si veda E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 10 a 11.

amministrativa al fine di determinare, in logica di conservazione-avanzamento<sup>368</sup>, le basi odierne che dovrebbero governare il controllo dell'attività amministrativa (1). Ciò permetterà spiegare come l'attribuzione di effetti diretti, concreti e certi ai controlli non giurisdizionali costituisca una risposta ragionevole al fine di attendere le criticità dell'assetto odierno, di cercare l'effettiva pienezza del controllo -attraverso della copertura delle lacune e delle immunità- e di fornirli una legittimità -in base agli effetti- analoga a quella che gode il controllo giurisdizionale (2). Infine, in funzione dei rinnovati presupposti teorici e dogmatici si proporranno alcune linee divisorie fra l'attività giurisdizionale e il controllo non giurisdizionale, nel tentativo di rinnovare i presupposti che governano il rapporto fra entrambi le attività, particolarmente quando il giudice agisce come controllore dell'attività amministrativa (*ultima ratio*) o quando controlla l'esercizio dei meccanismi di controllo non giurisdizionale (3).

### **1. Controllo della funzione amministrativa nella cornice dell'aggiornamento dei suoi presupposti teorici e dogmatici: l'obbligo di controllo non giurisdizionale**

La lenta e impercettibile ascesa del giudice alla posizione di controllore naturale e monopolista dell'attività amministrativa ha diversi e parecchi cause. A questa ricerca hanno interessato, in particolare, due: la teoria dello Stato di diritto e il modello tradizionale del diritto amministrativo. La congiunzione dei suoi riflessi ha prodotto l'accennata ombra sul controllo amministrativo. Tuttavia, in entrambi i fondamenti si sono documentato, in virtù delle pressioni di tipo pratico, mutamenti considerevole.

Al riguardo della teoria dello Stato di diritto, è noto che l'aggettivo che accompagna il modello statale ha mutato costantemente, sulla base della trasformazione delle funzioni attribuite all'apparato statale (allargamento, riduzione, segmentazione, eliminazione) nella cornice della garanzia e tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati<sup>369</sup>. Suddetta evoluzione ha significato che nell'odierno modello di Stato costituzionale, verificabile in entrambi gli ordinamenti studiati, "l'unico contenuto "solido" che la scienza di una costituzione pluralista dovrebbe difendere rigorosamente e vigorosamente contro le aggressioni dei suoi nemici, è quello della pluralità dei valori e dei principi"<sup>370</sup>, in logica dogmatica<sup>371</sup>. Ciò comporta, nel contesto dell'indagine, che il principio di interdizione dell'arbitrarietà, vale a dire, del divieto di potere

---

<sup>368</sup> Nel senso che il ruolo della scienza del diritto amministrativo e della dottrina è indirizzata a "*observar analíticamente el presente y reflexionar sobre los necesarios avances del Derecho, incorporando también otros conocimientos provenientes de las ciencias auxiliares (...) no quiere decir ello, desde luego, que hayan de postularse constantemente cambios de paradigmas*". E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., pp. 31 e 32.; E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 255 a 257.

<sup>369</sup> Cfr. Jorge Iván Rincón Córdoba, *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 127 a 169.

<sup>370</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...cit.*, p. 16.

<sup>371</sup> Zagrebelsky considera che la dogmatica sia utile ma deva essere fluida, nel senso che non deva diventare uno strumento di rigidità concettuale. Ciò è in linea con la proposta di Möllers, ripresa da Schmidt-Aßmann, nel senso di intendere per dogmatica "una costruzione di istituti normativi e nessi logici, elaborati sulla base del diritto positivo, ma indipendenti dalle singole norme". *Ibidem*, pp. 15 e 16.; E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 255.

pubblico sprovvisto di controllo o al di fuori del diritto sia uno di quei contenuti dogmatici solidi, il che non significa la immutabilità del contenuto tradizionale del principio di separazione dei poteri pubblici, ma il suo aggiornamento (avanzamento) in conformità ai mutamenti della teoria dello Stato di diritto e del contesto pratico in cui si esercitano i poteri pubblici. Questa trasformazione ha importanti conseguenze sulla disciplina del controllo amministrativo.

Secondo è stato spiegato prima, il principio della separazione dei poteri pubblici costituisce, oltre che uno dei fondamenti del sistema costituzionale e di organizzazione del potere pubblico<sup>372</sup>, uno dei principali pilastri, derivati dalla teoria dello Stato di diritto, dell'attuale impostazione dei controlli amministrativi. La logica della netta separazione dei poteri pubblici, propria delle prime teorizzazioni assunte negli ordinamenti colombiano e italiano<sup>373</sup>, più influenzata dalla *volonté générale* teorizzata da Rousseau<sup>374</sup>, nata dal contesto previo e concomitante della Rivoluzione francese (1789 a 1799), implicava una specializzazione assoluta delle funzioni<sup>375</sup>, degli ambiti del potere, una esclusività organica nel suo esercizio e un isolamento dei poteri.

Infatti, in Colombia, di recente, si ritiene che *“la división en tres ramas busca fragmentar al Estado de manera que las probabilidades de que este viole los derechos de los ciudadanos, sus creadores, disminuyan”*<sup>376</sup>, cioè, si intende che il baricentro del principio è la “frammentazione” dello Stato, delle sue funzioni. A sua volta, in Italia si ritiene che il principio della separazione dei poteri “fu ispirato sostanzialmente dall'esigenza di limitare il potere politico accentrato nelle mani del monarca e di tutelare la libertà degli individui (...) La novità che caratterizza lo Stato moderno è l'idea di “separare” i poteri”<sup>377</sup>, cioè, alla stregua dell'originaria concezione francese, anche diffusa in Colombia, il baricentro del principio è la “frammentazione” del potere. Pertanto, la giurisdizione è ritenuta come l'attività rivolta al controllo dell'esercizio delle attività

---

<sup>372</sup> Il principio della separazione dei poteri pubblici è inerente al modello di Stato ispirato nel costituzionalismo liberaldemocratico, in cui rientra sia la Colombia sia l'Italia. Cfr. Augusto Barbera, Carlo Fusaro, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 53.

<sup>373</sup> Occorre rivelare che la dottrina ha ritenuto che il modello di separazione dei poteri pubblici nato negli Stati Uniti d'America, nel contesto della Rivoluzione Americana, abbia degli elementi che lo differenziano da quello sviluppato negli Stati di Europa occidentale, nato nel contesto della Rivoluzione francese e dei paesi del centro e sud America. Si veda, Peter Cane, *Controlling administrative power: an historical comparison*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

<sup>374</sup> “In Francia si manifesta anche un altro filone di pensiero che si contrappone all'idea della separazione dei poteri; (...) si rinviene nelle opere del Rousseau il quale attribuisce un valore assoluto al principio democratico e identifica il sovrano nella volontà generale della collettività (...) Rousseau ammette la distinzione tra i tre poteri dello Stato; una distinzione puramente funzionale che assegna al popolo riunito in assemblee l'espressione della volontà generale attraverso le leggi; gli altri organi di governo assumono un ruolo meramente esecutivo della volontà generale” A. Rinella, *op.cit.*, p. 61.

<sup>375</sup> “French theory held that a genuine division meant the absence of any interference of a Power in the exercise of the functions of another Power”. Giovanni Bognetti, *Dividing powers: a theory of the separation of powers*, (tradotto da) Kieren Baley, Assago e Padova, Wolters Kluwer e CEDAM, 2017, p. 22. Ciò potrebbe spiegare che il controllo dell'esecutivo sia rimasto, in forma di giurisdizione, nelle mani dello stesso potere esecutivo, prima come giustizia ritenuta dopo come giustizia delegata, essendo sempre il *Conseil d'État* parte della organizzazione dell'esecutivo, secondo fu spiegato nel capitolo I.

<sup>376</sup> Daniel Eduardo Bonilla-Maldonado, «La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes», *Vniversitas*, vol. 64, fasc. 131, 2015: 234.; Enrique Díaz Bravo, «Desarrollo histórico del Principio de Separación de Poderes», *Revista de Derecho*, fasc. 38, 2012: 240 a 270. Quest'ultimo fornisce una disamina approfondita della concezione attuale di separazione dei poteri.

<sup>377</sup> A. Rinella, *op.cit.*, p. 62.

amministrative perché “l’affermazione del principio da separazione dei poteri e delle sue conseguenze fa dell’amministrazione un soggetto costituzionale dotato di una forza che si manifesta soprattutto nei confronti del giudice e dei suoi poteri”<sup>378</sup>

Insomma, la lettura ortodossa del principio negli ordinamenti studiati implicherebbe il divieto della attribuzione o esecuzione condivise delle funzioni pubbliche e, pertanto, spiegherebbe anche l’ancoraggio dell’identificazione, teorica e normativa, fra il giudice e il controllo amministrativo<sup>379</sup>: di nuovo, il giudice, e solo esso, è il controllore dell’esercizio della funzione amministrativa<sup>380</sup> perché il legislator fa le leggi, il esecutivo (attraverso la pubblica amministrazione) le eseguita e, in fine, il giudice controlla la sua attuazione. Si chiudeva un cerchio in cui non vi era spazio per gli controlli non giurisdizionali. Come conseguenza, le autorità appartenenti al potere esecutivo e alla pubblica amministrazione, impossibilitate per giudicarsi, neanche si intenderebbero titolari di competenze di controllo<sup>381</sup>, perché l’assicurazione della legalità dell’agire amministrativo spetta al giudice. Ciò illustra la premessa secondo cui l’intero sistema del diritto amministrativo abbia come baricentro il controllo giudiziario, cioè, spiega che “*el sistema construido tiene su eje en el control judicial*”<sup>382</sup>, il che mette in luce l’ombra di cui si è fatto riferimento e che oscura gli altri tipi di controllo e l’impostazione medesima del diritto amministrativo.

Tuttavia, questa lettura della separazione netta dei poteri pubblici, accolta per prossimità e affinità teorica in Colombia e in Italia, è stata progressivamente attenuata, chissà con lo scopo di avvicinarla alla lettura originata dal contesto della Rivoluzione americana (1763-1789), forse più fedele alle idee contenute nello “Spirito delle leggi” di Montesquieu<sup>383</sup>, e contenuta nella Costituzione degli Stati Uniti d’America del 1787, la cui pretendeva un modello di *checks and*

---

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>379</sup> Il percorso di impostazione dell’interpretazione tradizionale del principio della separazione dei poteri pubblici, cioè, il percorso dalla concentrazione del potere alla separazione di esso, implicò l’identificazione del controllo amministrativo con il giudice, con la giurisdizione. “*The difference in approach to “checks” on “divided powers” led to western systems for justice in the administration developing along two distinct paths, the traces of which can still be seen today. Comparative legal scholars have engaged in well-known arguments in an effort to establish which was the most effective form of judicial review: the English model with the ordinary Courts or the French of the administrative judge. Regardless of the debate, it remains that all western systems felt the need to proceed according to one of the two options to provide a safeguard that would have greatly undermined the value and meaning of the model had it been absent*”. G. Bognetti, *op.cit.*, p. 23.

<sup>380</sup> Per quello si è affermato prima che la dogmatica tradizionale del diritto amministrativo, ancorata fino ad oggi in tutti e due ordinamenti, posiziona la tutela effettiva dei diritti e degli interessi dei particolari nelle mani del giudice, attraverso il controllo giudiziario. Questa situazione non è esclusiva degli ordinamenti colombiano e italiano, ad esempio, la dottrina spagnola ritiene anche la “*tutela judicial*”, attraverso della *potestad jurisdiccional de control* e del *derecho a la tutela jurisdiccional*, come un elemento inerente alle basi costituzionali del diritto amministrativo; con la conseguenza di identificare, teoricamente, il controllo col giudice. Si veda Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General I*, Madrid, Iustel, 2018, p. 53 a 55.

<sup>381</sup> Secondo è stato spiegato nel capitolo precedente, la consolidazione del giudice (amministrativo e ordinario) fu preceduta di schemi di autocontrollo a capo delle autorità del potere esecutivo, che furono diminuendosi gradualmente, man mano che il giudice stava assumendo le sue competenze giudiziali. Alla fine, controllare e giudicare furono confusi e monopolizzati dal giudice.

<sup>382</sup> J. Barnes, «Sobre el procedimiento administrativo...»*cit.*, p. 267.

<sup>383</sup> Sulle critiche all’interpretazione tradizionale dello “Spirito delle Leggi” si veda A.F. Ospina Garzón, «L’activité contentieuse de l’administration...»*cit.*, p. 171 a 174.

*balances*<sup>384</sup>, che influenzerebbe l'impostazione dell'esercizio e il controllo della funzione amministrativa. Infatti, sin dalle prime teorizzazioni del principio in Europa occidentale, la separazione netta si aveva rilevato né logicamente accettabile né praticamente realizzabile<sup>385</sup>.

Diverse circostanze pratiche hanno continuato a contribuire all'attenuazione e all'adeguamento del principio, fra queste, prima, l'accertamento di fattispecie di collaborazione, nella prassi<sup>386</sup> e con supporto normativo<sup>387</sup>, fra le branche del potere pubblico (separato secondo il principio) cominciava a rilevare l'esercizio condiviso, e non esclusivo<sup>388</sup> del potere; seconda, la verifica in prassi che ogni funzione non implica il suo esercizio mono-organico (esclusivo), però il suo esercizio multi-organico<sup>389</sup>, il che comporta che le diverse funzioni del potere siano strumenti che servono per il raggiungimento degli incarichi affidati agli organi di potere. In altre parole, si è accertato, teoricamente e normativamente, che le diverse funzioni del potere pubblico non sono riservate separatamente a ciascuno degli organi di potere<sup>390</sup>. Le varie funzioni del potere pubblico, compreso il controllo amministrativo, sono esercitate dai vari organi di potere, indipendentemente dalla sua natura legislativa, esecutiva o giurisdizionale<sup>391</sup>. Ciò si estende persino all'attività

---

<sup>384</sup> "...il principio della separazione dei poteri ha conosciuto la sua applicazione più coerente nella Costituzione negli Stati Uniti d'America (1787) Qui, la forma di governo presidenziale prevede che i tre poteri siano giuridicamente separati e indipendenti, sia pure assoggettati a un sistema di freni e controlli reciproci". A. Rinella, *op.cit.*, p. 64.; Daniela Bifulco, «Giurisdizione, potere legislativo e potere esecutivo», Orazio Abbamonte (a cura di), *Il potere dei conflitti: testimonianze sulla storia della magistratura italiana*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 83 a 86.

<sup>385</sup> Sulla base delle teorie di Jellinek, di Laban e di Duguit, si veda A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»*cit.*, pp. 79 e 80.

<sup>386</sup> In Italia si ritiene che la generale tendenza di rafforzamento dell'esecutivo, verificabile per la crescente importanza delle funzioni di indirizzo politico, implichi che "deve registrarsi un'evoluzione del principio della separazione dei poteri nel senso della attenuazione della rigidità della separazione delle funzioni e della ricerca di forme di reciproco coordinamento tra gli organi costituzionali di vertice". A. Rinella, *op.cit.*, p. 79.; G. Bognetti, *op.cit.*, p. 61 a 69. Quest'ultimo fornisce argomenti per approfondire sull'attuale ruolo centrale del governo nell'esercizio del potere pubblico, il che illustra la ridefinizione del principio di separazione dei poteri pubblici.

<sup>387</sup> Come illustrazione, in Colombia, le competenze giurisdizionali del legislatore, nel caso dell'indagine per reati di funzionari del vertice dell'esecutivo, come il Presidente (art. 116 C.P.c.), le competenze normative delle pubbliche amministrazioni, nel caso dell'ordinamento del territorio (...), e le competenze amministrative del giudice, nel caso della nomina dei giudici (...). Insomma, le autorità hanno competenze che, in genere, non appartengono alla loro funzione principale: il legislatore non esercita tutte le funzioni normative e solo la funzione normativa; le autorità amministrative non svolgono tutte le funzioni di gestione e solo la funzione di gestione; i tribunali non esercitano tutte le funzioni contenziosi o di controllo e solo le funzioni contenziosa e di controllo. In questo senso, si afferma che "*l'idée de collaboration pourrait être interprétée comme un principe permettant des dérogations à l'exclusivité des fonctions et des organes*" A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»*cit.*, p. 119 a 147.

<sup>388</sup> Una illustrazione si trova si veda G. Bognetti, *op.cit.*, p. 35 a 48.

<sup>389</sup> Per approfondire sulle circostanze che permettono constatare in Colombia e in Francia l'esercizio multi-organico delle funzioni del potere pubblico si veda A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»*cit.*, p. 147 a 169.; A. Rinella, *op.cit.*, p. 80. Nell'ordinamento italiano, anche se non è diretto, l'esercizio multi-organico si può ritracciare dall'analisi della crescente importanza dell'esecutivo, infatti, Rinella ritiene che "l'esecutivo non si limita a dare esecuzione a decisioni altrui (quelle parlamentari), ma è organo governante, che determina gli obiettivi dell'azione politica dello Stato e ne coordina l'attuazione (...) L'attenuazione della netta separazione tra i poteri dello Stato si registra anche con riferimento alle altre funzioni".

<sup>390</sup> "*Órganos jurisdiccionales, función de control y tutela han sido, por tanto, conceptos emparejados funcional y teleológicamente. Sin embargo, ese emparejamiento poder función nunca ha sido plenamente satisfactorio para categorizar toda la realidad jurídica involucrada en el control de los actos del poder público*" J. Agudo González, *op.cit.*, p. 81.

<sup>391</sup> Da qui che si prevedano soluzioni per i possibili conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato. Cdr. A. Barbera, C. Fusaro, *op.cit.*, p. 542 a 545.

contenziosa, in origine ritenuta come esclusiva dei giudici, ma adesso riconosciuta chiaramente come un'attività multi-organica<sup>392</sup>.

Queste circostanze hanno permesso di ridefinire il contenuto e portata tradizionali del principio al fine di riconoscere l'esercizio multi-organico del potere pubblico, accompagnata da un profondo cambiamento teorico, poiché il nucleo del principio è passato dalla separazione netta (esclusività e specializzazione) al divieto di poteri sprovvisti di controllo (limitati<sup>393</sup>), il che non implicherebbe il divieto del cumulo del potere<sup>394</sup>. Pertanto, la ridefinizione del principio (divieto di potersi senza controllo) comporta, prima, ammettere che tutti i poteri pubblici possono essere accumulati da parte di un solo soggetto, il che rivendica l'autocontrollo, secondo, che il controllo costituisce l'unico potere che non può essere accumulato, il che impone di abbattere il monopolio odierno. Insomma, il principio di separazione dei poteri pubblici costituisce il limite all'esercizio multi-organico del potere.

Dunque, la ridefinizione del principio di separazione dei poteri pubblici implica, a quello che interessa alla ricerca, l'accertamento di due premesse collegate. Prima, una negativa, secondo cui il controllo amministrativo (dell'esercizio della funzione amministrativa) non può essere accumulato da un solo soggetto o da una sola parte del potere pubblico; seconda, una positiva, secondo cui il controllo amministrativo deve essere esercitato, piuttosto, da tutti gli organi che personificano la separazione del potere, in cui è diviso. Tutto sommato, la ridefinizione del principio implica il divieto e l'esclusione dell'esercizio arbitrario<sup>395</sup> e incontrollato<sup>396</sup> del potere (competenze) pubblico<sup>397</sup>. Così, il ruolo del giudice (controllo giurisdizionale) si dimensiona più fedelmente, più in sintonia con la prassi. Essendo visibili gli spazi a cui non può arrivare, il ruolo del controllo non giurisdizionale assume ancora maggior importanza, richiedendosi (in logica multi-organica) il co-titolarità del controllo. Questa proposta di rilettura trova spazio anche nella logica del potere globale, in cui non avendo certezza sull'esistenza dei tre classici poteri pubblici

---

<sup>392</sup> Si è dimostrato che sin dall'origine l'esecutivo (pubblica amministrazione) esercitava l'attività contenziosa. Pertanto, si è assistito a un processo di occultamento al fine di consolidare un'immagine idealizzata, ma fittizia, dell'attività di risoluzione delle controversie. Si veda, A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»cit., p. 124 a 190.

<sup>393</sup> Attraverso del modello di Stato liberaldemocratico “è perseguita la separazione dei poteri o comunque la loro limitazione, secondo la tecnica del governo misto (nessun organo assuma tutte le funzioni o, all'interno della stessa funzione, tutto il potere)”. A. Barbera, C. Fusaro, *op.cit.*, p. 53.

<sup>394</sup> Perché “*le véritable danger n'est pas le cumul de différentes fonctions, mais l'absence de contrôle*” A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»cit., p. 174.

<sup>395</sup> “*Una decisión arbitraria, esto es, infundada, carente de otro soporte que no sea la mera voluntad de quien la adopta (...) tiene que ser necesariamente rechazada por el Derecho*”. T.-R. Fernández, *Arbitrario, arbitraire...cit.*, p. 108.

<sup>396</sup> “*La séparation des pouvoirs ne va pas à l'encontre du fait que les différentes fonctions du pouvoir public puissent être exercées par les différents organes du pouvoir, déterminant ainsi qu'une autorité puisse cumuler des fonctions de différentes natures. En revanche, elle s'oppose aux pouvoirs incontrôlés, c'est-à-dire, absolus. L'idée des freins et contrepoids, « checks and balances » est contraire à l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs. Elle vise à éviter le cumul absolu des pouvoirs, rejoignant dès lors l'idée que la séparation des pouvoirs est un principe de contenu seulement négatif*” A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»cit., p. 174.

<sup>397</sup> “Che l'azione della Pubblica Amministrazione debba essere razionale, ragionevole, logica, non arbitraria può considerarsi *jus receptum* quanto meno a partire dalla fine del Seicento. Nessuno legge più il *De officio hominis et civis*, ma tutti sono ormai culturalmente convinti di questo assioma: l'azione dei pubblici poteri deve essere «misurata» razionalmente” F. Merusi, *La legalità amministrativa...cit.*, p. 65.



statali (legislativo, esecutivo e giudiziario), l'enfasi si mette, non nella delimitazione dei poteri globali, ma nell'esigenza del suo controllo, nella sua legittimazione interna, derivata dagli *outcomes*, non del processo elettorale democratico, e delle garanzie procedimentale nei processi decisionali<sup>398</sup>.

Pertanto, a ciò che interessa alla presente ricerca, si mette in luce che il principio non ha un valore meramente descrittivo e non normativo<sup>399</sup>, anzi, il diritto positivo vigente ha influenzato il cambiamento teorico del contenuto e portata del principio. Pertanto, la rilettura del principio comporta l'accertamento di controlli amministrativi diversi e coesistenti riferiti all'organo del potere dal quale sono esercitati: controllo amministrativo politico, dal legislatore; controllo amministrativo giurisdizionale, dal giudice; e controllo amministrativo, esercitato dallo stesso soggetto che esercita la funzione amministrativa (interno) o da organi altri di essi (esterno). Di questo modo, l'esercizio della funzione amministrativa dovrà essere controllato sia dallo stesso esecutore di essa, sia dal legislatore, sia dal giudice.

L'altro presupposto che deve essere aggiornato, al fine di incidere sulla disciplina normativa del controllo dell'attività amministrativa, è il modello tradizionale del diritto amministrativo. Infatti, sempre la dottrina tedesca ha affermato che dall'assetto tradizionale, caratterizzato dalla triade di componenti strutturali<sup>400</sup>, si deve transitare ad un rinnovamento dell'intero assetto poiché esso si deriva di un'analisi distorto della realtà amministrativa<sup>401</sup>, difficilmente risponde alle esigenze e ai presupposti costituzionali attuali. Il diritto amministrativo ha vissuto "un'evoluzione originale e contraddittoria: da un lato, appariva *lungimirante* la "triade delle componenti materiali", cioè l'orientamento del diritto amministrativo innanzitutto ai diritti fondamentali, ma al tempo stesso era *arredata* "la triade delle componenti strutturali", cioè il ricorso a una sistematica troppo angusta ("riduzionista"), che consapevolmente o inconsapevolmente escludeva troppe cose!"<sup>402</sup>. Nonostante ciò sia esposto al riguardo dell'ordinamento tedesco, costituisce altresì - di nuovo in logica di "convergenza progressiva" - una patologia riconoscibile negli ordinamenti su indagine che, pertanto, ha influenzato decisamente il modello di controllo monopolizzato dai giudici.

Nessuno dei tre componenti della triade del canone di normalità del diritto amministrativo risponde alla realtà in cui si svolge l'attività amministrativa. In questa parte interessa soffermarsi sul ruolo del giudice, che secondo si è spiegato non risponde all'esigenza di controllo pieno dell'attività amministrativa. In logica di *conservazione-avanzamento*, si è verificato che il controllo della conformità o meno dell'azione amministrativa al diritto oltrepassa il tradizionale modello monopolizzato del controllo giurisdizionale. Pertanto, si evidenzia la necessità di situare il

---

<sup>398</sup> Lorenzo Casini, *Potere globale: regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 113 a 125.

<sup>399</sup> S. Cassese, «Il diritto amministrativo...»cit., p. 30. Al contrario, l'accertamento di autorità indipendenti, difficilmente appartenenti ad alcuno dei tre poteri, o la dissociazione tra il potere in senso funzionale e organico, perché i giudici hanno competenze amministrative, la pubblica amministrazione ha poteri di soluzione dei conflitti (contenziosi) o il legislatore altrettanto, non smentisce la vigenza del principio di separazione dei poteri, ma impone la sua ridefinizione, nel senso di ammettere l'esercizio multi organico del potere e il divieto della sua accumulazione.

<sup>400</sup> Secondo la spiegazione fatta nel Comma 2 della Sezione precedente: l'amministrazione come blocco chiuso e univoco, la legge come direttrice dettagliata delle amministrazioni, il giudice come controllare dell'attività amministrativa.

<sup>401</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 36 a 38.

<sup>402</sup> E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 259.

controllo da molto prima dell'avvio del controllo giurisdizionale<sup>403</sup>, cioè, nel contesto medesimo dell'azione amministrativa<sup>404</sup>, in modo tale che si accette che il controllo giurisdizionale “*quel que soit le très grand mérite de celui-ci, il ne pouvait subvenir à toutes les nécessités d'un contrôle efficace; on a donc vu apparaître, parallèlement au contrôle juridictionnel, un contrôle non juridictionnel de l'administration*”<sup>405</sup> e, di conseguenza, siano incorporati meccanismi efficaci di controllo direttamente, nel contesto dell'attività amministrativa (controlli non giurisdizionali) oppure adeguati quelli esistenti, fornendoli maggior efficacia potenziale.

Pertanto, il rinnovamento del modello tradizionale del diritto amministrativo<sup>406</sup> a livello dogmatico<sup>407</sup> richiede transitare dalla prospettiva di centralità del controllo giurisdizionale a una più integrale, che includa o rafforzi anche dei meccanismi, con una potenziale efficacia analoga, di controllo non giurisdizionale, con l'obiettivo di affrontare gli spazi sprovvisti di controllo (lacune e immunità) e, in questo modo, cercare di rendere effettiva la garanzia di pienezza del controllo, la quale costituisce un mito nell'odierno regime monopolizzato. Il controllo giurisdizionale deve detenere un ruolo importante, ma non può continuare a costituire il canone di normalità, poiché non è in grado di sintetizzare lo stato della questione, né esprime la situazione dogmatica normale o unica<sup>408</sup>. Questo profilo complica considerevolmente il modello di controllo, però arricchisce la sua profondità e lo rende più fedele alle aspettative dei privati su l'attività amministrativa e sulla garanzia di controllo (pieno).

Inoltre, l'avanzamento teorico – dogmatico (della parte generale) permetterà l'analisi critico della disciplina normativa dei controlli amministrativi (parte speciale). Pertanto, le carenze di tutela derivate dal monopolio giurisdizionale del controllo rende possibile rafforzare il ruolo della tutela in sede amministrativa, cioè, transitare del monopolio da uno schema pienamente affidato al mito della “tutela giurisdizionale effettiva”, a uno in cui la tutela amministrativa deva essere altrettanto effettiva: co-titolarità anche della tutela effettiva. In altre parole, le criticità del monopolio deve incentivare l'impostazione di meccanismi di controllo e tutela, non solo “per favorire la diminuzione del contenzioso giurisdizionale e fornire al cittadino forme alternative, più celeri, di tutela (ad esempio, arbitrato e conciliazione)”<sup>409</sup>, ma per stabilire garantire che attraverso il controllo non giurisdizionale dell'attività amministrativa si materializza la tutela amministrativa effettiva.

---

<sup>403</sup> La mistificazione della separazione dei poteri ha deformato, sia il diritto amministrativo sia il ruolo monopolista del controllo giurisdizionale. Si veda, Andrés Fernando Ospina Garzón, «Separación de poderes y Derecho administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios», *La constitucionalización del derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 131.

<sup>404</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 88 a 96.

<sup>405</sup> J. Waline, *op.cit.*, p. 38.

<sup>406</sup> Rinnovamento, in logica di conservazione – avanzamento, che non vuole attribuire una connotazione negativa al modello tradizionale. “*Sencillamente, quiere ponerse de relieve que algunos de esos rasgos característicos del Derecho Administrativo se han convertido en el eje del modelo tradicional y han adquirido una función explicativa en exceso monocausal, que deja fuera de nuestra consideración otras caras del problema*”. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 87.

<sup>407</sup> Dogmatica nel senso delineato nell'introduzione. Cioè, non la dogmatica giuridica propria della scuola tedesca della giurisprudenza dei concetti, ma seguendo Möllers e Schmidt-Aßmann.

<sup>408</sup> E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 87.

<sup>409</sup> A. Sandulli, *op.cit.*, p. 636.

I riflessi del rinnovamento teorico – dogmatico arrivano anche al percorso di continuo allargamento della competenza giurisdizionale, il che per sé non è una cosa negativa, a meno che si perdano di vista le limitazioni connaturali della giurisdizione, caso in cui si continuerà percorrendo i binari della fallace pienezza del controllo: la soluzione di tutela e controllo non appartiene, esclusivamente, alla giurisdizione. Allargamento che, secondo si è spiegato, è tendenzialmente congiunturale, e non rispecchia gli ostacoli imposti dal legislatore, ad esempio, per paure sull'eccessiva disponibilità di protezione giurisdizionale.

Pertanto, più che la prospettiva *quantitativa* sull'allargamento o la riduzione della competenza giurisdizionale<sup>410</sup>, il quesito sulla garanzia del controllo dell'attività amministrativa richiede dell'impostazione *qualitativa* della co-titolarità, dell'interazione continua e dell'attuazione sinergica di meccanismi giurisdizionali e non giurisdizionali, ugualmente in grado (potenzialità) di produrre effetti diretti, concreti e certi.

## **2. La necessaria attribuzione di effetti (diretti, concreti e certi) ai meccanismi di controllo non giurisdizionale come risposta agli spazi sprovvisti di controllo: legittimità dagli effetti**

Nel comma precedente si è messo in luce come la ridefinizione del principio di separazione dei poteri e l'aggiornamento del modello tradizionale del diritto amministrativo forniscono una base teorica solida per il rafforzamento dei controlli non giurisdizionali. Essi divietano l'esercizio dell'attività amministrativa sprovvisto di controlli incisivi ed effettivi, oltre la valutazione, rendicontazione, misurazione, ecc. Vi sono diversi percorsi che permetterebbero la sua attuazione, tuttavia, secondo di quando detto in precedenza, risulta palese che il suo tallone di Achille è l'assenza di effetti incisivi<sup>411</sup>, il che, in ultima analisi, costituisce la conferma del monopolio giurisdizionale del controllo. Anzi, quei presupposti teorici non solo consentono il potenziamento dei controlli non giurisdizionali, ma lo rendono obbligatorio perché, altrimenti, di continuare sui binari odierni il risultato non sarà altro che la conferma del modello mistificato di controllo, monopolizzato dal giudice, pieno di lacune e immunità, arreso totalmente al rischio, sempre presente, dell'esercizio arbitrario e/o non conforme all'ordinamento giuridico delle attività amministrativa.

Dunque, se il monopolio del controllo giurisdizionale si è consolidato in funzione degli effetti che è in grado di produrre, il percorso di potenziamento dei controlli non giurisdizionali deve,

---

<sup>410</sup> Poiché la richiesta di rafforzare il controllo non giudiziario non implica la riduzione dell'importanza o della portata del controllo giudiziario, che ha consentito la creazione, l'espansione e il consolidamento delle aree di protezione degli amministrati, come nel caso dei diritti collettivi. Si veda: Julián Pimiento Echeverri, «Las acciones populares como instrumento de constitucionalidad de la acción administrativa», *La constitucionalización del derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 367 a 373.

<sup>411</sup> Se il controllo dell'attività amministrativa mira a la rimozione delle criticità riscontrate, e non solo a rilevarle, «alcuni dei maggiori controlli sulla gestione delle pubbliche amministrazioni o sugli andamenti della spesa pubblica non sarebbero veri e propri controlli (...) perché privi di una misura interna al procedimento». G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1346.

appunto, mirare alla modifica degli effetti potenziali -cioè, secondo le previsioni normative- che essi sono in grado di produrre. Pertanto, in questa parte lo scopo non è altro che provare a spiegare come, tramite le previsioni normative di effetti potenzialmente incisivi, che consentano anche ai controlli non giurisdizionali di acquisire la legittimità che hanno acquisito i controlli giurisdizionali<sup>412</sup>, si potrebbe aspirare ad attuare effettivamente la garanzia di pienezza del controllo dell'attività amministrativa. Questo è un percorso ragionevole al fine di superare le pesanti carenze del modello di controllo in vigore.

Se i controlli non giurisdizionali si occupano (hanno attribuito) delle parti dell'attività amministrativa a cui il controllo giurisdizionale non è in grado di arrivare o difficilmente ci arriverà, e si è comprovato che la disciplina normativa dei primi non li attribuisce il potere di produrre effetti incisivi, ovverosia, potenzialmente (in termini astrati) non sono in grado di generarli, la soluzione più logica è, appunto, focalizzarsi in quella assenza di effetti. L'aggiustamento non può svolgersi sul versante stesso del controllo giurisdizionale, allargando la competenza dei giudici, perché si consoliderebbe il monopolio, anzi, deve trovarsi nella attribuzione normativa di effetti incisivi ai controlli non giurisdizionali. Pertanto, al di là delle riforme volte ad ampliare la portata del controllo giurisdizionale, e anche in parallelo con esse, la riforma dovrebbe concentrarsi sul controllo non giurisdizionale, poiché *“les deux formes de contrôle se complétant et ne faisant donc pas double emploi”*<sup>413</sup>.

Inoltre, l'importanza degli effetti, pur potenziali, si deriva dal fatto che il privato *“que acude a los tribunales frente a la Administración contempla cómo, en el mejor de los casos, va a conseguir que se condene a la Administración a aquello que en realidad estaba obligada desde el principio”*<sup>414</sup>. Ciò, anche se sottolinea il limite dei potenziali effetti del controllo giurisdizionale, anche mette in luce che la sua potenziale effettività continua ad essere il suo principale pregio, il cui ne manca al resto di controlli<sup>415</sup>. Ciò nonostante sembra che gli effetti dei controlli non giurisdizionali siano diversi, si è verificato che, tranne quelli di legittimità, ognuno di loro (i diversi controlli esterni ed interni), in entrambi gli ordinamenti studiati, detiene effetti di tipo collaborativo, nel senso che sono indirizzati a stimolare processi di auto-correzione, cioè, la rimozione delle criticità rilevate spetta a soggetti diversi dai controllori, perciò, si può affermare che i controlli non giurisdizionali *“a dispetto della diversità del parametro utilizzato (...) possono ricondursi (...) ad*

---

<sup>412</sup> Si deve sottolineare che la legittimità accennata non è, e non può essere, quella democratica. Tuttavia, una parte del rinnovamento implica riconoscere forme alternative di legittimare l'esercizio di competenze (poteri) pubbliche. Infatti, si deve passare *“de un concepto de legitimación democrática centrado en la legalidad, a la consideración de una pluralidad de estructuras normativas de legitimación”*. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 93.

<sup>413</sup> J. Waline, *op.cit.*, p. 584.

<sup>414</sup> Mónica Domínguez Marín, «El sistema de justicia administrativa y la incidencia de los mecanismos administrativos de control en la jurisdicción contencioso-administrativa: reformas y necesidades», Jorge Agudo González (a cura di), *Control administrativo y justicia administrativa*, Innovación administrativa, Madrid, INAP, 2016, p. 85.

<sup>415</sup> *“Más allá de razones históricas y del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, se puede decir que el fracaso de los mecanismos de control interno ha contribuido a la centralización del control de la administración en sede judicial y ha reforzado la maximización de la tutela judicial en términos cuantitativos (en número de casos), pero también cualitativos (en intensidad de control) de la actividad pública”* *Ibidem*, p. 93.

un comune effetto giuridico consistente nell'avviso (...) e nella comunicazione delle risultanze del controllo"<sup>416</sup>.

Perciò, la dottrina italiana sostiene, nel caso del controllo della Corte dei Conti, ma secondo si è spiegato allargabile al resto di controlli non giurisdizionali, che "l'autorità di controllo, ove non abbia la disponibilità della misura ma debba riferire ad altro organo affinché adotti la misura (*id es*: decida se e quale misura adottare), esaurisce nel referto il proprio compito, non avendo alcun titolo per imporre l'adozione di una qualche misura all'organo che, in un distinto ordine di attribuzioni vi è competente (...) ripeto ai quali si pongono non lievi problemi di effettività, determinati -essenzialmente, dalla mancanza, nel sistema italiano, di una istituzionale attenzione delle camere per gli esiti inviate (...) ma anche dalla asimmetria fra le esigenze di controllo (informative, conoscitive, valutative) del Parlamento e gran parte dell'attività di controllo"<sup>417</sup>. La precedente dichiarazione è un riassunto ottimo dell'impossibilità dei meccanismi di controllo non giurisdizionali di produrre effetti da soli, derivata del loro assetto normativo.

Pertanto, risulta palese che l'attribuzione di effetti, non collaborativi, ma incisivi nel senso di essere diretti, concreti e certi si erge come il modo più logico di rispondere alle debolezze della disciplina in vigore e, inoltre, li permetterebbe di acquisire una legittimazione analoga a quella dei controlli giurisdizionali, appunto, in base agli effetti potenziali. Altrimenti, i controllori continuerebbero ad avere un *dominus* diverso dai controllori, intrappolato nel rischio dell'assenza di attuazione delle misure correttive da parte dei *referenti*, mentre le risultanze dei controlli non giurisdizionali continuerebbero ad avere un distacco (sconnessione) fra quello che si aspetta di loro e quello che in realtà raggiungono<sup>418</sup>. Perciò, si dovrebbero introdurre le riforme pertinenti per attribuire ai controlli non giurisdizionali le competenze normative che li permettano di produrre gli effetti riferiti<sup>419</sup>. Addirittura, è stato anche messo in evidenza come i meccanismi collaborativi, in virtù dell'evoluzione dei rapporti tra i rami del potere pubblico, abbiano perso ogni efficacia<sup>420</sup>.

Prima di procedere con la caratterizzazione degli effetti, è opportuno fare un cenno storico che fornisce una ragione ulteriore per il suo aggiornamento e potenziamento. Come si è già detto, la parabola storica delle competenze del giudice della funzione amministrativa ha implicato il

---

<sup>416</sup> A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 212. Anche se l'analisi si rivolga ai controlli della Corte dei Conti, cioè, controllo non giurisdizionale esterno, il fatto è che le risultanze dei controlli interni sono simili, hanno uno scopo d'avviso e comunicazione, in logica collaborativa. Cambia soltanto il *referente*.

<sup>417</sup> G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1403.

<sup>418</sup> Nel seguente capitolo si farà un'analisi dettagliato della riferita sconnessione fra le finalità attribuite al controllo non giurisdizionale (teoricamente e normativamente) e la sua attuazione pratica (derivata dell'impostazione normativa), essendo palesemente contrario alla pretesa sistemica del diritto amministrativo.

<sup>419</sup> Ad esempio, al riguardo della Corte dei Conti, da tempo, si abbiano rilevato i problemi dell'assenza di effetti degli esiti del controllo da essa attuato. Infatti, si affermava che "il risultato è che questo sistema è incongruo, perché si fonda su una concezione formalistica del problema del controllo sugli atti dello Stato: esso non può funzionare perché non ha attitudine a funzionare. I correttivi che si propongono possono introdurre elementi di carattere collaterale, ma non hanno valore determinante". Massimo Severo Giannini, «Incontri sui problemi della Corte dei Conti», *Scritti. Volume sesto. 1970 - 1976*, Giuffrè, 1975, p. 560.

<sup>420</sup> Il meccanismo di controllo collaborativo della Corte dei conti "(che attiene propriamente ai rapporti tra Parlamento e Governo) nel corso del tempo e con l'evoluzione della forma di governo (nella quale com'è noto, il rapporto tra Parlamento e Governo non può essere più declinato in termini di separazione) ha perso ogni efficacia, essendo i referti della Corte del tutto ignorati dalle Assemblee parlamentari". V. Cerulli Irelli, «Per una politica dell'etica pubblica...»*cit.*, p. 40.

consolidamento del monopolio e la riduzione, palese e considerevole, delle funzioni di autocontrollo amministrativo da parte di chi esercita la funzione amministrativa. Tuttavia, il percorso storico si è avviato in una posizione diametralmente opposta, cioè, con la pubblica amministrazione titolare di grosse competenze di controllo amministrativo e, pian piano, tali competenze furono attribuite anche al giudice, poi generandosi l'accennato monopolio. Tuttavia, ciò che si vuole sottolineare è che prima del consolidamento del monopolio giurisdizionale, sia in Colombia sia in Italia, si riconoscevano ampie competenze di controllo effettivo nella sfera di competenze della medesima pubblica amministrazione.

In Italia, si trattava di una competenza esclusiva della pubblica amministrazione, realizzata attraverso del cosiddetto “riparto di attribuzioni”<sup>421</sup>, diverso dell’ulteriore “riparto di giurisdizione”, istituzione rivolta ad affrontare i conflitti di competenza fra il giudice ordinario e le autorità amministrative, per quanto riguarda alla tutela delle posizioni dei privati di fronte alla funzione amministrativa<sup>422</sup>. A sua volta, in Colombia, ad esempio, nel periodo di vigenza della Costituzione di 1843<sup>423</sup>, si trattava di una competenza di annullamento degli atti amministrativi, attuata dal legislatore, o di una competenza di sospensione, attuata dalla medesima amministrazione, sempre che gli atti non fossero conformi alla Costituzione o alle leggi<sup>424</sup>. Oppure, nella “*Constitución de Tunja*” di 1811 era attribuito al Governatore la prima istanza del controllo de “*todas las materias políticas, administrativas y económicas que se redujeran a contienda*”<sup>425</sup>.

Dunque, il controllo amministrativo, inizialmente e in assenza della giurisdizione apposita, rientrava nelle competenze amministrative e, appunto, si rileva un sistema di autocontrollo, fornito di effetti incisivi, ma dopo, quando la competenza fu trasferita al giudice, sia ordinario sia amministrativo, mantiene la sua condizione di controllo ma acquisisce caratteristiche formali diverse, proprie della giurisdizione<sup>426</sup>. Ciò implicò la conseguente riduzione dell’autocontrollo esercitato originariamente. In altre parole, le competenze di controllo amministrativo, in origine, in mani della pubblica amministrazione, furono attribuite complessivamente al giudice

---

<sup>421</sup> F. Caringella, M. Giustiniani, *op.cit.*, p. 13 a 15.

<sup>422</sup> Per l’attribuzione di competenze è stata impostata la distinzione fra *atti imperii* e *iure gestionis*, ispirata nella dottrina francese che distingueva, anche ai fini di riparto fra giudice ordinario e *Conseill d’État* fra *actes de puissance publique* e *actes de gestion*, secondo cui la giurisdizione amministrativa aveva competenza di fronte alle situazioni giuridiche “del rango di diritto soggettivo, ed era esclusa laddove il contemperamento di interessi privati e pubblici fosse previamente regolato da leggi amministrative, cioè, da norme di carattere pubblicistico regolanti l’esercizio di pubblici poteri”. *Ibidem*, p. 14.

<sup>423</sup> Costituzione in cui “*se presenta un llamado importante al autocontrol de la administración pública o rama ejecutiva, que aunque aparezca de manera complementaria a algunas funciones de los jueces sobre la materia, pueden dar una idea de una evolución bastante conservadora, pero que demuestra preocupación por la división de poderes públicos*”. A. Montaña Plata, *Fundamentos...cit.*, p. 214.

<sup>424</sup> Per il caso, solo gli atti amministrativi degli enti locali. M. Malagón Pinzón, «Los tres modelos de control de la administración...»*cit.*, p. 571.

<sup>425</sup> M. Malagón Pinzón, «El control de la administración pública...»*cit.*, p. 157.

<sup>426</sup> “Vi sono fattispecie nelle quali il giudice compie attività aventi qualità di verifica di regolarità di funzioni, alle quali è da riconoscere carattere di attività di controllo (...) si ha invece applicazione impropria della nozione di controllo allorché questa viene riferita ad attività del giudice che sono tipico esercizio di potestà giurisdizionale (...) La realtà è che sull’improprietà di quest’uso della nozione di controllo sono in fondo d’accordo anche quelli che la usano; solo che essendo sorta per ragioni storiche, è rimasta anche se la ragione genetica è andata perduta, e anzi oggi può sembrare voler tenere in vita una realtà estinta”. M.S. Giannini, «Controllo...»*cit.*, p. 731 a 733.

amministrativo, vicenda che rileva, ai fini del presente come, che il controllo giurisdizionale si è portato con sé gli effetti incisivi, perciò, quello non giurisdizionale solo poteva finire come uno strumento collaborativo, di avviso e di comunicazione. Dunque, la rottura del monopolio e la risposta a possibili voci che si alzino contro il rafforzamento degli effetti, può avere un importante supporto in questa vicenda storica.

Ebbene, tornando sulla caratterizzazione degli effetti dei controlli non giurisdizionali, si deve sottolineare che la proposta non implica affatto né la semplice trasposizione dei medesimi effetti che possiedono i controlli giurisdizionali, né la conversione di tutti loro in controlli di conformazione o di sostituzione, né la necessità di conseguenze sanzionatorie. Pertanto, occorre, prima, spiegare perché non si propone l'attribuzione degli effetti sopra descritte e, dopo, il contenuto e la portata degli effetti diretti, concreti e certi, principalmente al fine di rispondere alle critiche che, di sicuro, emergono subito in relazione con il potenziamento delle risultanze del controllo e la garanzia della autonomia e indipendenza decisionale della pubblica amministrazione.

Se la proposta fosse l'assimilazione degli effetti dei controlli non giurisdizionali a quelli giurisdizionali, la soluzione finirebbe per rafforzare e ribadire il monopolio giurisdizionale, trascurando che l'attività giurisdizionale sia caratterizzata, non da elementi sostanziali o materiali, ma, proprio, da elementi di tipo formale, collegati alla forma delle sue decisioni<sup>427</sup>. Dunque, ad esempio, l'aggiornamento degli effetti del controllo non giurisdizionale non potrà attribuire alle decisioni di controllo non giurisdizionale il carattere di cosa giudicata, proprio delle decisioni giurisdizionali, siano o meno adottate da un giudice<sup>428</sup>.

Nemmeno la proposta può essere quella di uniformare gli effetti dei controlli non giurisdizionali, trasformandoli tutti loro in controlli di conformità, i quali sono propri dei controlli di legittimità. Infatti, in teoria, questo tipo di controlli sono i più incisivi in cui l'efficacia dell'oggetto controllato (atto o attività) dipende dal risultato del controllo, nel senso che "non diventino efficaci o no vengano poste in essere (cosicché non si determini nessuna modificazione dell'ordinamento o della realtà) se non a condizione che rispondano a determinati requisiti o regole"<sup>429</sup>. Ciò implicherebbe, certo, l'indebolimento ingiustificato dell'autonomia decisionale dell'amministrazione, nel senso che in tutte le situazioni essa dovrebbe decidere a seconda la posizione presa dal controllore, restringendo il contenuto anche a quello che quest'ultimo condivide. Neanche si propone l'attribuzione generica di effetti di tipo sostitutivo, nel senso di attribuire al controllore i poteri che sarebbero propri del controllato<sup>430</sup>.

Comunque, sebbene l'esito non possa avere di regola questa incisività estrema sull'efficacia dell'oggetto controllato o di sostituzione delle competenze del titolare dell'attività amministrativa, neanche può continuare ad avere una incisività minore (quasi nulla), propria dei controlli c.d. di

---

<sup>427</sup> Cfr. A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»cit., p. 191 a 262.

<sup>428</sup> Ad esempio, in Colombia, l'art. 116 della C.P.c. prevede la possibilità che la legge attribuisca la funzione giurisdizionale alla pubblica amministrazione, tranne in materia penale. In questi eventi la cosa giudicata potrebbe caratterizzare la decisione dell'amministrazione poiché agisce come giurisdizione, non come amministrazione.

<sup>429</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 568.

<sup>430</sup> I controlli c.d. sostitutivi permettono "lo svolgimento da parte di un'autorità amministrativa, di poteri che sarebbero propri di un'autorità dotata di autonomia, al verificarsi di un evento che legittima la prima a svolgere funzioni o compiti della seconda" *Ibidem*, pp. 570 e 571.

integrazione, nel senso di aspettare l'avvio incerto di processi di aggiustamento da parte di soggetti diversi dal controllore<sup>431</sup>. La logica dei rapporti amministrativi e la medesima autonomia decisionale rende impossibile che attraverso un invito, una comunicazione, un referto garantisca il controllo, cioè, la correzione delle criticità rilevate.

Infine, la proposta non gira intorno all'attribuzione di effetti di tipo sanzionatorio poiché una soluzione del genere, anche se implica effetti diretti, concreti e certi, sposta l'attenzione del controllo sulla repressione, ma non sulla correzione delle criticità. Le sanzioni amministrative “servono a punire comportamenti che l'ordinamento considera illeciti”<sup>432</sup>, ma non costituiscono né l'elemento definitorio dei controlli né il comune denominatore degli effetti che si vogliono proporre. La sanzione non garantisce la correzione delle situazioni disconformi dai parametri di effettività<sup>433</sup> e, al massimo, contribuisce al consolidamento dell'immagine fallace del controllo pieno dell'attività amministrativa. Inoltre, la logica sanzionatoria implicherebbe che con l'attuazione dei controlli “*si finisce per sanzionare chi opera a volte sbagliando e non paradossalmente chi non opera affatto, il quale, così, non corre alcun rischio di incappare in qualche forma di responsabilità: tale situazione porta col tempo ad una era e propria stratificazione della burocrazia ad evidente discapito del merito*”<sup>434</sup>. Pertanto, i controlli possono essere tali pur in assenza di qualsiasi tipo di effetto sanzionatorio.

Addirittura, nei casi in cui vi sono effetti di tipo sostitutivo o rivolti sull'efficacia dell'oggetto controllato (nei controlli conformativi), non è vero che la sostituzione o la dichiarazione di illegittimità dell'atto abbiano carattere sanzionatorio: né la sostituzione né l'inefficacia sono sanzioni amministrative<sup>435</sup>. In questo senso, l'attribuzione di carattere sanzionatorio ai controlli non giurisdizionali non sarebbe un'ottima soluzione<sup>436</sup>, poiché non aggiungerebbe niente alla pretesa specifica di garanzia di rispetto dell'ordinamento da parte dell'oggetto controllato.

Insomma, risulta palese che la garanzia del rispetto dell'ordinamento, incluso il raggiungimento delle finalità da realizzare, nell'esercizio dell'attività amministrativa non si può assicurare tramite meccanismi di controllo privi di capacità incisiva reale. Perciò, il comune denominatore dei controlli dell'attività amministrativa (giurisdizionali e non giurisdizionali) deve

---

<sup>431</sup> *Ibidem*, p. 569.

<sup>432</sup> G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 197.

<sup>433</sup> “Il controllo successivo sulle gestioni stabilito dall'art. 3 della legge n. 20 del 1994 era stato già interpretato dalla Corte Costituzionale in senso non sanzionatorio, dal momento che la natura collaborativa limita le conseguenze del controllo alla segnalazione esclusivamente all'ente controllato delle disfunzioni rilevate e rimette all'ente l'adozione delle misure necessarie, con una netta separazione tra le funzioni della Corte dei conti e l'attività amministrativa degli enti, al fine di rimuovere disfunzioni e di stimolare iniziative di autocorrezione per la gestione delle risorse”. Stefano Siragusa, Giampiero Pizziconi, *L'attività di controllo delle sezioni regionali della Corte dei Conti*, Tiziano Tessaro (a cura di), Roma, Dike, 2018, pp. 320 e 321.

<sup>434</sup> P. Tanda, *op.cit.*, p. 32.

<sup>435</sup> Al riguardo del concetto di sanzione amministrativa, anche se per l'ordinamento spagnolo, estendibile agli ordinamenti studiati, si veda Miguel Casino Rubio, *El concepto constitucional de sanción administrativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

<sup>436</sup> Parte della dottrina italiana afferma che l'inefficacia del modello ausiliario – collaborativo rischia di trasformare ai controlli direttamente sanzionatorio “nel modello preferito da amministrazioni pubbliche disonesti, incapaci o inefficienti”. A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 291.



essere, appunto, la sua capacità di generare effetti incisivi. Nel caso dei controlli non giurisdizionali, come anticipato, detta incisività è composta da effetti diretti, concreto e certi.

In primo luogo, il carattere diretto significa che le risultanze del controllo (gli effetti) si rivolgano direttamente sull'oggetto controllato (attività o atto), e non su situazioni future o diverse, come accade quando il controllo di gestione fiscale supporta l'avvio di processi penali, disciplinari o danno erariale. Cioè, che l'utilità del controllo sia evidenziata proprio sull'oggetto controllato, ed essa non si diluisca nella progettazione dell'attività futura, nella sanzione personale dei dipendenti pubblici, nelle conseguenze penali o in quelle fiscali (ricupero delle risorse sprecate).

A sua volta, il carattere concreto si riferisce alla forza dell'esito del controllo, al fine di bandire gli effetti di tipo collaborativo. Dunque, i controlli devono produrre da soli una decisione provvista di una misura imponibile o che almeno genere alcun effetto incisivo. L'estio del controllo deve contenere e decidere la misura da attuare. Perciò, il controllo sarà diretto poiché, in funzione della forza della decisione e dei parametri di controllo, gli effetti saranno obbligatori, ammettendo argomentazioni contrarie, o vincolanti, non ne ammettendoli<sup>437</sup>. Il nucleo della proposta risiede nel fatto che il risultato del controllo non giurisdizionale contenga la misura e, perciò, produca effetti precisi, dettagliati e ben delimitati, non astrati e generali, in relazione con i tradizionali *referenti*, e principalmente con il controllato.

Una possibile assimilazione degli effetti concreti proposti si ritrova *mutatis mutandis* nei pareri emanati nella fase istruttoria del procedimento amministrativo italiano, ai sensi dell'art. 16 della L. 241/1990, in cui si prevedono pareri sia obbligatori che facoltativi, "a seconda che gli organi di Amministrazione attiva possano o debbano richiederli"<sup>438</sup>. Tuttavia, ai fini di quanto interessa in questa parte l'ottica si sposta dalla necessità o meno della richiesta alla forza degli effetti. Perciò, sono utili quelli obbligatori che la dottrina ha inteso, proprio dagli effetti, che possono essere anche vincolati, nel senso che "l'amministrazione che li riceve non può assumere una decisione difforme dal contenuto del parere, neppure motivando le ragioni in relazione alle quali essa ritiene di discostarsi (come può avvenire invece nel caso di pareri soltanto obbligatori)"<sup>439</sup>.

Dunque, gli effetti dei controlli non giurisdizionali in qualsiasi caso devono determinare la misura necessaria per risolvere le criticità, ma la forza dell'esito (della decisione) può essere, *mutatis mutandis*,: prima, vincolante, quando il controllato non abbia né la possibilità né il potere di opporsi alla decisione, o di assumere una decisione difforme dal contenuto dell'esito, neppure motivando le ragioni in relazione alle quali essa ritiene di discostarsi e, addirittura, in certi casi, nemmeno potendo rinunciare alla presa (emanazione) della decisione finale<sup>440</sup>. Ad esempio, quando

---

<sup>437</sup> Ad oggi, la adozione delle misure derivati del controllo non giurisdizionale non è né obbligatoria né vincolante per i controllati. Essi non hanno l'obbligo di attuare le misure e l'inadempimento non costituisce alcun vizio per l'oggetto controllato; inoltre, tanto meno sono misure vincolanti, perché essi possono ritardare l'attuazione della misura o assumere una difforme dal contenuto dell'atto di controllo.

<sup>438</sup> Roberto Garofoli, Giulia Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Neldiritto, 2018, p. 872.

<sup>439</sup> M. Clarich, *Manuale...*cit., pp. 246 e 247.

<sup>440</sup> Al riguardo dei controlli di gestione si afferma che "l'accertamento delle irregolarità o delle inefficienze più gravi, non può restare senza esiti di carattere demolitorio (annullamento dei relativi, atti) o sanzionatorio o in vario modo repressivo (sino allo scioglimento degli organi del l'ente o alla produzione di effetti limitativi di status nei confronti dei rispettivi membri)". V. Cerulli Irelli, «Per una politica dell'etica pubblica...»cit., p. 44.

il controllo sia per l'omissione o quando devano attuarsi azioni correttive. Secondo, obbligatorio quando, invece, il controllato possa contestare la decisione presa dal controllato, mentendo in discussione, motivatamente, le misure da attuare e proponendo un intervento (reazione) diverso da quello che emerge dall'esito del controllo. Si sottolinea che in entrambi i casi il carattere concreto degli effetti (la forza della misura) è indipendente della comprovazione o meno delle criticità, situazione, che deve risolversi nel procedimento di controllo (di cui si farà cenno più avanti). Insomma, il carattere concreto implica che il controllore deva essere il *dominus* della misura.

Questo rafforzamento degli effetti dalla prospettiva della concretezza costituisce, forse, uno degli argomenti più controversi in ragione del modello tradizionale del diritto amministrativo, accennato in precedenza, in cui si privilegia, in larga misura, l'indipendenza e l'autonomia dell'amministrazione pubblica. Tuttavia, si è comprovato che l'aggiornamento dei presupposti teorici comporta che l'attività amministrativa non costituisca un cassetto invalicabile ed esclusivo di un determinato soggetto, perciò un controllo così incisivo (in modo concreto) anziché costituire una violazione dell'ambito amministrativo, implica una chiara manifestazione di coordinamento, condivisione ed esercizio multi – organico dei poteri pubblici. In linea di principio, la pubblica amministrazione mantiene intatta la sua capacità decisionale<sup>441</sup>.

Infine, il carattere certo significa, in opposizione al regime in vigore, che gli effetti dei controlli non possono essere contingenti o eventuali, ma devono prodursi con certezza. Questo pretende risolvere il problema derivato dall'incertezza dell'attenzione delle criticità rilevate, a prescindere della sua causa. Se "il carattere funzionale dell'intera attività amministrativa (...) spiega, infine, la sua soggezione a un articolato sistema di controlli", gli effetti di quest'ultimi non possono essere contingenti, eventuali o incerti. Così come viene affermato il fabbisogno di certezza dell'azione amministrativa<sup>442</sup>, deve sottolinearsi e rialzarsi la necessità di certezza del controllo. Si pensi, ad esempio, all'intervallo di tempo che trascorre tra l'emanazione esito del controllo e l'attuazione delle misure. Ad oggi, tranne nei casi dei controlli conformativi (di solito a parametro di legittimità), non vi è nessuna garanzia dell'opportunità o della tempestività delle misure<sup>443</sup>. Infatti, la logica collaborativa in vigore implica che non si abbiano notizie opportune

---

<sup>441</sup> Fin qui quello che rientra in questa parte, più avanti si farà cenno sulla modulazione degli effetti dei controlli non giurisdizionali, in funzione dei parametri di controllo, con una doppia finalità: prima, garantire l'effettività del controllo e, seconda, rispettare la capacità decisionale del controllato.

<sup>442</sup> Cfr. Fabio Merusi, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 39 a 64.

<sup>443</sup> Nonostante si ritiene che il controllo di gestione sia utile solo se si realizza in tempi brevi, in modo da consentire ai referenti di attuare le misure che ritengono pertinenti. In realtà, se il controllore non è in grado di attuare le misure apposite, si deve aspettare l'avvio delle procedure legislative, governative o dello stesso controllato, il che implica, un palese incremento dei tempi d'attenzione delle criticità, quando siano attuate. Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1402.

sull'attuazione delle misure<sup>444</sup> o, semplicemente, che vi sia il rischio di una fiducia cieca sulla capacità stimolante delle relazioni e dell'autocorrezione<sup>445</sup>.

Uno dei quesiti principali gira attorno di rendere più efficace il modello di giustizia amministrativa<sup>446</sup> (in cui sono inglobati i meccanismi di controllo giurisdizionale e non giurisdizionale). Pertanto, la garanzia del pieno controllo dell'attività amministrativa presuppone la rivitalizzazione del controllo non giurisdizionale, cioè, che nel seno della tradizionale amministrazione attiva, sia posto un incisivo sistema di controlli, proprio non giurisdizionali, per garantire che l'esercizio il potere sia limitato e, soprattutto, razionalizzato, secondo il principio di separazione dei poteri<sup>447</sup>.

Dunque, per entrambi gli ordinamenti studiati, se gli effetti collaborativi di stimolo dei controlli non giurisdizionali evidenziano una debole potenzialità di produrre effetti diretti, concreti e certi, risulta palese la necessità di introdurre le modifiche pertinenti. Altrimenti, continueranno a verificarsi effetti di informazione, rendicontazione, stimolo, pubblicità, però non di controllo dell'attività amministrativa. Questo, oltre ad essere una semplice questione di denominazione, si collega con le finalità attribuite ai controlli non giurisdizionali, che secondo dell'assetto odierno non saranno mai soddisfatte tramite rapporti, relazione, ecc., sprovvisti di effetti. Pertanto, la legittimità che detiene il controllo giurisdizionale sarà anche acquisita da parte di quello non giurisdizionale, se le importanti risultanze, rivelazioni e rapporti vengono rafforzate con l'attribuzione di effetti che siano in grado di incidere sull'oggetto controllato (garantiscono la conformità legale, il buon andamento e il raggiungimento dei fini statali).

Ed in fine, occorre sottolineare che il vertice della proposta è innalzare gli effetti giuridici al ruolo di comune denominatore del sistema dei controlli dell'attività amministrativa, che ad oggi manca. Su questa base, se il baricentro sono gli effetti, il compito sarà levare dall'insieme di controlli non giurisdizionali tutti quegli strumenti che producono effetti solo di natura collaborativa o qualsiasi altro non incisivo e, nella logica metodologica di *conservazione – innovazione*, riservare questa denominazione a quei meccanismi che siano in grado (normativamente) di produrre gli effetti qua proposti, affinché questi diventino la caratteristica identificativa (il comune denominatore) e di pregio dei controlli non giurisdizionali.

Adesso risulta palese che *“aun cuando el control judicial constituya un elemento indisponible de una indudable relevancia, no representa, sin embargo, el único control de la administración pública”*<sup>448</sup>. Tuttavia, come la pretesa non è trascurare l'importanza del controllo giurisdizionale, ma mettere in luce la necessità di scogliere il suo monopolio e abilitare la co-

---

<sup>444</sup> Ad esempio, nel caso del controllo di gestione della Corte dei Conti, il comma 6 dell'art. 3 della L. 20/1994 stabilisce che “le amministrazioni comunicano alla Corte ed agli organi elettivi, entro sei mesi dalla data di ricevimento della relazione, le misure consequenzialmente adottate”.

<sup>445</sup> Ad esempio, la Corte dei Conti “sembra talvolta interpretare in maniera ottimistica i dati di *feedback* provenienti dall'Amministrazione ma che solo in pochi casi esprimono una reale e definitiva risoluzione delle problematiche evidenziate (...) soltanto a partire dal 2009 l'Organo di controllo ha cominciato a esaminare il séguito dato dall'Amministrazione alle proprie osservazioni”. A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 292.

<sup>446</sup> Cfr. M. Domínguez Marín, *op.cit.*, p. 81 a 99.

<sup>447</sup> “El control, como la división de poderes, tiene por objeto la limitación del poder y la garantía de su racionalidad.” E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»*cit.*, p. 89.

<sup>448</sup> *Ibidem*, p. 88.

titolarità con i meccanismi di controllo non giurisdizionali, occorre passare ad analizzare le sue sinergie e la cornice di delimitazione.

### **3. Delimitazione e riconfigurazione del rapporto fra il controllo giurisdizionale e quello non giurisdizionale: il giudice come *ultima ratio* di controllo e controllore principale dei meccanismi di controllo non giurisdizionale**

La co-titolarità del controllo dell'attività amministrativa, in logica sistematica, non pretende la duplicità di funzioni, anzi, cerca la pienezza del controllo attraverso meccanismi (giurisdizionali e non giurisdizionali), in grado di generare effetti incisivi-correttivi<sup>449</sup>. Perciò, occorre delimitare gli ambiti di attuazione di ciascuno di essi, ora allo stesso livello di legittimità e di potenziale efficacia, al fine di determinare la cornice della sua interazione e complementarietà. Si deve analizzare, da un canto, gli elementi di differenziazione fra entrambi insiemi di controlli, precisamente nei casi in cui vi sia rischio duplicità, il che rinvia alle situazioni di controversie, dall'altro canto, il ruolo dei giudici come controllori (nel senso della separazione dei poteri: il divieto di potere sprovvisto di controllo<sup>450</sup>) del controllo non giurisdizionale, cioè, come l'*ultima ratio* di controllo dell'attività amministrativa.

In relazione con il primo aspetto, in precedenza fu chiarito che, sebbene la risoluzione di controversie, derivate dalla possibile lesione di posizioni giuridiche soggettive, possa implicare il controllo dell'attività amministrativa, essa non costituisce né un'attività esclusiva della giurisdizione, né esaurisce gli ambiti dell'attività amministrativa che richiedono controllo. In altre parole, in virtù della dimostrazione che l'attività giurisdizionale non esaurisce gli scenari di attività contenziosa amministrativa<sup>451</sup> è stato dimostrato che il controllo amministrativo non può essere limitato e ridotto al controllo giurisdizionale. Perciò, il controllo amministrativo non giurisdizionale coinvolge aspetti contenziosi e non contenzioso.

Ai fini della presente parte, si deve sottolineare che la soluzione di controversie costituisce il punto in cui entrano in contatto i meccanismi di controllo giurisdizionale e non giurisdizionale, nel senso che il primo, di regola, sarà avviato in situazioni del genere, mentre il secondo sarà anche avviato in situazioni del genere, ma specificamente nei casi dei ricorsi amministrativi o dei meccanismi di autotutela. Si osservi che il punto di contatto non è di natura formale, ma sostanziale.

---

<sup>449</sup> “*Quels que soient es grands mérites du contrôle juridictionnel de l'Administration on a, de plus en plus, admis qu'il ne pouvait pas, à lui seul, assumer un plein contrôle de l'Administration*”. J. Waline, *op.cit.*, p. 41.

<sup>450</sup> Si è accennato come il percorso di consolidamento del monopolio implicò il trasferimento dell'autocontrollo amministrativo ai giudici. Ciò comportò che il controllo, ora in mani del giudice, abbia acquisito caratteri propri della giurisdizione, però, al contempo, è scomparso qualsiasi altra forma di controllo, oscurata nell'ombra del monopolio. Comunque, ciò non vuol ignorare che “nei confronti delle amministrazioni oggi i giudici (ordinario amministrativi) non controllano, ma giudicano controversie, nelle quali le amministrazioni si presentano come parti senza privilegi o con privilegi limitati”. M.S. Giannini, «Controllo...»*cit.*, p. 733.

<sup>451</sup> “*Le contentieux de l'administration peut être l'objet de diverses formes de résolution : par des actes administratifs ou par des actes juridictionnels; par des actes définitifs ou par des actes qui peuvent être l'objet d'un contrôle juridictionnel de l'excès du pouvoir. Lorsque le contentieux est décidé par un acte administratif, celui-ci relève du contentieux administratif non juridictionnel*” A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»*cit.*, p. 469.

Ovverosia, entrambi i meccanismi hanno una vocazione indirizzata alla risoluzione di controversie, il che comporta il rischio latente di duplicità materiale, sull'oggetto di controllo. In altre parole, pur essendo insoddisfacente la caratterizzazione materiale della giurisdizione<sup>452</sup>, perché non appartiene ad essa la risoluzione di controversie e l'amministrazione o il legislatore anche la eseguono, è proprio dalla prospettiva sostanziale che si possono accertare coincidenze fra il controllo dell'attività amministrativa fatto attraverso di meccanismi giurisdizionali e non giurisdizionali.

Tuttavia, se la coincidenza di queste forme di controllo, oltre alla proposta di comune denominatore basato negli effetti, è di tipo materiale, la prevenzione di duplicità sarà difficilmente costruita da quella prospettiva sostanziale. Infatti, se la competenza di controllo fosse distribuita in funzione di materie contenziose, sarebbe ben difficile trovare un criterio oggettivo e soddisfacente. Al contrario, aumenterebbe il rischio di duplicità o di spazi sprovvisti di controllo, derivati da interpretazioni restrittive degli ambiti attribuiti a ognuno di essi o di conflitti negativi di competenza<sup>453</sup>. Perciò, se non è possibile fare una delimitazione sostanziale, forse l'impostazione più ragionevole sia quella di lasciare al privato l'iniziativa di controllare l'attività amministrativa attraverso la presentazione di ricorsi amministrativi e/o di ricorsi processali, a seconda della disciplina in vigore.

In questa logica, se i controlli non giurisdizionali sono stati rivitalizzati in funzione dell'attribuzione di effetti diretti, concreti e certi alle sue risultanze, acquistando anche una reale natura di meccanismi di soluzione di controversie<sup>454</sup>, il quesito è stabilire i criteri di distinzione fra entrambi i meccanismi, quando agiscano come meccanismi di controllo, attraverso la risoluzione di controversie. Gli aspetti formali che determinano la distinzione fra controllo giurisdizionale e controllo non giurisdizionale, quando siano attuati come meccanismi di risoluzione di controversie, coincidono con gli elementi formali che caratterizzano, pur in modo indiziario<sup>455</sup>, la giurisdizione. Questi sono, in linea di massima: il processo giurisdizionale, le garanzie processuali, la cosa giudicata, le garanzie della giurisdizione (indipendenza, imparzialità, specializzazione), addirittura, dalla volontà del legislatore di attribuire il carattere giurisdizionale a un determinato organo nonché la qualificazione formale di organo giurisdizionale<sup>456</sup>.

---

<sup>452</sup> *Ibidem*, p. 124 a 262.

<sup>453</sup> Nel senso che, se si accettasse che il controllo dell'attività amministrativa attraverso la risoluzione di controversie può derivarsi di meccanismi giurisdizionali o di quelli non giurisdizionali, può capitare che nessuno degli enti (giudice) o (controllore no giudiziario) si ritenga competente.

<sup>454</sup> “*Los controles administrativos son ineficaces porque ni su régimen jurídico ni las políticas públicas los establecen como verdaderos mecanismos de resolución no jurisdiccional de los litigios*”. A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., p. 64.

<sup>455</sup> Si sottolinea che sebbene materialmente la giurisdizione non sia speciale, potrebbe esserlo dalla prospettiva delle forme in cui decide. Tuttavia, le garanzie processali sono solo indicative della volontà del legislatore di attribuire carattere giurisdizionale. Si veda A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»cit., p. 220 a 262.

<sup>456</sup> Nell'ordinamento italiano anche sono sottolineati alcuni di questi elementi come caratterizzanti della giurisdizione, fra questi, la cosa giudicata, l'indipendenza, la imparzialità e la terzietà. Si veda Nicolò Zanon, Francesca Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2014; Marcello Clarich, «Il giudicato», Aldo Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milan, Giuffrè, 2013, p. 287 a 295.; Giuseppe Campanelli (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, Pisa University Press, 2013.

Pertanto, anche se sia impossibile la concettualizzazione univoca della giurisdizione o dell'organo giurisdizionale, in base alla somma di questi indizi si può determinare gli elementi che caratterizzano la giurisdizione e, di conseguenza, stabilire ciò che non rientra in essa. In questo modo, la risoluzione di controversie fatta innanzi la giurisdizione sarà caratterizzata da questi elementi, mentre essi possono mancare in quella fatta innanzi altri soggetti (ad esempio, in sede di controllo non giurisdizionale). Tuttavia, quando il controllo amministrativo non giurisdizionale costituisca, inoltre, un meccanismo di risoluzione di controversie deve anche essere provvisto di garanzie formali del genere, ma aggiustati a seconda della logica propria del controllo non giurisdizionale, sia interno o esterno<sup>457</sup>.

In relazione al secondo aspetto, riferito al ruolo del giudice come controllore di *ultima ratio* dell'attività amministrativa e dei meccanismi di controllo non giurisdizionale, in questa parte interessa mettere in luce che, in base alla reimpostazione dei presupposti del controllo dell'attività amministrativa, principalmente del principio di separazione dei poteri pubblici, si rende obbligatorio la proscrizione di qualsiasi potere/competenza sprovvisto di controllo correlativo, ciò include, senza dubbio, i meccanismi di controllo non giurisdizionale. Il controllo dell'attività amministrativa non è più un monopolio della giurisdizione, pertanto, gli altri meccanismi di controllo (non giurisdizionali) condividono il suo esercizio, in base alla logica dell'esercizio multi-organico delle poteri/competenze pubbliche<sup>458</sup>. Dunque, riprendendo i pregi rilevati del controllo giurisdizionale, soprattutto la potenzialità incisiva dei suoi effetti, è possibile affermare che i giudici devano essere ritenuti come i "controllori" del controllo non giurisdizionale. In questo modo, la relazione e interazione fra i controlli non giurisdizionali e la giurisdizione non sarà prevalentemente in tema di responsabilità erariale<sup>459</sup>, ma in quanto all'attuazione della garanzia di controllo, in relazione con i controlli non giurisdizionali<sup>460</sup>.

L'indagine non pretende distruggere l'importante ruolo dell'attività giurisdizionale. La pretesa di rivitalizzazione del controllo amministrativo non giurisdizionale non intende sottrarre o ridurre la portata del controllo giurisdizionale, anzi stabilire una co-titolarità, nel senso che entrambe le forme di controllo dell'attività amministrativa costituiscano un insieme sistematico, armonioso e integrale<sup>461</sup>: in cui si materializza il controllo pieno. Dunque, non si vuol ignorare né il ruolo del legislatore né il ruolo dei giudici nell'ambito del controllo, piuttosto, si intende di

---

<sup>457</sup> "Accepter l'existence d'éléments contentieux dans le contrôle administratif ne signifie pas un bouleversement de ces mécanismes, mais l'acceptation du fait que l'autocontrôle peut aussi remplir des fonctions contentieuses, tout en respectant des garanties processuelles". A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»cit., p. 356.

<sup>458</sup> Cfr. A.F. Ospina Garzón, «Separación de poderes...»cit., p. 135 a 142.

<sup>459</sup> Cfr. Carlo Chiappinelli, «Relazioni tra controlli e giurisdizioni», Marco Cammelli (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, Rimini, Maggioli, 2001, p. 95 a 102. Che in Colombia è anche verificabile nel contesto di impugnazione degli atti, in sede di controllo fiscale, che dichiarano la responsabilità fiscale dei dipendenti pubblici.

<sup>460</sup> "En el control del cumplimiento de las normas, la rama judicial cumple un rol esencial: así como la ley es primordial en la competencia, el juez lo es en la responsabilidad (...) Más que separación (...) todo el problema se reduce al equilibrio de poderes y esto se logra a través del control" A.F. Ospina Garzón, «Separación de poderes...»cit., pp. 140 e 141.

<sup>461</sup> Sui binari proposti da A. Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción...cit.*, p. 70 a 75., però allargando il contenuto dei "controlli non giurisdizionali dell'attività amministrativa" oltre i ricorsi amministrativi.

mettere in luce che il controllo dell'attività amministrativa anche deve coinvolgere i meccanismi di controllo non giurisdizionale. Perciò, in una sorta di rivisitazione dell'origine del monopolio giurisdizionale<sup>462</sup>, il principio di separazione dei poteri impone portare sotto il controllo del giudice il controllo non giurisdizionale, non perché vi sia una specializzazione funzionale assoluta, esclusiva ed escludente, ma perché è vietato “*el cúmulo absoluto de las funciones, aquel que determine un ejercicio incontrolado que pueda ser arbitrario*”<sup>463</sup>. La logica della separazione dei poteri, come modo di condividere il potere, esegue anche che il controllo non giurisdizionale sia controllato<sup>464</sup>.

Pertanto, la questione più importante, in logica di *conservazione - innovazione*, è costituita dal fatto che l'odierna prevalenza del controllo giurisdizionale, dei meccanismi incisivi, deve diventare un co-dominio coi controlli non giurisdizionali. In questo modo, la giurisdizione costituirà l'*ultima ratio*<sup>465</sup> del controllo dell'attività amministrativa, in linea con l'immagine idealizzata, derivata della teoria dello Stato di diritto, secondo cui “*se cuenta con un juez para proteger al administrado contra los abusos del poder y al orden jurídico contra las amenazas que puedan dirigirsele*”<sup>466</sup>.

L'azione amministrativa ora richiede l'esecuzione di controlli non giurisdizionali con potenzialità di produrre effetti (diretti, concreti e certi), non semplici effetti collaborativi. Se questo esercizio, che finisce con una decisione apposita, comporta o genera alcun conflitto si dovrà avviare, seguendo la disciplina specifica dell'attività giurisdizionale, il processo corrispondente al fine di risolvere la controversia. Cioè, in primo luogo, come *prima ratio* di controllo dell'attività amministrativa, dovrebbero essere attuati i meccanismi di controllo non giurisdizionale, poi, nel caso in cui vi siano controversie al riguardo dell'esito del controllo (che adesso è in grado di produrre effetti incisivi) si potrà avviare il processo giudiziale, a seconda delle regole di legittimazione processali apposite.

Di conseguenza, in linea di massima, se l'atto di controllo non giurisdizionale non ha generato controversie o le ha risolto in modo soddisfacente<sup>467</sup> per le parti interessate, il controllo giurisdizionale non sarebbe attivato, generando un filtro (di tipo pratico) rispetto agli atti di controllo sindacabili e, inoltre, evidenziando la sua natura di *ultima ratio* di controllo. Tuttavia, ciò non vuol dire che tutti gli atti di controllo siano sindacabili, tutt'altro, implica, a questo punto

---

<sup>462</sup> L'originario “modo d'intendere la divisione dei poteri fu portato dai liberali democratici, nelle varie foggie politiche che vestivano nei diversi paesi, e si formulò come esigenza di portare sotto il controllo del giudice il legislativo, il governo e l'amministrazione”. M.S. Giannini, «Controllo...»cit., p. 732.

<sup>463</sup> A.F. Ospina Garzón, «Separación de poderes...»cit., p. 138.

<sup>464</sup> In relazione con il modello degli Stati Uniti di America si afferma che “*as a way of conceptualising the relationship between controller and controlled, separation-of-powers law reflects the adoption, in the US governmental and legal systems, of diffusion as the basic model of distribution of public over (...) diffusion involves dividing power between various institutions by giving each institution a share in the exercise of the power*”. P. Cane, *op.cit.*, p. 478.

<sup>465</sup> “*La máxima debe ser, por tanto, la necesaria complementariedad del control administrativo y jurisdiccional y, por eso, que el control judicial no sea el único, sino el último, donde se optimizan las condiciones de control*”. J. Agudo González, *op.cit.*, p. 121.

<sup>466</sup> J. Chevallier, *El Estado de derecho...cit.*, p. 77.

<sup>467</sup> La risoluzione della controversia sarà “soddisfacente” a seconda della considerazione soggettiva degli interessati che, nella pratica, decidano di non presentare i ricorsi processuali, altrimenti, ove emergano, sussistano o non siano risolte, l'azione giudiziaria sarà certamente utilizzata.

dell'indagine, che anche il controllo non giurisdizionale deve essere controllato e che proprio i giudici o meglio, la giurisdizione, può adempire questo compito. Questa logica riconduce alla garanzia di tutela giurisdizionale effettiva, nel senso che se i controlli non giurisdizionali, ora, sono segnati dagli effetti incisivi che sono in grado di produrre, la conseguenza logica deve essere l'impostazione di una disciplina apposita indirizzata al loro controllo e, a tal fine, il giudice, in funzione della natura e portata della giurisdizione, può adempire quel compito.

Pertanto, sostenere che la giurisdizione deva "controllare" l'esercizio dei controlli non giurisdizionali, non implica né l'affermazione di sindacabilità piena di tutti gli atti di controllo, né la determinazione dell'intensità di quel giudizio, né attribuire agli atti di controllo non giurisdizionale un ruolo di fase di chiusura dell'azione amministrativa, semplicemente implica l'accertamento del divieto di poteri/competenze sprovvisti di controllo o arbitrari. In questo senso, questa parte dell'indagine si è concentrata sul tentativo di rispondere a una domanda fondamentale: chi controlla il controllore? A tal fine, a questo punto, è possibile affermare che il giudice possa costituire il soggetto ideale, come *ultima ratio* di controllo. Tuttavia, la fase di attuazione di questa proposta comporterà diverse sfide riguardanti, fra l'altro, alla delimitazione di atti sindacabili, alla legittimazione processuale per interporre l'azione giudiziale o alla fattibilità del controllo giurisdizionale a seconda della posizione organica del controllore, rispetto del controllato (interno o esterno). Qua non è possibile sviluppare questi argomenti, ma saranno sviluppati più avanti.

In questa prospettiva, il controllo giurisdizionale sarà l'*ultima ratio* di controllo, non la *prima ratio*, in linea con la tradizionale premessa secondo cui "*la fiscalización de la actividad administrativa adopta diferentes modalidades (...) Ante todo, la fiscalización puede realizarse desde dentro o desde fuera de la propia Administración pública, es decir, puede ser autónoma o heterónoma. Esta última se ejerce por dos distintos órganos constitucionales: las Asambleas parlamentarias y el Poder judicial*"<sup>468</sup>. Inoltre, il ruolo del controllo giurisdizionale come l'*ultima ratio* posizionare ai controlli non giurisdizionali, siano interni siano esterni, come la *prima ratio*. Cioè, mette in luce che sebbene la giurisdizione detenga un ruolo ancora molto importante, la pienezza del controllo solo sarà garantita attraverso dell'attuazione (anche) di controlli non giurisdizionali, che siano in grado di arrivare alle arre in cui il primo non riesce a farlo e, di conseguenza, siano ridotti gli spazi sprovvisti di controllo.

Questo insieme di idee permette di far luce sul tema dell'interazione, del controllo amministrativo non giurisdizionale con gli altri tipi di controllo, essenzialmente quello giurisdizionale e politico-legislativo. Tutti quanti devono rispondere ad una logica sistemica, non essere ruote storte, ma operare come un tutto, con una buona sinergia, poiché "*lo trascendente es, en suma, que en términos globales se alcance un nivel de control suficiente del conjunto, y no tanto que un solo control, aisladamente considerado y por sí mismo, alcance el nivel máximo de control*"<sup>469</sup>.

Di questa maniera, il rafforzamento dei controlli non giurisdizionali spinge alla reimpostazione del rapporto tradizionale fra essi e la giurisdizione. Il principale cambiamento risiede nel fatto di

---

<sup>468</sup> Rafael de Mendizábal y Allende, «Función y esencia del Tribunal de Cuentas», *Revista de Administración Pública*, fasc. 46, 1965: 58.

<sup>469</sup> E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 91.



riprendere parte della tradizionale immagine della giurisdizione al fine di stabilire lo strumento che garantisca il rispetto dell'ordinamento da parte dei rivitalizzati (in funzione dell'attribuzione di effetti incisivi) meccanismo di controllo non giurisdizionale. Di questo modo, la dissoluzione del monopolio giurisdizionale non implica l'indebolimento del controllo dell'attività amministrativa, anzi, permette guardare con più chiarezza le sue pesanti criticità, finora nascoste nelle ombre del monopolio, e aspirare all'effettiva attuazione della garanzia di sottomissione piena delle funzioni amministrative all'ordinamento giuridico, che risale all'origine dello Stato di diritto, adesso possibile grazie alla co-titolarità di meccanismi di controllo non giurisdizionale incisivi.

## **CAPITOLO II. DALLA LIMITAZIONE AL CONTROLLO AMMINISTRATIVO DELLA LEGALITÀ - VALIDITÀ ALLA GARANZIA DEL CONTROLLO DELLA LEGALITÀ - EFFETTIVITÀ**

### **Premessa**

Questo Capitolo pretende dimostrare una premessa ed esporre alcune idee per la sua analisi critica: sia nell'ordinamento colombiano sia in quello italiano, l'attività amministrativa è il suo controllo si trovano intrappolati nella logica originaria della legalità – validità. Anche se sono introdotte diverse e numerosi aggiornamenti teorici e normative gli ordinamenti studiati, ancor oggi, trascurano la garanzia della legalità – effettività, il che è verificabile dalla continua richiesta di efficacia dell'azione amministrativa e, inoltre, mette in dubbio uno dei principali, se non il più importante, presupposto dell'intero apparato statale e, particolarmente, dell'amministrazione pubblica: la soddisfazione (effettiva) delle sue finalità. La trascuratezza dell'effettività costituisce la conseguenza delle ombre che, dopo di essere rilevate, devono essere dissipate.

Sono diverse le regioni di tipo storico, teorico, normativo che spirano e spiegano la fissazione dell'attività amministrativa e del suo controllo, addirittura ad oggi, con i criteri di validità. Anche se la teoria e le norme prevedono che l'azione amministrativa deva soddisfare le finalità previste, garantire la buona amministrazione, il buon andamento, la correttezza e così via, e che il controllo amministrativo *lato senso* sia concepito come il meccanismo per garantire quelle finalità, in realtà, la logica di tutti i soggetti coinvolti continua a girare attorno della tradizionale idea: basta con la sottomissione alla legge e il controllo giurisdizionale (circoscritto per definizione alla legalità – validità) per intendere soddisfatto l'intero insieme di finalità. Dal punto di vista sostanziale, i diversi presupposti storici che governano l'esercizio dell'attività amministrative spingono, in modo palese ed espresso, ad una logica di prevalenza assoluta dell'azione valida sull'azione effettiva.

Si evidenzia come sia stata interiorizzata, e sia rimasta ancorata, una errata assimilazione fra effettività (e tutto ciò che essa comprende) è adempimento delle regole normative. Pertanto, si intende che l'attività amministrativa si corrisponde con le esigenze dell'ordinamento giuridico quando le regole positive vengono applicate: l'azione amministrativa è legittima, a prescindere della sua effettività, ma quest'ultima non si deriva, in automatico, della validità.

Questo scenario implica, da solo, lo stravolgimento del modo di esercitare le attività amministrative, perché trascura le finalità, il risultato e l'essenza stessa dell'intero apparato statale, a favore dell'azione valida. Tuttavia, vengono aggiunti ingredienti ulteriori che diffondono, ancora più, l'attività amministrativa. Alla pubblica amministrazione gli si riconosce uno spazio di manovra, di libertà, di apprezzamento autonomo, in cui il vincolo con l'ordinamento e i suoi contorni non sono del tutto chiari. Infatti, detto vincolo si indebolisce ancor più: questo spettro si conforma da ambiti come la discrezionalità, l'opportunità, il merito, la correttezza, il buon andamento, la buona amministrazione, ecc., la cui natura giuridica è ambigua (a volte si intende oltrepassino il confine giuridico) e, perciò, la sua forza come parametro vincolante di azione e di controllo si indebolisce.

Anche se vi sono introdotti diversi elementi teorici e normativi che rilevano l'enorme importanza dell'azione amministrativa oltre la validità, sottolineandosi la necessità di garantire l'effettività, addirittura in quei ambiti di manovra libera dell'amministrazione pubblica, in realtà, tutti quelli presupposti classici che governano l'attività amministrativa si sono ancorato e hanno delineato e condizionato la logica e la portata del suo controllo. Se i presupposti (teorici e dogmatici) impongono che l'agire amministrativo è sottomesso alla legalità, lasciando sempre quel spazio libero di autonomia, allo stesso modo viene attuato il controllo: si circoscrive alla legalità – validità, e solo in via eccezionale oltrepassa quei confini. Questo modello di controllo, limitato alla validità, si ribadisce se si riprende tutto quanto analizzato nel capitolo precedente: se il controllo è monopolio della giurisdizione, e quest'ultima, di regola, controlla soltanto la validità dell'agire amministrativo *ergo* il controllo dell'attività amministrativa si limita alla verifica della validità.

La somma di tutti questi fattori costituisce un altro insieme di lacune di controllo, nel senso di limitarlo, sostanzialmente, alla mera legalità - validità. Ciò implica che, in sede di controllo, l'effettività dell'azione amministrativa sia soltanto verificata, ma non controllata. Si rivelano le criticità (inefficacia, inefficienza, cattiva amministrazione, ecc.), ma solo quelle riguardanti alla validità dell'azione possono essere sistemate o corrette. Questo si rileva più evidente dal fatto che si è creato un falso dilemma fra l'effettività (efficienza, efficacia, economicità, ecc.) e la legalità dell'azione amministrativa, come se la garanzia di uno implicasse la rinuncia all'altro. Tuttavia, un'attenta analisi rivela che, ad oggi, tutti quei criteri di effettività fanno parte della cornice di legalità che deve osservarsi nell'esercizio delle attività amministrative, ma la polisemia del "controllo" ha favorito lo scarso rigore nell'uso dei termini, poiché si intende di aver "controllato", quando solo si è "verificato". Pertanto, risulta palese che la semplice verifica dell'ineffettività non costituisca affatto un controllo, ma solo una sorta di messa in luce degli spazi di inosservanza dell'ordinamento giuridico e, pertanto, di arbitrarità.

Inoltre, da questa prospettiva si rilevano lacune aggiuntive di controllo, verificabili in pratica dall'ineffettività dei meccanismi di controllo che pretendono oltrepassare il confine della legalità – validità, cioè, dei controlli non giurisdizionali, quando il parametro non è di legittimità. Se il monopolio giurisdizionale si confermava dalla debole potenzialità (dall'ottica normativa) di produrre effetti incisivi da parte degli altri tipi di controllo, la limitazione del controllo alla verifica della legalità – validità si conferma dalla trascuratezza dell'effettività dell'attività amministrativa (dall'ottica pratica) nelle decisioni dei controlli giurisdizionali e non giurisdizionali.

Pertanto, occorre rilevare le cause dell'accennata limitazione (le ombre), al fine di rivendicare l'obbligo di controllare non solo la legalità – validità, ma anche la legalità – effettività (dissiparli) e, così, sui binari della logica sistemica del diritto amministrativo, cementare il terreno per la proposta di allargare la portata del controllo, soprattutto quello non giurisdizionale, ma non solo, fino alla garanzia dell'effettività. Questa pretesa richiede, senza dubbio, di meccanismi che normativamente siano in grado di produrre effetti incisivi (argomento già affrontato), in modo che se si accetta l'allargamento del controllo nei termini descritti, vi siano le corrispondenti competenze normative che permettano di attuarlo. In altre parole, il transito del controllo della legalità – validità al controllo della legalità – effettività solo è possibile se tutto l'insieme di meccanismi di controllo

(giurisdizionali e non giurisdizionali) sono in grado, secondo l'assetto normativo, di produrre effetti incisivi.

In questo contesto, con lo scopo di fondamentare la proposta segnalata, cioè, di stabilire le ragioni per cui, in logica di conservazione – avanzamento, è imprescindibile aggiornare l'assetto (teorico e normativo) odierno dei controlli, principalmente di quelli non giurisdizionali, e sviluppare la proposta specifica di modifiche indirizzate a garantire il controllo dell'effettività dell'attività amministrativa, al fine di renderla non soltanto conforme alle previsioni normative, però anche conforme alle esigenze, di solito, ritenute non giuridiche (III) è necessario, prima, spiegare il percorso storico che ha condotto all'intrappolamento dell'attività amministrativa nella logica della legalità - validità, il quale ha inquinato profondamente anche la logica del suo controllo (I) e poi, mettere in luce le carenze derivate da quell'assetto odierno, per cui si aggiungono argomenti ulteriori che evidenziano, adesso dalla prospettiva sostanziale, la mistificazione delle garanzie cardine di pienezza della sottomissione all'ordinamento dell'attività amministrativa e del suo controllo. Queste rivelazioni, inoltre, costituiscono le principali ragioni per cui il controllo della legalità – effettività deve essere rivendicato (II).

## **Sezione I. L'origine e il consolidamento del controllo dell'attività amministrativa circoscritto alla verifica della conformità legale (validità): la fonte dell'ombra**

La premessa di base è semplice e cerca di contestare un “mito” del diritto amministrativo vigente: il controllo dell'attività amministrativa non è affatto pieno perché, da una prospettiva sostanziale, non si occupa dell'effettività, ma solo della validità. Ovverosia, i suoi effetti riguardano soltanto una parte della legalità dell'azione amministrativa. Ciò è la conseguenza dei classici presupposti cardine del diritto amministrativo, che sin dall'inizio hanno determinato che la garanzia di azione effettiva sia irrilevante o, nel migliore dei casi, si intenda derivata della sottomissione rigorosa del potere (o delle competenze) alla legge e dal controllo giurisdizionale. L'idea teorica secondo cui il diritto amministrativo o, meglio, l'insieme normativo così nominato, razionalizza appieno l'uso del potere costituisce un dogma ancor oggi in vigore, che a sua volta ha influenzato (contaminato) il regime del controllo dell'attività amministrativa.

Alla stregua dell'identificazione fra giudice e controllo amministrativo, la teoria dello Stato di Diritto e il modello tradizionale del diritto amministrativo hanno circoscritto la portata dell'intera attività amministrativa e, di conseguenza, del suo controllo, giurisdizionale o meno, alla difformità rispetto parametri normativi. Cioè, è stata interiorizzata, in modo esplicito, una errata assimilazione fra il controllo e conformità legale, nel senso di intendere che la validità dell'attività amministrativa fosse l'unico obiettivo da adempiere. La soddisfazione delle finalità previste sarebbe una conseguenza normale, naturale e scontata della conformità legale (legittimità). Questo modo di concepire l'azione amministrativa e il suo controllo, a differenza di quanto avviene nel caso del monopolio giurisdizionale, accade in modo immediato, cioè, si verifica sin dall'origine del diritto amministrativo moderno<sup>470</sup>. Da lì l'enorme influenza sul regime di controllo.

Ad oggi, malgrado siano state introdotte modifiche di tipo teorico e normativo, lo scenario non è cambiato, anzi, si è sollevata l'estrema e assoluta fiducia nella legalità. Ora più che mai la conformità legale viene presentata come garanzia del corretto esercizio del potere e delle competenze pubbliche: l'adempimento delle previsioni normative si basta da solo per supportare qualsiasi rimpianto (di legalità o di effettività) contro l'azione eseguita. Dunque, nonostante in entrambi gli ordinamenti studiati vi siano meccanismi rivolti alla verifica dell'effettività o meno dell'attività, in realtà, la loro portata si limita a quello: alla verifica, poiché il controllo efficace si rivolge soltanto ai parametri di legalità. In modo illustrativo, è riprendendo quanto detto nel capitolo precedente, l'esito del controllo può rivelare che l'oggetto controllato sia illegittimo e/o ineffettivo, ma solo il primo accertamento prevede l'attuazione di misure che siano in grado di produrre effetti giuridici incisivi.

Pertanto, con lo scopo di spiegare le fonti delle ombre che supportano un regime di controllo limitato alla verifica della legalità - effettività, ma che controlla solo la legalità – validità, occorre illustrare il percorso storico, teorico e normativo che, in modo convergente per gli ordinamenti studiati, hanno significato la fissazione con la conformità legale dell'attività amministrativa, come

---

<sup>470</sup> Nel senso che non si esclude l'esistenza di un Diritto Amministrativo, come sistema normativo, anteriore alle rivoluzioni liberali. Si veda, A.F. Ospina Garzón, «Separación de poderes...»cit., p. 135.; F.G. Scoca, Diritto amministrativo...cit., pp. 8 e 9.

modo di razionalizzare l'esercizio del potere pubblico (1). Ciò permetterà di analizzare perché ad oggi, in entrambi i paesi, le attività amministrative si trovano intrappolate nell'adempimento di requisiti di validità, che spinge alla trascuratezza dell'effettività (2) e, infine, spiegare perché il regime giuridico in vigore rende impossibile il controllo oltre la legittimità – validità (3).

### **1. Formazione fulminante della fissazione dell'esercizio delle attività amministrative con la legalità: Stato di diritto e modello tradizionale del diritto amministrativo**

Sia nell'ordinamento giuridico colombiano che in quello italiano vi sono pesanti ombre sul regime teorico del controllo amministrativo, alcune di esse hanno comportato la limitazione della portata sostanziale del controllo alla legalità – validità. Tuttavia, senza alcun dubbio, questa premessa è oggetto di diversi argomenti indirizzati a contestarla, sulla base dei noti sviluppi teorici e normativi che cercano di rendere l'azione amministrativa effettiva, e non solo legittima. Perciò, occorre iniziare con la spiegazione della formazione e consolidazione delle fonti dell'ombra, al fine di accertare la premessa, o almeno, esporre una base chiara per la discussione. L'analisi che segue, consapevole di prendere le esperienze di due ordinamenti giuridici diversi, cercherà di rispettare e di sottolineare le particolarità di ogni sistema giuridico però, comunque, senza perdere di vista la comprovata “convergenza progressiva”, palese nel confronto dottrinale, fra i diversi ordinamenti giuridici. Su questi binari, si anticipa, i diversi percorsi delle discipline dell'esercizio dell'attività amministrativa in Colombia e in Italia, con tutte le sue particolarità, sin dall'origine, convergono nella fissazione con la legalità – validità, e trascurano la garanzia reale della legalità – effettività.

In questo senso, alla stregua del monopolio giurisdizionale del controllo, sono diverse le ragioni storiche, teoriche e normative che implicarono l'impiantazione del rigoroso vincolo dell'attività amministrativa con la legalità - validità. Fra quelle, di nuovo, ma da una prospettiva diversa, la teoria dello Stato di diritto e il modello tradizionale del diritto amministrativo, in entrambi gli ordinamenti, costituiscono le ombre che hanno ricondotto l'azione amministrativa e il suo controllo allo stesso traguardo: alla deliberata disattenzione dell'effettività e al sovradimensionamento della mera conformità legale. Ciò si materializza nel cardine principio di legalità, pietra angolare dell'intera organizzazione statale. In tal senso, occorre sottolineare che la disattenzione della legalità - effettività ebbe le sue origini nell'immagine totalizzante della legge, in cui si riteneva contenuta anche questa.

In relazione alla teoria dello Stato di diritto, la sua stessa denominazione evidenzia l'idea che, alla fine, costituisce su segno distintivo: il diritto, è particolarmente quelle regole emanate dal legislatore, che sono il baricentro dell'esercizio del potere e delle competenze pubbliche<sup>471</sup>. Per quello, in origine, il suo valore “è l'eliminazione dell'arbitrio nell'ambito delle attività facenti capo allo Stato e incidenti sulle posizioni dei cittadini”<sup>472</sup>. In teoria, dalla azione libera dal sovrano, si passava alla predeterminazione generale, astratta e impersonale dalla legge. Lo Stato, attraverso la

---

<sup>471</sup> Cfr. R. Bin, *op.cit.*

<sup>472</sup> “La direzione è l'inversione del rapporto tra il potere e il diritto che costituisca la quintessenza del *Machtsstaat* e del *Polizeistaat*: non più *rex facit legem*, ma *lex facit regem*”. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...cit.*, p. 20.

legge, fissa il contenuto, la portata e i limiti della sua attività, in una sorta di auto vincolo<sup>473</sup>, perciò, si intendono cancellati tutti quei poteri sprovvisti da una chiara attribuzione di legge. In essa, ognuno dei componenti dello Stato trova il fondamento del suo potere<sup>474</sup>, essa costituisce l'unica fonte di limitazione del potere e, di conseguenza, “diventa l'unico fondamento legittimo dell'esercizio del potere”<sup>475</sup>.

In relazione con tutti i soggetti, inclusa la pubblica amministrazione, lo Stato e il diritto sono ritenuti come un unico e uguale meccanismo di vincolo<sup>476</sup>. Ciò viene adempiuto attraverso la legge e, pertanto, “il compito di individuare gli obiettivi dell'amministrazione, cioè, gli interessi pubblici da curare, si sposta progressivamente sulla legge (...) il potere deve essere esercitato nei limiti che a questo sono posti e nei limiti entro i quali esso è stato conferito”<sup>477</sup>. In questo modo, la teoria dello Stato di diritto determina decisamente l'esercizio, non solo del potere, ma dell'insieme completo di competenze pubbliche. Pertanto, si spiega che sia nato un forte *culto del derecho*, derivato dall'immagine idealizzata del diritto “*la cual es producto de toda una herencia histórica que muestra un poder moldeado en el derecho y puesto bajo su imperio (...) La teoría del Estado de derecho sugiere la existencia de un poder limitado y sujeto a reglas*”<sup>478</sup>.

Ebbene, così la legge è diventata il baricentro di tutto l'ordinamento, addirittura, nei contesti dell'aggiornato modello di Stato costituzionale essa continua a sviluppare un ruolo di centralità incommensurabile<sup>479</sup>. Perciò, le basi per la fissazione dell'esercizio dell'azione amministrativa con la legge sono nate già consolidate, sin dall'origine è noto il *fetichismo de la regla*<sup>480</sup>. Anzi, l'affidamento nella legge non è soltanto di tipo razionale, poiché la norma giuridica acquisisce un profilo sacro, di tipo affettivo<sup>481</sup>: essa è l'unico modo in cui sono previsibili e limitabili i poteri di tutti i soggetti, perciò, deve essere rispettata.

Insomma, si evidenzia come sin dall'inizio la teoria dello Stato di diritto, riconosciuta come parte integra dell'organizzazione statale degli ordinamenti studiati, implicava la fissazione con la

---

<sup>473</sup> Si parla dei *tipos de sometimiento de la administración pública al derecho*. Si veda, J.O. Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I...cit., p. 245 a 279.

<sup>474</sup> Nonostante il principio di separazione dei poteri (funzioni) pubblici “*la actividad del legislador ocupaba el lugar preferencial respecto a las demás funciones, pues éstas estaban subordinadas al parlamento y a la definición de competencias que éste hiciera (...) la soberanía de la nación se traduciría necesariamente en la soberanía del legislador, porque al ser el órgano en donde se expresaba la voluntad general del pueblo a través de leyes impersonales, generales y abstractas, los otros poderes se convertían en simples agentes que aplicaban y ejecutaban las normas*”. J.I. Rincón Córdoba, *Las generaciones de los derechos fundamentales...*cit., p. 41 a 43.

<sup>475</sup> F. Merloni, *op.cit.*, p. 6.

<sup>476</sup> “*Estado y derecho son realidades estrechamente vinculadas, hasta el punto de aparecer tradicionalmente como indisociables, consubstanciales la una a la otra*”. J. Chevallier, *El Estado posmoderno...*cit., p. 171.

<sup>477</sup> F. Merloni, *op.cit.*, pp. 6 e 7.

<sup>478</sup> J. Chevallier, *El Estado de derecho...*cit., p. 74.

<sup>479</sup> Una volta consolidato lo Stato costituzionale la legge continua ad essere centrale. Essa “non pone solo limiti esterni allo svolgimento di attività libere nel fine, ma predetermina le finalità da raggiungere e le modalità di azione: fissa, cioè, limiti interni allo svolgimento delle attività delle pubbliche amministrazioni” F. Merloni, *op.cit.*, p. 7.

<sup>480</sup> “*El Estado de derecho descansa así sobre el fetichismo de la regla la norma jurídica tiende a confundirse con la realidad misma, capaz de hacer advenir lo que ella anuncia; y el paso por la forma jurídica constituirá la garantía suprema*”. J. Chevallier, *El Estado de derecho...*cit., p. 75.

<sup>481</sup> Il diritto, nel contesto dello Stato di diritto, è “*percibido como un orden sagrado, proyección de una razón trascendente al cuerpo social, depositario del conocimiento y fuente de todo poder*” J. Chevallier, *El Estado posmoderno...*cit., p. 176.

legalità dell'azione amministrativa, cioè, una ferma convinzione che tutti i soggetti (pubblici e privati), essendo sottoposti alle regole in vigore, agiscono solo all'interno della cornice demarcata dalla legge e, dunque, qualsiasi scostamento verrà sancito dai giudici. Pertanto, quest'immagine idealizzata trasmette l'idea di pienezza della programmazione del potere e delle competenze della pubblica amministrazione e, di conseguenza, di pienezza del controllo correlativo, per correggere le deviazioni. Se la legge determina limiti interi (finalità da raggiungere) ed esterni (confini dei poteri), la conformità legale di qualsiasi esercizio di competenze deve implicare, per forza, l'effettività dell'azione. Quest'ultima idea è cardine per il ruolo della legge nel diritto amministrativo e per il concetto di efficacia dell'azione amministrativa, che sarà analizzato nel seguente comma.

Senza dubbio, i pilastri della teoria dello Stato di diritto, alla stregua di quanto è accaduto nel consolidamento del monopolio giurisdizionale del controllo, hanno determinato e delineato decisamente il modo in cui la pubblica amministrazione agisce. Ciò è verificabile in tutti e due gli ordinamenti studiati, in cui *“la teoría del Estado de derecho sugiere la existencia de un poder limitado y sujeto a reglas: implica que los gobernantes, como los simples ciudadanos, estén sujetos a normas jurídicas en vigor; ellos no se encuentran por encima de las leyes, sino ejercen una función enteramente enmarcada y regida por el derecho”*<sup>482</sup>.

Come si vede, la posizione centrale della legge è nata, nel seno dello Stato di diritto, ormai già consolidata. Non è stata necessaria una lunga e oscillante strada, come quella che ha condotto al monopolio giurisdizionale del controllo. Anche per questa ragione è più evidente la connessione fra la conseguenza giuridica dell'idea di sottomissione del potere al diritto (principio di legalità) e la nascita del diritto amministrativo moderno. Esso, nel suo modello tradizionale, viene percepito come il diritto del potere<sup>483</sup>. Dunque, l'immagine idealizzata dello Stato di diritto e il principio di legalità, come la sua conseguenza, hanno determinato il contenuto e contorni del diritto amministrativo moderno<sup>484</sup>, del suo modello tradizionale, quello più stesso e ancor oggi in vigore.

Pertanto, questo modello tradizionale è nato come una manifestazione del primato della legge, poiché codesta si riteneva come un *“atto dell'autorità sovrana (l'assemblea rappresentativa della volontà popolare, poi nel regime autoritario napoleonico, la stessa volontà dell'imperatore e del suo Consiglio); come quella che vincola l'attività di tutti i soggetti dell'ordinamento e quindi anche degli organi e degli agenti dell'amministrazione”*<sup>485</sup>. In questo contesto, e in modo logico, l'agire delle pubbliche amministrazioni, come i principali destinatari delle norme catalogate come diritto amministrativo, si ritiene strettamente sottoposto alla legge: principio di legalità<sup>486</sup>. Questo si collega con l'accennata triade delle componenti strutturali del diritto amministrativo<sup>487</sup>,

<sup>482</sup> J. Chevallier, *El Estado de derecho...cit.*, pp. 74 e 75.

<sup>483</sup> Cfr. F. Merloni, *op.cit.*, p. 6.

<sup>484</sup> “Il diritto amministrativo è strettamente legato allo Stato: è il diritto dello Stato; è, in particolare, il diritto del governo centrale” M. D'Alberti, *Lezioni...cit.*, p. 14.

<sup>485</sup> V. Cerulli Irelli, *Lineamenti...cit.*, p. 26.

<sup>486</sup> Il diritto amministrativo, addirittura ad oggi, viene ritenuto come “un diritto statale perché, di regola, la pubblica amministrazione è legata al governo nazionale e soggetta a leggi emanate dal Parlamento”. S. Cassese, «Il diritto amministrativo...»*cit.*, p. 1.

<sup>487</sup> E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»*cit.*, pp. 258 e 259.; E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»*cit.*, p. 35.



verificabile sia nell'ordinamento colombiano sia in quello italiano, secondo cui l'amministrazione pubblica era un blocco uniforme e chiuso, indirizzato dalla legge e controllato dai giudici.

Nel capitolo precedente si è spiegato come uno degli elementi della triade -controllo dai giudici- è stato uno dei presupposti del monopolio del controllo dell'attività amministrativa<sup>488</sup> perché, *“la existencia de una jurisdicción administrativa solo se presenta como una herencia histórica, cuya única justificación se basa en la dificultad de la administración de someterse al derecho”*<sup>489</sup>. Tuttavia, adesso occorre soffermarsi su un altro elemento della triade: il ruolo della legge, che spiega in modo determinante la riferita fissazione dell'attività amministrativa con la conformità legale. Infatti, il diritto amministrativo costituiva lo strumento adatto, in linea con la teoria dello Stato di diritto, per la giuridicizzazione del potere<sup>490</sup>.

Dunque, la legge *“dirige a la Administración mediante programas materiales dotados del mayor grado de detalle posible. El contenido de la ley, en efecto, pretende resolverse con la predeterminación de la conducta de la Administración para cada supuesto”*<sup>491</sup>. Cioè, se la legge contiene, sia la finalità, sia i poteri, sia le modalità di azione e costituisce il limite esterno dell'azione amministrativa, risulta evidente e naturale la fissazione con la legalità, la piena fiducia su di essa. Ebbene, di conseguenza, risulta ovvio che l'accertamento della conformità legale, di qualsiasi esercizio di competenze o di potere pubblici, deva implicare, per forza, l'effettività dell'azione. Bastava con la conferma dell'adempimento dei parametri legali per concludere, imperativamente, l'adempimento dei limiti interni ed esterni contenuti nella programmazione legale e, pertanto, il carattere virtuoso dell'azione svolta. Per questo, *“nella classica esposizione del diritto amministrativo (...) la legge come atto deliberato da un Parlamento rappresentativo è specificata attraverso: a) la supremazia della legge sull'amministrazione; b) la subordinazione alla legge, e solo alla legge, dei diritti cittadini, con esclusione quindi di poteri autonomi dell'amministrazione capaci di incidere su di essi; c) la presenza di giudici indipendenti, competenti in via esclusiva ad applicare la legge e solo la legge”*<sup>492</sup>.

La congiunzione di tutti questi elementi storici e teorici determinavano la fisionomia del principio di legalità<sup>493</sup>: le norme giuridiche adempiono un doppio compito di garanzia (limitazione del potere) e di funzionalizzazione (determinazione delle finalità e dei modi di azione). L'importanza strepitosa della legge permetteva la configurazione di un principio che materializzava l'idea di potere sottoposto al diritto, poiché la legge, emanata dai rappresentanti

---

<sup>488</sup> Secondo il tradizionale modello del diritto amministrativo, il rapporto astratto fra la legge e le amministrazione non è sufficiente per garantire il successo delle attività amministrative, quindi si era costatato il bisogno di “un soggetto terzo (il giudice) che ne sia garante: poiché l'amministrazione è apparato distinto da quello del Parlamento, sottoposto all'indirizzo dell'esecutivo, vi è sempre il rischio che l'esercizio dei poteri in concreto, la cura effettiva dei diversi interessi pubblici, avvenga in modo illegittimo, cioè non conforme alla legge”. F. Merloni, *op.cit.*, p. 6.

<sup>489</sup> J. Chevallier, *El Estado posmoderno...cit.*, p. 131.

<sup>490</sup> Cfr. G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 1 a 23.

<sup>491</sup> E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»*cit.*, p. 35.

<sup>492</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...cit.*, p. 23.

<sup>493</sup> “Il principio di legalità, in genere, esprime l'idea della legge come atto regolativo supremo e irresistibile al quale, in line di massima, non è opponibile alcun diritto più forte, quale che ne sia la forma e il fondamento: né il potere di eccezione del Re e della sua amministrazione, in nome di una superiore “ragion di Stato”; né la disapplicazione da parte dei giudici o la resistenza dei singoli in nome di un diritto più alto (il diritto naturale o il diritto tradizionale) o di diritti particolari (i privilegi locali o sociali)”. *Ibidem*, p. 24.

della volontà generale, costituiva il limite e il programma di tutti gli organi statali<sup>494</sup>. Perciò, è logica l'idea secondo cui l'attività amministrativa, in virtù del fortissimo e onnipresente principio di legalità, è predeterminata appieno nelle norme giuridiche. Pertanto, la pubblica amministrazione “*sólo podía realizar todo aquello que la ley le permitiera, más allá de las competencias cuidadosamente asignadas, le era prohibido desplegar cualquier tipo de conducta*”<sup>495</sup>.

Di questo modo, è chiaro come la legge costituisca il baricentro dell'intero assetto organizzativo dello Stato e dell'esercizio delle attività amministrative<sup>496</sup>. L'interdizione dell'arbitrarietà e il raggiungimento delle finalità dell'attività amministrativa si intendeva pienamente garantita da essa. Perciò, risulta evidente l'enorme rilevanza e importanza della legge e del principio di legalità<sup>497</sup>, essi coprivano appieno lo spettro di azione dell'attività amministrativa e, la questione più importante, essa “non può violare la legge (ossia nel contrasto tra atto amministrativo e legge va data priorità alla legge), e non può esplicitarsi se non sul fondamento di una legge (alla quale la Costituzione riserva la disciplina della materia)”<sup>498</sup>.

Insomma, sin dall'origine del diritto amministrativo moderno e della nascita della teoria dello Stato moderno, la legge ha costituito il Santo Graal dell'attività amministrativa. Vi era completa fiducia nel fatto che essa programmava appieno l'azione amministrativa, conteneva una singola risposta a tutte le situazioni, garantiva la soddisfazione delle finalità nonché la protezione dei privati nei confronti dello Stato. In tal senso, sono chiari le ragioni per cui si afferma che la formazione fulminante di una sorta di fissazione dell'attività amministrativa con la legalità.

Questo cocktail di presupposti non poteva portare ad un altro traguardo: “lo Stato liberarle di diritto era uno Stato legislativo, che affermava se stesso attraverso il principio di legalità”<sup>499</sup>. Tuttavia, si potrebbe contestare la premessa di fissazione in ragione dello sviluppo ulteriore del principio di legalità, che di pari passo con lo sviluppo del modello di Stato, dei cambiamenti sociali, economici, culturali, ecc., hanno comportato la sua crisi o, meglio, la crisi del vincolo dell'amministrazione alla legge. Perciò, occorre passare ad analizzare se la fissazione, dopo queste vicende, si è ribaltata.

---

<sup>494</sup> Cfr. J.I. Rincón Córdoba, *Las generaciones de los derechos fundamentales...cit.*, p. 43.

<sup>495</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>496</sup> Addirittura, il diritto amministrativo è diventato l'unico sapere legittimo per studiare alla pubblica amministrazione e per amministrare lo Stato. Si veda, Jacques Chevalier, Danièle Loschak, *Ciencia administrativa. Teoría General de la institución administrativa. Tomo I.*, (tradotto da) Joelle Beregere, et al., Madrid, INAP, 1986, p. 18 a 47.; S. Cassese, *Derecho administrativo...cit.*

<sup>497</sup> “Il primo e più importante principio del diritto amministrativo è quello di legalità” S. Cassese, «Il diritto amministrativo...»*cit.*, p. 11.

<sup>498</sup> Guido Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 30.

<sup>499</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...cit.*, p. 24.

## 2. L'esercizio delle attività amministrative intrappolato nell'adempimento dei requisiti di validità (legalità): l'irrilevanza dell'effettività

I presupposti riferiti in precedenza, mettono in evidenza la giuridificazione totale dell'attività amministrativa<sup>500</sup>, un affidamento pieno nel diritto. Comunque, questo profilo originale soffriva di grandi fessure che portarono alla crisi dell'originale immagine totalizzante della legge. Di conseguenza, si potrebbe mettere in dubbio la continuità dell'originale fissazione dell'attività amministrativa con la legge che, però, è uscita della crisi rafforzata. Infatti, quest'ultima implicò modifiche nel sistema di fonti del diritto e l'attenuazione del vincolo dell'azione amministrativa con la legge, ma il suo ruolo centrale non fu indebolito o, meglio, non poteva esserlo. Tuttavia, la fissazione si spostò dall'intera legalità alla legalità – validità. La legge sarebbe ancora il parametro di azione e di controllo dell'attività amministrativa, da essa si continuava a derivare sia la legittimità sia l'efficacia delle decisioni amministrative. Adesso l'attività amministrativa si trovava intrappolata nell'adempimento di requisiti di validità, trascurandosi l'effettività.

Questo intrappolamento accade proprio nella cornice di una situazione che *a priori* sembrerebbe portar ad un altro traguardo: la crisi del principio di legalità e la modifica del sistema di fonti del diritto amministrativo. Tuttavia, dopo questi due fattori, il principio di legalità ha risultato potenziato.

Sia in Colombia sia in Italia si è verificata un tendenziale rafforzamento dell'esecutivo, su di esso si ha fatto riferimento nel capitolo precedente. Intatti, si afferma che in tutti i paesi liberarli il modello di Stato di diritto si è scontrato con uno specifico fattore di destabilizzazione: *“el aumento del poder del ejecutivo, el cual se traduce en un proceso de emancipación jurídica y en la crisis del principio de legalidad”*<sup>501</sup>. Ciò si è derivato della concezione flessibile della legalità, che comunque non distruggeva il vincolo di legalità<sup>502</sup>. Lo schema dogmatico del principio di legalità, che condiziona il suo contenuto in funzione del soggetto: di regola, libertà del privato e, di regola, limitazione del potere dello Stato<sup>503</sup>, veniva messo in dubbio. Infatti, la crisi si derivava dalla riduzione della generalità e dell'astrattezza delle norme legali, la crisi della ragione giuridica, la degenerazione del nazionalsocialismo e le sue aberrazioni, fra gli altri<sup>504</sup> e risultò nel “superamento della funzione prevalentemente di ordine degli apparati dello Stato, cioè della garanzia concreta

---

<sup>500</sup> *“Si el Estado de derecho quiere ser perfecto, debe estar en todos lados: la legalidad es una noción absoluta, si no totalitaria: quien no está a favor de ella esta contara ella”*. J. Chevallier, *El Estado de derecho...cit.*, p. 76.

<sup>501</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>502</sup> In una sorte di sincretismo o avvicinamento fra le formulazioni francese e tedesca del principio di legalità. “Non era lo stesso dire che l'amministrazione dovesse essere sorretta e quindi *predeterminata* dalla legge, oppure, semplicemente *delimitata* dalla legge”. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...cit.*, p. 29.

<sup>503</sup> Distinzione che è alla base degli ambiti diversi del diritto privato e del diritto pubblico. “Le autorità pubbliche non hanno alcuna libertà, ma attribuzioni che sono loro assegnate dal diritto (costituzioni, leggi, trattati internazionali) (...) Del tutto diverso è il diritto privato! Il suo asse portante è costituito da scelte libere di soggetti giuridici in posizione di parità. Il contenuto di questi rapporti, invece, resta affidato fondamentalmente all'autonomia privata”. Eberhard Schmidt-Aßmann, «“Quod ad statum rei romanae spectat” riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato», (tradotto da) Luca De Lucia, Maria Chiara Romano, *Diritto Amministrativo: Rivista Trimestrale*, fasc. 4, 2017: 627.

<sup>504</sup> Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...cit.*, p. 43 a 47.; T.-R. Fernández, *Arbitrario, arbitraire...cit.*, p. 72 a 81.; F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità...cit.*, p. 19 a 24.

delle regole giuridiche generali e astratte attraverso atti applicativi individuali e concreti<sup>505</sup>. Ciò comportava un'importante flessibilizzazione della rigidità originale, adesso la legge costituisce la cornice di riferimento, ma le pubbliche amministrazioni devono, per forza, agire attraverso la loro logica propria.

Ciò ha comportato il potenziamento palese dell'autonomia decisionale dell'amministrazione pubblica, che deve agire nei limiti dell'attribuzione legale e al fine di soddisfare le finalità, anche determinate nella legge. Adesso, il classico *soft law* assume una rilevanza particolare nell'esercizio delle competenze amministrative. Se le pubbliche amministrazioni hanno uno spazio ampio in cui la legge attribuisce autonomia decisionale, essa può essere esercitata attraverso strumenti a metà strada fra la legge vincolante e la libertà al di fuori la legge: *“las múltiples y muy distintas inflexiones del derecho, objeto de muchos analisis y bajo distintas denominaciones (“derecho blando”, “derecho flexible”, “derecho borroso”), se vinculan entre ellas, forman una constelación”*<sup>506</sup> in base alla quale l'attività amministrativa viene attuata.

Pertanto, in questo scenario si trasforma anche il sistema di fonti di diritto, la crisi sembra fare meno la legge. L'originale prevalenza e supremazia della legge nel sistema di fonti del diritto, che sottometteva tutti le altre fonti<sup>507</sup>, muta da diversi profili<sup>508</sup>. Infatti, prima che le norme costituzionali acquisiscano valore normativo, *“las leyes ocupaban en el sistema de fuentes el lugar más alto, y por tanto, no se encontraban subordinadas a otra norma jurídica, ni siquiera a la Constitución porque esta podía ser modificada como cualquier ley por medio de procedimientos ordinarios”*<sup>509</sup>. Tuttavia, la crisi ha fatto sì che l'immagine totalizzante della legge crolli. Non si potrebbe parlare di fissazione con la legalità se l'attività amministrativa ormai oltrepassa i limiti interni ed esterni che, in origini, derivavano dal rigido principio di legalità. In questo modo il tradizionale ordine gerarchico delle fonti del diritto, a cui base si trovava la legge, si trasforma, adesso si tratta di un diritto *laxo e flexible*<sup>510</sup>, che interagisce come una rete.

Tuttavia, questo rinnovamento delle fonti del diritto<sup>511</sup>, in virtù della crisi della legalità, ha una conseguenza inaspettata, persino nel modello dello Stato costituzionale, in cui al vertice del sistema di fonti si trova la Costituzione<sup>512</sup>, la legge continua ad essere una delle fonti più improntati, adesso, ovviamente, sottomessa alle norme costituzionali. Infatti, si evidenzia un rafforzamento

---

<sup>505</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...cit.*, p. 40.

<sup>506</sup> J. Chevallier, *El Estado posmoderno...cit.*, p. 172.

<sup>507</sup> “Lo Stato di diritto e il principio di legalità comportavano la riduzione del diritto alla legge e l'esclusione o, almeno, la sottomissione alla legge di tutte le altre fonti del diritto”. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...cit.*, p. 24.

<sup>508</sup> L'interazione con il potere globale o la supremazia costituzionale, si veda J. Chevallier, *El Estado de derecho...cit.*, p. 87.; L. Casini, *op.cit.*, p. 61 a 101.

<sup>509</sup> J.I. Rincón Córdoba, *Las generaciones de los derechos fundamentales...cit.*, p. 52.

<sup>510</sup> Cfr. J. Chevallier, *El Estado posmoderno...cit.*, p. 245 a 250.

<sup>511</sup> Che, ad oggi, ha implicato una radicale trasformazione, nel senso che le norme giuridiche di oggi sono più flessibili e fluide, al fine di adattarsi meglio ai diversi settori in cui si applica il diritto amministrativo. Si veda, Javier Barnes, «Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimiento de tercera generación», Javier Barnes (a cura di), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press - INAP, 2012, p. 259 a 303.

<sup>512</sup> “En un escenario como éste, presidido por una Constitución omnipresente y extraordinariamente incisiva, en el que todos los poderes del Estado y todos sus órganos y autoridades tienen estrictamente limitado su despliegue ya nada puede ser lo mismo que antes”. T.-R. Fernández, *Arbitrario, arbitraire...cit.*, p. 78.

della legge come baricentro dell'attività amministrativa. L'attenuazione dell'originale rigidità del vincolo di legalità, che dovrebbe implicare il crollo della fissazione, ha comportato, invece, il rafforzamento dell'originale fiducia nella legge<sup>513</sup>. Nonostante lo spettro delle norme si sia allargato così tanto<sup>514</sup> e le pubbliche amministrazioni possiedano un maggior autonomia decisionale, solo la legge (come norma emanata dal legislatore) continua ad essere, almeno in teoria, l'unico punto di riferimento affidabile delle regole impersonali, generali e astratte che attribuiscono di poteri e competenze dell'amministrazione nei confronti dei privati<sup>515</sup>. Non vi è, fin ora, uno strumento che sia in grado di sostituire la legge e le sue funzioni<sup>516</sup>. Dunque, il rimbalzo della crisi della legalità implicò, contro ogni previsione, ribadire la sua centralità, sia nel sistema di fonti, sia come strumento di garanzia - limitazione del potere (limite esterno) e di indirizzo - programmazione delle finalità e delle modalità di azione (limite interno)<sup>517</sup>.

L'elasticità del principio di legalità gli ha permesso, malgrado la sua crisi, di sopravvivere. La legge continua ad offrire garanzia negativa contro l'arbitrarietà. Perciò, si intende che tutto quello che l'amministrazione pubblica faccia dentro della cornice legale è, di conseguenza, legittimo e valido. Le radici originarie del principio di legalità non sono variate. Le norme giuridiche, allargandosi l'originale referenza esclusiva alla legge, continuano ad essere il quadro di referenza dell'azione amministrativa. Si vede come, nonostante la crisi del principio di legalità, la riforma del sistema di fonti e l'evoluzione del modello statale, la centralità della legge non si sia indebolito. Anzi, essa si è rafforzata facendo leva dei suoi pregi: la certezza giuridica, la garanzia dei cittadini, il vincolo del potere, l'organizzazione degli enti pubblici, fra gli altri sono elementi che solo possono derivare da un principio del genere<sup>518</sup>. In questi aspetti la rigidità del principio giocava a suo favore<sup>519</sup>. Tuttavia, se in origine la legge poteva prevedere, in un'ampia misura, le competenze dello Stato, in genere, e dell'amministrazione, in particolare, la continua modifica delle

---

<sup>513</sup> Quella propria della teoria dello Stato di diritto, secondo cui vi è *“una confianza absoluta en el derecho, la creencia en las virtudes de la dogmática jurídica para alcanzar los objetivos prescritos y hacer prevalecer los valores que reivindicamos”*. J. Chevallier, *El Estado de derecho...cit.*, p. 75.

<sup>514</sup> Perciò è logico chiedersi se *“la legalità amministrativa che continuamente si invoca è composta soltanto da norme legislative che disciplinano il potere amministrativo?”*. F. Merusi, *La legalità amministrativa...cit.*, p. 47.

<sup>515</sup> *“La legge, in vista della protezione dei diritti dei privati, non stabiliva che cosa l'amministrazione non poteva ma, al contrario, ciò che poteva. In questo modo, i poteri dell'amministrazione, nel caso di collisione con i diritti privati, non erano espressione di autonomia ma si configuravano normalmente come esecuzione di autorizzazioni legislative”*. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...cit.*, p. 30.

<sup>516</sup> *“È, infatti, la legge, in conformità al principio di legalità, ad assegnare alle amministrazioni i poteri e gli altri mezzi giuridici necessarie all'espletamento delle missioni loro affidate”*. G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 151.

<sup>517</sup> *“Il principio di legalità svolge una duplice funzione, di garanzia e di indirizzo. (...) serve a tutelare i cittadini (...) serve a indirizzare l'azione amministrativa al raggiungimento degli obiettivi fissati dall'ordinamento”*. *Ibidem*, p. 59.

<sup>518</sup> Premessa nota, e facilmente evidenziabile dalla disciplina dell'attività amministrativa (organizzazione, mezzi, procedimento, atti, validità, efficacia, controllo, ecc.), sempre in funzione del regime normativo. Si veda, G. Corso, *L'attività amministrativa...cit.*, p. 81 a 292.; J.O. Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I...cit., p. 187 a 448.

<sup>519</sup> *“Aunque el principio de legalidad fuera excesivamente rígido, y de alguna manera redujera el papel de la administración pública a mera ejecutora de la ley, lo cierto es que también le sirvió de apoyo y sustento para organizarse, pues la autoridad administrativa cobraba sentido únicamente bajo el supuesto de su sometimiento al derecho”*. J.I. Rincón Córdoba, *Las generaciones de los derechos fundamentales...cit.*, pp. 46 e 47.

fini attribuiti allo Stato (a volta allargate a volta ridotte), implicò anche delle modifiche del vincolo, anzi esso per forza si è attenuato, aumentando però il rischio di deviazione<sup>520</sup>.

Il vincolo con la legge è stato attenuato, alle pubbliche amministrazioni si sono riconosciuti maggiori spazi di libertà e di apprezzamento, si è rafforzato il ruolo della discrezionalità, il merito e l'opportunità amministrativa; forse che esercitavano già con la stessa portata prima della crisi del principio di legalità, il che implicava riconoscere che l'effettività dell'azione amministrativa non poteva essere programmata o garantita dalla legge, ma dipendeva dallo specifico esercizio dei poteri da parte delle pubbliche amministrazioni. In questo contesto, la legge deve fornire una sorta di copertura, cioè, deve stabilire gli elementi minimi e invalicabili: di regola, per lo meno, l'esistenza stessa della potestà amministrativa, la sua estensione, la competenza per attuarla e il fine<sup>521</sup>.

Ciò avrebbe comportato un chiarimento e una delimitazione espliciti del campo di applicazione della legge che, in quel contesto, non poteva continuare ad essere ritenuta come uno strumento di programmazione completa e assoluta, allora solo poteva affermarsi che essa conteneva i requisiti, nella logica del positivismo giuridico, di validità dell'attività amministrativa. L'effettività-fatto<sup>522</sup>, pratica e materiale, nel senso di raggiungere effettivamente le finalità attribuire<sup>523</sup>, oltrepassava di gran lunga i suoi confini. La legge, come strumento normativo, non può garantire l'effettività. La logica originaria, a seconda dei presupposti accennati, implicava che le questioni dell'effettività “nel periodo dello Stato liberale (...) si risolve nella legalità formale e, dunque, nella sua irrilevanza sul piano giuridico”<sup>524</sup>, ma da allora in poi, l'effettività non derivava dalla legge.

Nonostante l'avanzamento del modello statale abbia implicato che l'effettività fosse rivelata come la materializzazione della premessa, secondo cui, “lo Stato esiste e deve operare coordinando tutti gli sforzi ed utilizzando tutte le risorse verso il miglior conseguimento di risultati effettivi”<sup>525</sup>, il ruolo totalizzante della legge non è stato né modificato né chiarito, essa ha continuato a essere presentata, sia come garanzia di limitazione del potere e sia come garanzia della sua funzionalizzazione dell'attività amministrativa. L'idea originale secondo cui la conformità legale

---

<sup>520</sup> “Man mano che aumentano il grado di giuridicizzazione del potere e il numero degli interessi da soddisfare, il modello normativo (...) si fa più complesso, il che comporta un maggior rischio di deviazioni”. G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 358.

<sup>521</sup> Nella dicotomia fra discrezionalità e vincolo si esige che “la legge non solo istituisca l'autorità amministrativa e la autorizzi a provvedere, ma che stabilisca essa stessa un minimo di presupposti e di conseguenze giuridiche. (...) la norma può essere incompleta, ma a condizione che un minimo di presupposti e un minimo di effetti giuridici siano prestabiliti”. G. Corso, *L'attività amministrativa...cit.*, pp. 125 e 126.

<sup>522</sup> “L'effettività è connessa con il fatto, con la fatticità che -in forme differenti- Husserl e Heidegger hanno portato nella filosofia del Novecento. Non si considera, tuttavia, il mero fatto in sé, ma la sua rilevanza per la giuridicità”. M. D'Alberti, *L'effettività...cit.*, pp. 7 e 8.

<sup>523</sup> Nel comma 3, della seguente sezione si farà cenno approfondito sul concetto e sulla portata dell'effettività. In questo punto è sufficiente con sottolineare che in essa si intendono inglobati tutti quegli elementi diversi dalla validità giuridica, che tradizionalmente non interessavano al diritto, e che solo qualche tempo fa hanno acquisito rilievo giuridico. Fra essi, rientrano, il buon andamento, l'efficacia, l'efficienza, l'economicità, la ragionevolezza, la proporzionalità, il risultato, il diritto alla buona amministrazione.

<sup>524</sup> R. Ursi, «La giuridificazione del canone dell'efficienza...»*cit.*, p. 449.

<sup>525</sup> *Ibidem*, p. 451.

determina l'effettività dell'azione amministrativa non è stata né modificata né mitigata. La fissazione con legalità è rimasta intatta, ma il suo contenuto, senza chiarirsi esplicitamente, ha subito modifiche, visibili solo in pratica: se la legge non è in grado di stabilire una programmazione completa dell'attività, di conseguenza, la scelta delle modalità specifiche per cui si deve eseguire l'azione amministrativa per il raggiungimento degli scopi spetta alle pubbliche amministrazioni. Tuttavia, la garanzia di legalità non viene (non poteva essere) cancellata, pertanto, l'utilizzo dei maggiori margini di apprezzamento e di libertà sono ricondotti alla legalità, attraverso dei limiti esterni, degli elementi minimi che deve stabilire la legge dopo la crisi, materializzati in requisiti/vizi di validità.

In altre parole, le norme giuridiche, e nello specifico il diritto amministrativo, continua ad essere l'unico strumento in grado di garantire la limitazione del potere<sup>526</sup>, ma essa non predetermina appieno il contenuto dell'attività amministrativa<sup>527</sup>, non lo può fare. Tuttavia, ancora continua a servire come strumento di indirizzo, nel senso di centrarsi "*en la efectividad del derecho y en su capacidad real para la resolución de los problemas*"<sup>528</sup>. In questo modo, l'esercizio dell'autonomia decisionale delle pubbliche amministrazioni, anche se la legge non è ormai onnicomprensiva, continua a trovare fondamento (di legalità) negli aspetti formali di validità: la legalità – validità. Quindi, la fissazione con la legalità veniva sostituita da una fissazione con la legalità - validità, senza però distinguere l'effettività-giuridica dall'effettività-fatto. Tutte e due continuarono ad essere comprese nella legalità.

Questa affermazione è verificabile facilmente, tramite un esempio paradigmatico. Il quesito dell'efficacia delle decisioni amministrative, nel senso dell'effettiva produzione degli effetti giuridici previsti<sup>529</sup>: l'efficacia-fattuale, la quale è diversa dall'efficacia giuridica. Ad oggi, nel diritto amministrativo di tutti e due gli ordinamenti su indagine, l'efficacia giuridica si acquisisce come conseguenza dell'adempimento di requisiti di validità<sup>530</sup>, cioè, dal momento della sua perfezione<sup>531</sup>, a prescindere dell'analisi della concreta produzione delle conseguenze previste o del raggiungimento dei fini prefissati. Questo assetto non potrebbe essere diverso, la fissazione, prima,

---

<sup>526</sup> Dopo la crisi della legalità, "*aun cambiando la relación del Ejecutivo con la ley, su acción continua ubicada bajo el imperio del derecho*" J. Chevallier, *El Estado de derecho...cit.*, p. 87.

<sup>527</sup> Di fronte alla programmazione per legge dell'attività amministrativa "il principio di legalità, cioè la predeterminazione legislativa dell'azione amministrativa, è fatalmente destinato a retrocedere". G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...cit.*, p. 40.

<sup>528</sup> A. Voßkuhle, *op.cit.*, p. 151.

<sup>529</sup> Che coinvolge anche la certezza, fra tempo e spazio dell'azione amministrativa. "C'è la ragionevole speranza che in un prossimo futuro in numerosi settori della pubblica amministrazione spazio e tempo si confondano, che diventino cioè fattori dominabili contemporaneamente nell'azione amministrativa attraverso strumenti elettronici". F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità...cit.*, p. 63.

<sup>530</sup> "Dopo il controllo (previo di legittimità) o subito dopo l'adozione dell'atto (per gli atti non controllati), che di norma si realizza con la firma da parte dell'organo monocratico o con la deliberazione registrata nel verbale dell'organo collegiale, l'atto non è ancora efficace, ma lo diventa solo dopo l'esperimento di procedura volte ad assicurare la sua conoscenza da parte dei destinatari (o più largamente dalla cittadinanza)". F. Merloni, *op.cit.*, pp. 282 e 283.

<sup>531</sup> Dalla sua emanazione, dalla sua perfezione o dal momento della sua comunicazione all'interessato. Si veda, Sergio Perongini, «Profili dinamici del provvedimento amministrativi: nel tempo e nello spazio», Stefano Cognetti, et al. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 382. Verificabile anche nell'ordinamento colombiano, secondo gli art. 65, 66 e 87 del C.P.A.C.A.

con la legalità e, dopo, con la legalità-validità soltanto poteva portare all'assunzione di un concetto di efficacia segnato dalla validità<sup>532</sup>.

Di conseguenza, il concetto di efficacia giuridica nel diritto amministrativo, in funzione dell'atto amministrativo, (sulla scia del concetto di atto giuridico<sup>533</sup>) "esprime la sua idoneità a produrre effetti nell'ordinamento, la sua capacità di incidere nei rapporti fra parti definite o anche nei confronti di terzi mediante la produzione di effetti costitutivi, modificativi, estintivi o meramente dichiarativi"<sup>534</sup>. Tuttavia, quella capacità o idoneità di produrre effetti non implica la sua produzione effettiva. Se a questo si aggiunge che, a prescindere della corrente filosofica imperante, la distinzione fra validità ed efficacia continua ad essere confusa<sup>535</sup>, così tanto che la prima, dopotutto, si è assimilata alla legalità<sup>536</sup>, risulta plausibile affermare che la validità ha assorbito tutto il contenuto è portata della legalità, inclusa l'effettività-fatto. Il risultato è, come anticipato, che l'efficacia si consegue, normalmente, con il perfezionamento della decisione, pertanto, che sia un argomento di validità<sup>537</sup>.

Questa disciplina spiega che, ad esempio, dal punto di vista temporale, sia affermata l'efficacia, di regola, istantanea, nel senso che gli atti si intendono efficaci subito dopo l'adempimento di requisiti legali e, in via eccezionale, "si dà il caso di fattispecie ad efficacia retroattiva o differita, magari sottoposte a condizioni sospensive"<sup>538</sup>. Il che, più in dettaglio, vuol dire che ancora gli manca adempire alcun'altra condizione normativa per essere considerato efficace, ma non nel senso fattuale, di aver prodotto gli effetti, ma nel senso giuridico (astrato), di essere in grado di produrli<sup>539</sup>. Da qui che non si condivide l'affermazione secondo cui "l'efficacia sospesa paralizza gli effetti dell'atto"<sup>540</sup> perché, in senso stretto, essa paralizza l'idoneità o capacità di produrli, non la sua effettiva produzione, che dipende di altri fattori. Per questo l'efficacia (o

---

<sup>532</sup> "Quanto al perfezionamento dell'atto come presupposto della sua *efficacia*, è sufficiente che esso consegua quegli elementi essenziali minimi che consentano di ascriverlo al tipo normativo al quale risultino imputabili gli effetti voluti". Mario R. Spasiano, «Il regime dei provvedimenti: l'efficacia», Franco Gaetano Scoca (a cura di) , *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 300.

<sup>533</sup> "Se si procede analiticamente, a partire dei singoli provvedimenti amministrativi, ci si avvede che gli effetti di ciascuno di questi hanno il più delle volte perfetti equivalenti in altri rami del diritto. Si tratta cioè di effetti che sono prodotti anche da atti giuridici di diritto privato da atti del giudice". G. Corso, *L'attività amministrativa...cit.*, p. 174.

<sup>534</sup> M.R. Spasiano, *op.cit.*, p. 299.; M. D'Alberti, *Lezioni...cit.*, p. 299.; A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»*cit.*, p. 44.

<sup>535</sup> Cfr. N. Bobbio, *Teoria della norma...cit.*, p. 43 a 48.

<sup>536</sup> "*Es válida toda norma, disposición o fuente normativa que haya sido creada de conformidad con todas las normas que disciplinan su creación*". Victoria Iturralde, «Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, fasc. 31, 2008: 161.

<sup>537</sup> Non a caso, di regola, il tema dell'efficacia è proseguito dal tema della validità e invalidità. A sua volta, questi ultimi sono impostati in funzione dei sui effetti sull'efficacia. Si veda, M. D'Alberti, *Lezioni...cit.*, p. 299 a 315.; B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»*cit.*, p. 384 a 406.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 299 a 355.

<sup>538</sup> M.R. Spasiano, *op.cit.*, pp. 299 e 300.

<sup>539</sup> Per acquisire l'idoneità o capacità di produrre effetti manca un'autorizzazione previa o una approvazione o ratifica posteriore. In ogni caso si tratta di rimuovere limiti o adempire requisiti legali.

<sup>540</sup> M.R. Spasiano, *op.cit.*, p. 300.



l'inefficacia) concreta è il prodotto di determinati aspetti attinenti alla volontà dei soggetti coinvolti, è un elemento fattuale<sup>541</sup>.

Da lì che in teoria sia altrettanto chiaro che la dicotomia fra efficacia giuridica ed efficacia fattuale rileva che “l'effetto giuridico presuppone la sussistenza di un rapporto causale tra due entità (un fatto e un valore) che tuttavia non sempre si completa sul piano della realtà, permanendo in vita la mera obbligazione (il dover essere) insoddisfatta”<sup>542</sup>. Dunque, questa duplicità di efficacie (giuridica e fattuale) nell'ambito del diritto amministrativo, ha fatto emergere la nota differenza fra efficacia ed esecuzione<sup>543</sup>. Si tratta di una distinzione tra effetto giuridico e componente di fatto dell'effetto giuridico, alla fine di mettere in luce che “se è pur vero che ad ogni effetto giuridico consegue doverosamente una conseguenza pratica, ciò non di meno l'effetto (giuridico) e la conseguenza (pratica) costituiscono elementi pur sempre distinti, configurando, appunto, il primo, un valore, il secondo, un dato reale”<sup>544</sup>.

Infatti, se l'efficacia giuridica si riferisce strettamente alla capacità o alla idoneità a produrre effetti, è logico che si preveda un meccanismo che tenda a garantire l'efficacia-fatto, proprio nei casi in cui non vi sia volontà del soggetto destinatario: ecco l'esecutorietà. Se l'efficacia giuridica non implica l'efficacia-fatto, si richiede di un meccanismo che assicuri quest'ultima, senza l'intervento del giudice e persino contro la volontà del destinatario<sup>545</sup>. Tuttavia, l'esecutorietà neanche si basta da sola, la sua attuazione, indirizzata all'efficacia-fattuale, esige che l'amministrazione indichi i tempi e le modalità di esecuzione e, solo in caso di inottemperanza, possa procedere all'esecuzione coattiva, sempre che però nel caso specifico la legge glielo autorizzi e, inoltre, previa una apposita diffida. Dunque, il regime dell'esecutorietà mette in luce che il percorso di verifica pratica dell'efficacia-fatto può essere ancora molto lungo, dopo il perfezionamento della decisione amministrativa e, soprattutto, è sempre segnato da requisiti di validità.

Dunque, sui binari di quanto accennato in precedenza, la differenziazione fra efficacia ed esecuzione perde qualsiasi utilità pratica poiché rimane come una distinzione teorico-normativa. L'utilità pratica si diluisce nel momento in cui, di regola, lo studio dell'efficacia si svolge solo dalla prospettiva dell'efficacia giuridica, come momento apice, assumendo, esplicitamente o tacitamente, che la c.d. esecuzione accadrà per forza. Insomma, se in termini giuridici l'accento risiede nell'efficacia giuridica, è palese che la logica di azione valida prevalga, poiché la decisione

---

<sup>541</sup> In questa logica si spiega la relazione fra invalidità e inefficacia, nel senso che la produzione di effetti si può predicare soltanto delle decisioni valide: “l'atto invalido è qualcosa di diverso da quello (valido) al quale l'ordinamento ricollega (...) effetti, quindi non li produce”. B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»cit., p. 393.; Francesco Astone, «Patologie procedimentali e provvedimenti», Stefano Cognetti, et al. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 421 a 426.; M.R. Spasiano, *op.cit.*, p. 300.

<sup>542</sup> M.R. Spasiano, *op.cit.*, p. 299.

<sup>543</sup> “Occorre esaminare distintamente, quindi, l'efficacia giuridica del provvedimento e la sua eventuale esecuzione”. B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»cit., p. 384.; M. D'Alberti, *Lezioni...cit.*, p. 299.; G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 354.

<sup>544</sup> M.R. Spasiano, *op.cit.*, pp. 299 e 300.

<sup>545</sup> In Italia, secondo l'art. 21-ter, comma 1 della L. 241/1990, le amministrazioni, nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti, indicando ai destinatari tempi e concrete modalità esecutive. In Colombia, si prevedono poteri analoghi negli art. 89 e 90 del C.P.A.C.A.

si intende efficace dopo adempire gli elementi essenziali minimi di validità per il suo perfezionamento<sup>546</sup>, a prescindere (si insiste) dell'effettività.

In questo senso, i requisiti di validità (ad es. del provvedimento amministrativo) continuano ad essere concepiti come requisiti di efficacia (effettività): resta inteso che il rispetto dei requisiti di validità determina (in positivo e in negativo) l'efficacia degli atti e delle attività amministrative nel loro insieme. Ciò significa che, in pratica, la efficacia-fatto viene ignorata, alla pubblica amministrazione interessa, nell'analisi giuridico, adempire i requisiti affinché le sue decisioni siano efficaci, ovvio, giuridicamente<sup>547</sup>. Ciò basta. Si tratta di un'impostazione che conduce al "depotenziamento della sostanza a vantaggio della forma"<sup>548</sup>.

Insomma, gli spunti teorici e l'esempio paradigmatico permettono di affermare che l'azione amministrativa è intrappolata nella legalità-validità. A dispetto dell'indebolimento del vincolo di legalità, il principio di legalità continua ad essere la garanzia contro l'esercizio dei poteri pubblici e di funzionalizzazione dell'azione amministrativa. È ciò non potrebbe essere diverso. La funzione della legge è difficilmente sostituibile, perciò non può perdere centralità<sup>549</sup>. La conseguenza reale della crisi della legalità non è stata la scomparsa del principio o la perdita del suo ruolo centrale, ma la riconfigurazione del sistema di fonti del diritto, nella quale, comunque, la legalità-validità rimaneva al centro<sup>550</sup>.

Tuttavia, la fissazione con la validità implica che la pubblica amministrazione non persegua l'efficacia-fattuale, o lo faccia solo in modo eventuale e, al contempo, mette in dubbio il carattere funzionale dell'attività amministrativa, più collegato con l'efficacia fattuale<sup>551</sup>: ove si affermi efficace, in realtà si deve intendere che si sono adempiti i requisiti di validità, ma non sempre o, meglio, non automaticamente, che si sono prodotti gli effetti o raggiunto il risultato. Questa affermazione è ovvia, ma occorre sottolinearla perché, oltre ad essere sistematicamente trascurata dalla pubblica amministrazione, che può intendere adempite le sue finalità con l'efficacia giuridica, evidenzia le cause dell'intrappolamento delle attività amministrativa con la legalità - validità.

---

<sup>546</sup> Infatti, si afferma che "quanto al perfezionamento dell'atto quale presupposto della sua *efficacia*, è sufficiente che esso consegua quegli elementi essenziali minimi che consentano di ascriverlo al tipo normativo al quale risultino imputabili gli effetti voluti". M.R. Spasiano, *op.cit.*, p. 300.

<sup>547</sup> "Per il provvedimento come per gli altri atti giuridici, l'ordinamento tende naturalmente a far conseguire l'efficacia alla validità e l'inefficacia all'invalidità". B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»*cit.*, p. 386.

<sup>548</sup> S. Valaguzza, *op.cit.*, p. 41.

<sup>549</sup> "Secondo il principio di legalità, l'attività amministrativa deve trovare una base nella legge, nel senso che le pubbliche amministrazioni possono esercitare solo i poteri indicati dalla legge e solo nei modi da essa prescritti". S. Cassese, «Il diritto amministrativo...»*cit.*, p. 11.

<sup>550</sup> "La novedad, pues, no radica tanto en la necesaria apertura de la teoría de las fuentes hacia otros productos (*Derecho blando o indicativo, por ejemplo*) o hacia otros productores de normas (*verbigracia: estándares de sujetos privados establecidos en régimen de autorregulación para la prestación de un servicio económico o profesional*), sino, ante todo, en las nuevas formas de regulación (*expresión utilizada en sentido muy amplio*), mucho más complejas y heterogéneas que lo que la tradicional teoría de las fuentes ha presumido". J. Barnes, «Algunas respuestas del derecho administrativo...»*cit.*, p. 267 a 271.

<sup>551</sup> "Una eccessiva attenzione alla forma si trasforma facilmente in un burocratico formalismo, cioè in un ossessivo ossequio alle regole, capace di allontanare l'azione degli enti pubblici dai suoi obiettivi sostanziali". S. Valaguzza, *op.cit.*, p. 45.

L'accennata fissazione con la validità dell'attività amministrativa, attuata sempre attraverso di decisioni formali (atti amministrativi), ha influenzato decisamente il regime giuridico del controllo dell'attività amministrativa, di conseguenza, altresì fissato con parametri che permettano l'analisi, appunto, della validità dell'oggetto controllato. Perciò, si passa ad analizzare il modello di controllo che, per forza, doveva risultare dell'assetto riferito.

### **3. L'originaria impossibilità torica-normativa di estendere il controllo oltre la legalità-validità**

Siccome l'assetto teorico-normativo implica che l'attività amministrativa sia intrappolata nella legalità-validità, di conseguenza, il sistema di controlli risulta immerso in quella logica. L'interazione fra l'attività e il controllo si svolge, altrettanto, da una prospettiva segnata dai requisiti di validità, l'accento risiede nell'adempimento o meno di essi<sup>552</sup>. Di conseguenza, il principio di legalità, come uno dei più grandi successi dello Stato moderno e del diritto amministrativo, è diventato anche il loro tallone d'Achille. La legalità-validità costituisce la pietra angolare dell'azione amministrativa ed implica, di conseguenza, che il controllo dell'esercizio delle competenze amministrative sia stato sviluppato, sin dall'origine, con l'unico scopo di verificare la conformità delle decisioni e delle azioni alla legge<sup>553</sup>: controlli di legittimità.

Il modello di controllo derivato dei presupposti accennati poteva soltanto essere uno: uno circoscritto ai parametri di legalità-validità, come appunto si può verificare in tutti e due gli ordinamenti studiati. La fissazione dell'esercizio dell'attività amministrativa, prima con la legalità e, dopo, ricondotta alla legalità – validità ha influenzato e determinato il regime del controllo dell'attività amministrativa<sup>554</sup>. Cioè, la fissazione ha comportato la formazione, rintracciabile ma non evidente, di una sorta di impossibilità teorica e normativa di estendere il controllo oltre la legalità-validità. Essa si evidenzia, essenzialmente, dal modo in cui la pubblica amministrazione deve agire (metodo giuridico) e dal conseguente regime di controllo (giurisdizionali e non giurisdizionali).

Al riguardo della prima ragione, occorre sottolineare che i presupposti accennati comportano incentivi determinanti che inducono a ridurre la responsabilità delle pubbliche amministrazioni al rispetto, appunto, degli elementi di validità o meno dell'attività. Quest'ultima diventa la principale (o l'unica) questione rilevante: la conformità alle regole fornisce una sorta di garanzia di

---

<sup>552</sup> Si può parlare di una sorta di *"fetichismo de la regla: la norma jurídica tiende a confundirse con la realidad misma, capaz de hacer advenir lo que ella anuncia; y el paso por la forma jurídica constituirá la garantía suprema"*. J. Chevallier, *El Estado de derecho...cit.*, p. 75.

<sup>553</sup> *"La ley desempeña un papel preponderante, ocasionándose un verdadero control de legalidad de los derechos, pues era ella quien finalmente los definía y aseguraba su protección"*. J.I. Rincón Córdoba, *Las generaciones de los derechos fundamentales...cit.*, p. 51.

<sup>554</sup> *"Le regole dell'azione amministrativa condizionano il controllo, in quanto il controllo non è un'entità a se stante, ma è un'entità relazionale o, secondo i dettati della Dichiarazione di Lima (art. 1), il controllo (e di immediato riflesso il suo organo) non è fine a se stesso, bensì rappresenta una componente indispensabile dell'intero sistema"*. Andrea Crismani, *I controlli esterni sulle pubbliche amministrazioni: contributo alla sistemazione metodologica del procedimento di controllo sulla gestione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2005, p. 106.

correzione, persino se gli obiettivi non sono stati raggiunti<sup>555</sup>. Alle pubbliche amministrazioni spetta una responsabilità esclusiva di rispetto delle regole di validità prefissate dall'ordinamento giuridico. Esse eseguono un ruolo di amministrazione attiva, anzi proattiva, e debbono agire nella cornice di validità prefissata, il che non è poco, però comporta un incentivo che le permette limitarsi a quello.

È illustrativa la teorizzazione, diffusa e consolidata nell'ordinamento italiano, che distingue gli organi amministrativi fra quelli di amministrazione attiva, consultiva e di controllo. La prima viene attuata dopo dell'esecuzione della funzione di regolazione attraverso la legge (separazione dei poteri), ed è definita come “l'esercizio, attraverso moduli procedurali, dei poteri amministrativi attribuiti dalla legge ad apparati pubblici al fine di curare, nella concretezza dei rapporti giuridici con soggetti privati, l'interesse pubblico”<sup>556</sup>, il che mette in luce, sia dal profilo funzionale sia dal profilo organizzativo, che la principale responsabilità della pubblica amministrazione è agire, di conformità con la cornice di validità fornita dalle norme giuridiche<sup>557</sup>.

La stessa logica si è evidenziata nell'ordinamento colombiano, in cui sebbene non vi sia alcun adattamento dell'amministrazione attiva, ma si ritiene che il ruolo del potere esecutivo e della pubblica amministrazione sia quello di eseguire la legge e adattare la sua attività ad essa<sup>558</sup>. Infatti, i mezzi si confondono con le attività, quelli si ritengono necessari per lo svolgimento effettivo di queste<sup>559</sup>, pertanto, le questioni diverse dalla validità dell'attività amministrativa si consideravano problemi impliciti o accessorie a essa<sup>560</sup>.

In termini pratici, l'amministrazione deve sempre agire di conformità con il paradigma (parametro) normativo, il che non significa che la legge stabilisca (materialmente è impossibile) tutte le ariste della competenza o il potere amministrativi. Essa deve soltanto prevedere i suoi requisiti minimi. Dunque, la pubblica amministrazione, dentro quei limiti, agisce attraverso della sua autonomia decisionale. L'amministrazione agisce sui binari di questa logica e gli elementi che condizionano, con maggiore forza, la sua azione sono, appunto, quelli requisiti minimi di validità. Perciò, l'amministrazione agisce in funzione di adempirli e rispettarli al fine di “blindare” la sua decisione o, almeno, ridurre il rischio, non di controversie o impugnazioni, ma di successo dei ricorsi amministrativi o giurisdizionali<sup>561</sup>.

---

<sup>555</sup> Se “un'amministrazione pubblica seguisse, scrupolosamente e rigidamente, tutte le regole ed i principi di diritto pubblico, impliciti ed espliciti, pur non raggiungendo gli obiettivi che si era prefissata, la sua azione, paradossalmente, sarebbe considerata corretta, legittima e potrebbe perfino venire plaudita”. S. Valaguzza, *op.cit.*, p. 44.

<sup>556</sup> M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 105.

<sup>557</sup> Perciò, “le pubbliche amministrazioni sono istituite, dotate di mezzi e disciplinate da regole speciali per garantire lo svolgimento di specifiche funzioni”. Giulio Napolitano, «Le funzioni», Sabino Cassese (a cura di), *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. i, Milano, Giuffrè, 2015, p. 29.

<sup>558</sup> Cfr. Libardo Rodríguez, *Estructura del poder público en Colombia*, Bogotá, Temis, 2015, p. 76.

<sup>559</sup> Ad esempio, l'autotutela costituisce un presupposto elementale per lo svolgimento dell'attività amministrativa. Cfr. J.O. Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I...cit., p. 36 a 45.

<sup>560</sup> Era verosimile concludere che “ya que el derecho administrativo siempre se ha ocupado por los medios y estos son necesarios para alcanzar los fines, la eficacia de la Administración es un tema implícito en el derecho administrativo, pero también la eficiencia”. A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., p. 45.

<sup>561</sup> La validità fornisce una sorta di scudo contro gran parte delle contestazioni in relazione con l'esercizio dell'attività amministrativa. La presunzione di legalità, l'imperatività, l'obbligatorietà e tutti quegli elementi caratterizzanti delle

Pertanto, i presupposti teorici implicano accettare che “*la administración podía pecar por la extralimitación de sus funciones más que por omisión de las mismas*”<sup>562</sup>. Perciò, la garanzia massima, dalla prospettiva della pubblica amministrazione, si ritrova nell’adempimento rigoroso dei requisiti di validità: se l’ordinamento giuridico è costituito da un sistema normativo che si autoproduce<sup>563</sup>, che fornisce i parametri minimi entro i cui l’attività amministrativa deve agire, risulta logico che le pubbliche amministrazioni siano incentivati ad agire, soprattutto, in vista di rispettare le regole di validità, da dove si deriva anche l’efficacia giuridica, però sacrificando l’effettività-fattuale. Cioè, la fissazione con la legge, trasformata dopo in fissazione con la validità, è tale che l’attività amministrativa difficilmente sarebbe controllabile quando si dimostri che nella sua esecuzione si sono adempiuti tutti i requisiti formali di validità, che rendevano idonea la decisione per produrre effetti. Inoltre, secondo si è accennato nel capitolo precedente, l’unica tipologia di controllo non giurisdizionale incisiva (controllo interno attraverso i ricorsi amministrativi o i meccanismi di autotutela) sono anche stati influenzanti da questa logica: essi, di regola, limitano la sua portata alla verifica della validità, malgrado non detengano le limitazioni proprie dei controlli giurisdizionali.

Dunque, la validità fornisce uno scudo all’attività amministrativa da due prospettive, prima, nel caso in cui vi siano contestazioni (in via di ricorso amministrativo, autotutela o ricorso giurisdizionale), la presunzione di legalità e la prova di adempimento delle regole basta, a prescindere dell’effettività-fatto; secondo, nel caso in cui deva rendicontare il raggiungimento delle finalità prefissate, la validità permette di affermare l’efficacia delle sue decisioni e, pertanto, l’adempimento delle sue funzioni. Poco importa la verifica della produzione degli effetti previsti, ciò è un problema ulteriore e indipendente, quasi sempre rinviato al controllo giurisdizionale.

Ebbene, se l’accento risiede nella validità risulta altresì logico che il metodo di attuazione delle attività amministrative sia segnato dal metodo giuridico classico, a cui baricentro si trova la necessità di “*establecer los presupuestos y condiciones para que la acción de la administración pública se vincule a, y se legitime en la ley democrática*”<sup>564</sup>, perciò “l’azione amministrativa si svolge sempre mediante atti conformati e regolati dal diritto, aventi una specifica forma giuridica, e indirizzati a uno o più destinatari, determinati o indeterminati”<sup>565</sup>. Infatti, la pubblica amministrazione “*esegue la legge attraverso procedimenti di sussunzione quanto più rigidi possibili*”<sup>566</sup> e sempre formalizzati<sup>567</sup>. L’azione amministrativa in concreto, materializzata attraverso

---

decisioni amministrative si fondano nell’adempimento di requisiti di validità. L’ordinamento giuridico privilegia la validità poiché è disegnato in logica gerarchica, come un edificio “*formado por niveles superpuestos y subordinados los unos a los otros: una norma solo es válida si ella satisface, por sus condiciones de emisión y en su contenido, las condiciones previstas por otras normas de nivel superior*”. J. Chevallier, *El Estado de derecho...*cit., pp. 53 e 54.

<sup>562</sup> J.I. Rincón Córdoba, *Las generaciones de los derechos fundamentales...*cit., pp. 44 e 45.

<sup>563</sup> Cfr. Norberto Bobbio, *Diritto e potere: saggi su Kelsen*, Tommaso Greco (a cura di), Torino, Giappichelli, 2014, p. 117 a 122.

<sup>564</sup> A. Voßkuhle, *op.cit.*, p. 146.

<sup>565</sup> G. Napolitano, *La logica...*cit., p. 152.

<sup>566</sup> E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 259.

<sup>567</sup> Pare non vi sia spazio per l’attività informale, essa è una patologia. Pertanto, “*la administración ejecuta la ley a través de actos formalizados, con la ayuda de técnicas de subsunción*”. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 35.

dei procedimenti amministrativi e degli apposti decisioni (atti e provvedimenti), si trova impregnata da questa logica di rispetto dei requisiti di validità<sup>568</sup>.

La fissazione dell'attività amministrativa con la validità ha comportato che quest'ultima sia attuata attraverso un metodo giuridico che, appunto, cerca di favorire e garantire il rispetto dei parametri del genere. Il procedimento decisionale interno e i suoi fattori determinanti, come l'organizzazione, il personale o i mezzi materiali, si spostano a una posizione secondaria. L'efficacia-fattuale<sup>569</sup> e il controllo ultimo<sup>570</sup> spetta alla giurisdizione, perciò queste due argomenti girano attorno della verifica dell'adempimento o meno della conformità ai requisiti di validità.

Questo panorama permette di introdurre la seconda delle ragioni che cercano di dimostrare l'originaria impossibilità teorico-normativa di estendere il controllo oltre la legalità-validità. Infatti, se l'accento dalla prospettiva dell'attività risiede nella validità, è logico che dalla prospettiva del controllo accada qualcosa di simile: i diversi tipi di controllo devono essere impostati in modo tale che, appunto, siano indirizzati a garantire la rispondenza e il rispetto rigorosi dei requisiti di validità dell'azione amministrativa, a prescindere dell'effettività<sup>571</sup>. Pertanto, allorché si verificano scostamenti dei parametri di validità prefissati, spetta ai giudici l'attuazione dei rimedi di controllo apposti.

Il ruolo centrale e monopolista della giurisdizione, su cui si faceva cenno nel capitolo anteriore, ritorna, ma stavolta da un'ottica materiale. Sin dall'ascesa della teoria dello Stato di diritto i ricorsi giurisdizionali rivolti a sindacare la validità delle decisioni delle pubbliche amministrazioni hanno costituito il principale strumento contro l'arbitrarietà<sup>572</sup>. Perciò, le deviazioni nei confronti dei requisiti di validità costituiscono la cornice su cui veniva configurato il regime di controllo: la problematica è di validità o invalidità perché, di nuovo, se l'attività è legittima, si intende efficace, al contrario, se è viziata da illegittimità, la conseguenza sarà l'invalidità e l'inefficacia<sup>573</sup>.

Il modello tradizionale di controllo, materializzato nel monopolio giurisdizionale, si basava nella fiducia piena nei ricorsi giurisdizionali come meccanismi idonei per garantire l'efficacia-

---

<sup>568</sup> In tutti e due gli ordinamenti studiati il regime dell'attività amministrativa si intende materializzato attraverso di procedimenti e atti, di regola, formalizzati normativamente. La L. 241/1990 e il C.P.A.C.A. sono gli esempi perfetti.

<sup>569</sup> Cfr. A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., p. 45 a 47.; J.O. Santofimio Gamboa, Tratado de derecho administrativo. Tomo I...cit., p. 245 a 333.

<sup>570</sup> «*El método jurídico, desde la segunda mitad del siglo XX (en tantos países) y bajo la era del constitucionalismo, se ha preocupado por disciplinar la acción administrativa, mediante, entre otros, las reservas de ley, la ampliación de los derechos subjetivos y sus posiciones defensivas, la limitación y el control de la discrecionalidad administrativa, el procedimiento administrativo, o la sujeción de la acción privada de la Administración a criterios jurídico-públicos*». A. Voßkuhle, *op.cit.*, p. 146.

<sup>571</sup> Una delle cause di *mala gestio* dell'amministrazione si deriva dal "rapporto tra rispetto della forma ed esigenze di sostanza, l'inefficienza si annida, secondo le opinioni perlopiù convergenti degli studiosi del diritto e dell'economia, nella eccessiva legiferazione, nella procedimentalizzazione e burocratizzazione, alle quali consegue, come effetto patologico inevitabile, la distorsione dell'azione pubblica dai suoi obiettivi sostanziali" S. Valaguzza, *op.cit.*, pp. 33 e 34.

<sup>572</sup> Cfr. T.-R. Fernández, Arbitrario, arbitraire...cit., p. 65 a 81.

<sup>573</sup> «La devianza in cui incorre la pubblica amministrazione è della specie invalidità. Nell'esercitare il potere che la legge le attribuisce l'autorità amministrativa spesso viola qualcuna delle prescrizioni che disciplinano tale esercizio - in relazioni ai presupposti, alla forma, al fine: sicché pone in essere un atto invalido» G. Corso, L'attività amministrativa...cit., p. 194.

fattuale che, dopo la crisi del principio di legalità, non si derivava ormai delle norme giuridica: in una prima tappa la fiducia derivava dalla stessa legge, ad oggi deriva dalle Costituzioni<sup>574</sup>. In questo punto si giustappongono le ombre dei controlli dell'attività amministrativa: il monopolio giurisdizionale veniva confermato dagli effetti incisivi che essi possono produrre, adesso, la limitazione del controllo alla legalità-validità viene confermata dal fatto che l'ambito dell'attività amministrativa che poteva essere effettivamente controllato (essendo prevista nella cornice della legge) era, appunto, l'adempimento o meno dei requisiti di validità.

In questo modo, controllo giurisdizionale e controllo di legalità sì che sono equiparabili<sup>575</sup>. Tuttavia, attraverso del primo si intendeva garantita anche la garanzia di efficacia-fattuale, cioè, l'effettività del rispetto dei requisiti minimi di validità, prefissati nelle norme giuridiche, spetta al controllo giurisdizionale: pertanto, *“se presupone que una norma es eficaz si su desconocimiento es sancionado por un juez”*<sup>576</sup>, cioè, l'effettività è realizzata attraverso l'azione giurisdizionale. Dunque, lo schema è: una pubblica amministrazione che agisce con autonomia decisionale, sempre nella cornice di validità delle norme giuridiche, al fine di soddisfare le finalità prefissati e un giudice che controlla, altrettanto in base della cornice di validità delle norme giuridiche, gli scostamenti o le violazioni nei confronti di quella cornice. Perciò, se non si evidenziano deviazioni, l'oggetto controllato emerge indenne dal controllo e può continuare a reputarsi efficace, a prescindere della effettività-fattuale.

In questa logica, il giudice dell'attività amministrativa (sia ordinario sia amministrativo) viene fornito con poteri specifici e incisivi al fine di garantire il rispetto della cornice di validità in cui deve svolgersi l'attività amministrativa. Dunque, si crea l'idea secondo cui, le controversie derivate dei rapporti con le pubbliche amministrazioni, a prescindere della natura della situazione giuridica soggettiva, deve essere risolta dai giudici<sup>577</sup>. La garanzia di tutela giurisdizionale effettiva si traduce nella pluralità di azioni a tutela delle situazioni protette, nella pluralità di strumenti nelle mani dei giudici nonché nell'obbligo di agire *“nei limiti dei suoi poteri fissati dalla legge”*<sup>578</sup>, altrimenti, nel caso in cui siano violentanti questi limiti, l'azione del giudice sarebbe arbitraria<sup>579</sup>. Infatti, il regime normativo delle azioni giurisdizionali, in tutti e due gli ordinamenti giuridici, gira attorno della validità e impone la necessità di adempimento di requisiti apposti, prima di esercitare i ricorsi giurisdizionali. Pertanto, i vizi di validità trovano corrispondenza con alcuna delle azioni giurisdizionali<sup>580</sup>, addirittura quelle di condanna e risarcimento.

---

<sup>574</sup> Nel contesto della crisi del principio di legalità, gli iuspublicisti della III repubblica francese crederono trovare nei ricorsi giurisdizionali *“un remedio a la eficacia perdida por el legislador para la protección de las libertades y la consecución del orden. De alguna forma el fenomeno se reproduce, aunque ahora la fe en los jueces no la pongan los juristas por su cuenta, sino la propia Constitución”*. T.-R. Fernández, Arbitrario, arbitraire...cit., p. 81.

<sup>575</sup> Si ritiene che *“il giudizio sulla validità del provvedimento privilegia così gli aspetti collegati alla correttezza dell'esercizio del potere e dell'idoneità del comportamento dell'amministrazione a perseguire l'interesse pubblico, rispetto alla verifica di conformità delle disposizioni relative alla struttura del atto, ai vizi della volontà o dell'esternazione, come avviene secondo lo schema giuridico del contratto”*. F. Astone, *op.cit.*, pp. 428 e 429.

<sup>576</sup> A.F. Ospina Garzón, *«La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»*cit., p. 46.

<sup>577</sup> Cfr. Vincenzo Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 205 a 214.

<sup>578</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>579</sup> In modo logico, il giudice non può oltrepassare i limiti imposti dalla legge. Essa costituisce la garanzia di non arbitrarietà della giurisdizione. T.-R. Fernández, *Del arbitrio...cit.*, p. 35 a 51.

<sup>580</sup> Ciò viene materializzato, al riguardo dei giudici amministrativi, nel C.P.A. italiano e nel C.P.A.C.A. colombiano.

In Colombia, secondo l'art 137 del C.P.A.C.A, la richiesta di *nulidad* (includere le diverse modalità) presuppone che la decisione sia stata presa “*con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió*” mentre che in Italia, le richieste di annullabilità o di nullità (inglobabili in richieste di invalidità) presuppongono che la decisione sia stata presa con “violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere” (illegittimità/annullabilità), secondo l'art. 29 del C.P.A., oppure con carenza-cattivo esercizio del potere, quando manca degli elementi essenziali, quando è viziato da difetto assoluto di attribuzione, quando è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge, secondo l'art. 27-*septies* della L. 241/1990.

Al riguardo delle azioni di condanna o di risarcimento la logica è analoga poiché esse, di regola, presuppongono l'esercizio invalido dei poteri o delle competenze amministrative. In Colombia, secondo gli art. 140, 144 e 145 del C.P.A.C.A., la riparazione o risarcimento dei danni presuppongono la prova di scostamenti o di deviazioni dell'azione amministrativa (per azione o omissione) rispetto ai parametri di validità. A sua volta, in Italia, secondo l'art. 30 del C.P.A., la richiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto presuppone l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Persino nei casi in cui la pubblica amministrazione può essere condannata a prescindere del rispetto o meno dei parametri di validità (in Colombia il regime di responsabilità oggettiva: *daño especial, riesgo excepcional*<sup>581</sup>, in Italia il regime di responsabilità da atto lecito dannoso<sup>582</sup>) anche presuppongono una deviazione o violazione, non già di elementi di validità, ma di principi di livello costituzionale. Comunque, si tratta di uno scostamento dei parametri senno di legalità-validità, sì che di una sorta di costituzionalità-validità.

Tutto ciò, da una parte, mette in luce che a livello normativo si conferma la fissazione con la validità e la difficoltà di controllare oltre essa e, dall'altra, riporta gli spazi sprovvisti di controllo, secondo si è accennato secondo nel Comma 1, della Sezione II del Capitolo anteriore. Pertanto, il controllo si limita alla verifica della legalità – validità, vale a dire, per definizione non può arrivare oltre, essendo difficile, come la storia lo dimostra, controllare tutti quei criteri che si ritengono non giuridici: l'effettività, la discrezionalità, l'opportunità, il merito, ecc.<sup>583</sup> Infatti, la barriera conformata dalla validità è così palese che sin dall'origine i giudici hanno cercato di ridurre gli

---

<sup>581</sup> In modo illustrativo, si veda Wilson Ruiz Orjuela, *Responsabilidad del estado y sus regímenes*, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2013; Juan Carlos Henao Pérez, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

<sup>582</sup> In modo illustrativo, si veda Carlo Buonauro, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>583</sup> “In Europa, nello scorso secolo, una delle interpretazioni del principio della divisione dei poteri fu quella della separazione rigida dei poteri, per cui si riteneva che il giudice non potesse sindacare (era questa l'espressione corretta, che predominò in Italia) né il potere legislativo per gli atti legislativi illegittimi, né il potere esecutivo (governativo-amministrativo) per gli atti che fossero esercizio di poteri politici e discrezionali”. M.S. Giannini, «Controllo...»cit., p. 732.



spazi di libero apprezzamento<sup>584</sup>, in base al rilievo di possibile cattivo uso della discrezionalità (nel *quid*, nel *quomodo*, nell'*an* e nel *quando*<sup>585</sup>). Ad oggi, in base alla dicotomia fra sindacato forte e debole della discrezionalità, si ritiene che vi siano spazi in cui il controllo giurisdizionale (non quello di merito) non deva arrivare<sup>586</sup>, configurandosi, ove non vi sia una deformità riconducibili a vizi di validità, un vuoto di controllo. Ciò spiega, ad esempio, il sorgimento e consolidamento dell'eccesso di potere come vizio di legittimità, nel tentativo di controllare la discrezionalità tramite la riconduzione del margine di scelta amministrativo ai vizi di validità<sup>587</sup>, che tuttavia non permette al giudice di sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione, ma solo controllare che si sia formata correttamente<sup>588</sup>; il che mette in luce che "ciò nonostante, il margine di cui dispone l'amministrazione rimane ampio"<sup>589</sup>.

Pertanto, le competenze amministrative caratterizzate dal più ampio margine di scelta (competenze discrezionali), inclusi il merito e l'opportunità amministrativi, sono stati riportati dentro dell'ambito di controllo giurisdizionale, appunto, facendo leva degli elementi vincolati della competenza, cioè, degli elementi di validità, quegli elementi minimi che, dopo la crisi del principio di legalità, la legge deve sempre prevedere<sup>590</sup>: l'esistenza stessa della potestà amministrativa, la sua estensione, la competenza per attuarla e il fine<sup>591</sup>, che in termini più generici sarebbe una sorta di riserva relativa di legge<sup>592</sup>, nel senso che solo essa può stabilire "le sfere di competenze, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari"<sup>593</sup> delle pubbliche amministrazioni, per tutto il resto, possono intervenire gli altri fonti del diritto.

In questa logica, essendo assomigliato a una decisione di tipo politico, il merito amministrativo (opportunità) tende a scapare del controllo perché esso, appunto, non si considera

---

<sup>584</sup> Nel contesto della dicotomia potere-vincolato e potere-discrezionale, "l'indagine della dottrina e le applicazioni giurisprudenziali si sono appuntate nella ricerca delle regole che l'amministrazione deve seguire nell'esercizio del suo potere di scelta". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 181.

<sup>585</sup> "L'ambito della discrezionalità non è illimitato grazie ai vincoli posti sia dalle norme di settore, sia dalla disciplina generale del procedimento". G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 164.

<sup>586</sup> Richiamando deferenze selettive, l'elencazione legislativa dei casi di sindacato debole o forte, il richiamo alla responsabilità del vertice politico dell'amministrazione nei confronti dell'elettorato nonché all'elevata *expertise* tecnica del controllato. Cfr. *Ibidem*, pp. 349 e 350.

<sup>587</sup> La storia del vizio di eccesso di potere è testimone della pretesa di controllare il margine di scelta attraverso la riconduzione del cattivo esercizio della discrezionalità alla violazione di elementi di validità, appunto, previsti nelle norme giuridiche. Si veda, Simone Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018; Didier Truchet, *Droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, p. 200 a 207.

<sup>588</sup> Cfr. Bernardo Giorgio Mattarella, «Il procedimento», Sabino Cassese (a cura di), *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. i, Milano, Giuffrè, 2015, p. 300.

<sup>589</sup> G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 162.

<sup>590</sup> "L'amministrazione può comunque sottrarsi alla guida offerta dall'provvedimento e adottare un provvedimento privo di adeguate basi giuridiche, che esula dal campo delle scelte ad essa consentite o che appare arbitrario perché non sorretto da un'adeguata motivazione. In tutti questi casi, all'ordinamento rimane la sola possibilità di colpire con l'invalidità il provvedimento difforme dal parametro normativo". *Ibidem*, p. 267.

<sup>591</sup> Cfr. G. Corso, *L'attività amministrativa...cit.*, pp. 125 e 126.

<sup>592</sup> Cfr. G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 84.

<sup>593</sup> Riprendendo la previsione dell'art. 97 della C.R.i., che trova contenuti simili negli art. 121 della C.P.c., secondo cui "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

una questione di legalità-validità<sup>594</sup>. Ad oggi, a eccezione dei casi in cui normativamente si attribuisce il potere giurisdizionale di controllare il merito<sup>595</sup> (giurisdizione di merito italiana<sup>596</sup>, secondo l'art. 134 del C.P.A.), l'unico meccanismo continua ad essere il tradizionale vizio giurisdizionale di eccesso di potere<sup>597</sup>, che comunque detiene una portata ristretta<sup>598</sup>. In quest'ottica, sia nella discrezionalità sia nel merito rientrano diversi (molti) elementi su di cui il controllo di legittimità non arriva perché, appunto, malgrado si sia raggiunto un consenso al riguardo della loro natura giuridica<sup>599</sup> come parametri dell'azione e del controllo dell'attività amministrativa<sup>600</sup>, essi non costituiscono elementi di validità e, perciò, oltrepassano la portata del controllo giurisdizionale (cirscritto alla validità)<sup>601</sup>. Si tratta dei principi derivati del buon andamento (efficienza, efficacia, economicità), la correttezza, la buona amministrazione nonché il raggiungimento delle finalità. Tutti essi, nel momento dell'attività e del controllo, appaiono come forme di apprezzamento che comprendono l'applicazione, non di norme giuridiche, però di valutazioni di un altro tipo.

Come si è notato, dalla prospettiva materiale, il controllo segue la traccia dell'attività, entrambi trovano nella legalità-validità il (tendenzialmente unico) parametro funzionale, tanto che si può verificare una sorta di incentivi nel senso di agire e controllare solo gli elementi del genere, trascurando decisamente altri tanti elementi che compongono l'attività amministrativa e lasciandoli sprovvisti di controllo<sup>602</sup>. Pertanto, se l'oggetto controllato è contrario ad alcuno di questi elementi non riconducibili alla legalità-validità e, al contempo, non presenta nessuna difformità o deviazioni, appunto, di legittimità il risultato del controllo, paradossalmente, sarà positivo. Così, l'efficacia giuridica rimane indenne, indipendentemente dell'efficacia-fattuale (effettività), cioè, del rispetto di tutti quegli elementi che oltrepassano la validità dell'attività amministrativa.

Questo regime, in vigore ancora oggi, è caratterizzato dalla nota ineffettività sia dall'attività amministrativa sia dai controlli amministrativi. Perciò, il percorso di aggiornamento ha implicato che, rilevate le criticità del modello, si abbia sottolineato l'imperiosa necessità di transitare da

---

<sup>594</sup> Si ritiene che la nozione di merito "come in altri rami del diritto, anche nel diritto amministrativo essa è normalmente contrapposta a quella di legittimità". B.G. Mattarella, «Il procedimento...»cit., p. 300.

<sup>595</sup> "La giurisdizione di merito (...) ha sempre rivestito un rilievo secondario (...) ha un carattere eccezionale (...) ed è considerata aggiuntiva rispetto a quella di legittimità, non sostituendosi a quest'ultima, ma essendo sempre preceduta da essa" A. Sandulli, *op.cit.*, p. 663.

<sup>596</sup> Cfr. Paolo Cotza, *Il merito amministrativo: contenuto, rilievo e correlata giurisdizione*, Napoli, Jovene, 2012.

<sup>597</sup> Cfr. B.G. Mattarella, «Il procedimento...»cit., p. 300.; A. Sandulli, *op.cit.*, p. 663.

<sup>598</sup> "Si la décision de l'Administration dont se plaint l'administré es conforme au droit, mais non à l'équité, le recours pour excès de pouvoir ne lui est d'aucune utilité puisqu'il ne peut porter que sur la légalité de la décision et non sur son opportunité". J. Waline, *op.cit.*, p. 41.

<sup>599</sup> In relazione con il buon andamento, "gli studiosi sono passati da una originaria posizione di scetticismo per cui la clausola costituzionale del buon andamento avrebbe carattere meramente programmatico e ottativo al riconoscimento del valore precettivo del principio inteso ora come dovere di buona amministrazione, ora come prescrizione di efficienza o di elasticità o di adeguatezza dell'azione amministrativa". G. Corso, *L'attività amministrativa...cit.*, pp. 36 e 37.

<sup>600</sup> Come emerge del loro contenuto normativo e della sua interpretazione maggioritaria: in Italia art. 97 della C.R.i. e art. 1 della L. 241/1990 e in Colombia art. 209 della C.P.c. e art. 3 del C.P.A.C.A

<sup>601</sup> "L'atto è viziato nel merito quando è inopportuno, ingiusto, o comunque non conforme ad un criterio di buona amministrazione, pur non presentando difformità sul fronte della legittimità". F. Astone, *op.cit.*, p. 434.

<sup>602</sup> "Le contrôle normal correspond à la légalité et exclut l'opportunité. Le contrôle restreint porte sur une part de la légalité et en laisse une autre part incontrôlée. Le contrôle approfondi comporte, outre celui de la légalité, celui d'une part de l'opportunité". D. Truchet, *op.cit.*, p. 206.

un'amministrazione per atti ad un'amministrazione di risultato<sup>603</sup>, nel senso di far prevalere l'effettività dell'attività amministrativa sulla mera validità o, almeno, metterle sullo stesso livello. Adesso occorre passare ad analizzare se questo cambiamento di prospettiva teorica ha comportato, altrettanto, un'effettiva trasformazione dell'azione e del controllo.

---

<sup>603</sup> Cfr. M. Cammelli, «Amministrazione...»cit.; Filippo Lacava, *Principio di legalità dell'azione amministrativa ed esigenze di risultato*, Roma, Aracne, 2015; M. Gioiosa, *op.cit.*; A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit.; Aníbal Rafael Zárate Pérez, «La eficacia de la acción administrativa frente al fenómeno de la procesalización», *La constitucionalización del derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 565 a 592.

## **Sezione II. La demistificazione del controllo amministrativo oltre la validità: l'effettività, la soddisfazione delle finalità e l'attuazione dell'amministrazione di risultato**

La fissazione con la validità ha generato parecchie critiche verso l'attività amministrativa, soprattutto per l'ineffettività che ne deriva. Pertanto, si sono avviati processi di riforma che hanno comportato, fra l'altro, il rafforzamento degli elementi che governano l'esercizio dell'attività amministrativa, ma che di regola non rientravano nella validità, lo svolto verso i modi di gestione dei privati, l'aggiornamento degli obblighi riguardanti all'azione amministrativa e al suo controllo, al fine di attuare la c.d. amministrazione di risultato e materializzare il carattere funzionale dell'attività amministrativa. In questo senso, i cambiamenti hanno implicato la rivitalizzazione teorica e normativa dei parametri di controllo riguardanti non alla validità, ma a tutti quei criteri che di regola erano ritenuti oltre la legalità.

Infatti, dall'inizio degli anni 90', sia in Colombia sia in Italia, si sono avviati trasformazioni normative, supportate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nel senso di spostare l'attenzione sulle garanzie diverse dalla mera validità. Ciò implicava, per forza, ricorrere a meccanismi diversi dal controllo giurisdizionale che, come spiegato, risentiva limitazioni pesanti e inerenti, per cui la pienezza del controllo risultava essendo un mito o un'utopia. Questi strumenti sono, appunto, i controlli non giurisdizionali che, in genere, furono concepiti come i meccanismi idonei per riempire le lacune derivate del modello monopolizzato dal giudice e intrappolato nella validità. Pertanto, essi furono, teoricamente e normativamente, spostati dai parametri di legalità e dai giudizi preventivi, ad analisi successivi sulla gestione. Dunque, sembrerebbe che l'aggiornamento abbia implicato la reale materializzazione della pienezza del controllo, in virtù del fatto che, da quel momento, la legalità-validità (legittimità) non si basterebbe da sola, l'effettività emergeva come un parametro altrettanto rilevante, forse ancor più importante, sia per l'esercizio delle attività sia per il loro controllo.

Tuttavia, questi cambiamenti implicarono, nello specifico argomento del controllo, l'allargamento dei parametri e dei giudizi, ma non delle misure. Quest'ultime continuarono essendo applicate nella classica logica della fissazione con la legalità-validità, cioè, solo il parametro di legittimità venivano provisti di misure incisive, mentre gli altri parametri, furono provisti con gli accennati effetti collaborativi e/o refertuali, di poca o nulla incisività. Si tratta di un altro evento di sconnesione sistemica, nel senso che la parte generale (teoria) del regime di controlli non è rispecchiata o sviluppata appieno nella parte speciale (normativa) o, al contempo, le criticità presentate da parte di quest'ultima non hanno comportato gli aggiustamenti teorici conseguenti. Insomma, la pienezza del controllo continua ad essere un mito, il controllo continua ad essere un monopolio giurisdizionale e ad essere limitato alla validità. Inoltre, se il controllo non garantisce l'effettività, conseguentemente, esso stesso diventa ineffettivo.

Pertanto, con lo scopo di spiegare perché gli aggiornamenti non hanno ribaltato il mito di pienezza di controllo e, anzi, continuano a percorrere la scia della fissazione con la validità, trascurando l'effettività sia dell'attività sia del controllo, occorre illustrare perché le trasformazioni del regime sono rimaste incompiute, nel senso che, da una parte, la rivitalizzazione dell'effettività ha continuato ad essere perseguita tramite controlli non giurisdizionali di legalità-validità della

regolarità finanziaria e, dall'altra, questi strumenti, in virtù della sua natura collaborativa, si rivolgono esclusivamente alla verifica (valutazione, misurazione, refertazione) delle criticità. Ciò, mette in luce la necessità di un ulteriore aggiornamento in relazione con gli effetti, al fine di renderli in grado di avere un impatto più incisivo sull'effettività (1). L'incompiuto aggiornamento si può dimostrare attraverso del rilievo, appunto, della ridotta effettività pratica, sia in Colombia sia in Italia, dei controlli non giurisdizionali, il che, inoltre, ribadisce la necessità di aggiornamento degli effetti dei controlli non giurisdizionali (2). Infine, occorre rilevare come l'attuazione del controllo dell'effettività soltanto richieda dell'applicazione di istituzioni ormai sviluppati e, in certo senso, consolidati: in prassi continua in vigore un fallace dilemma/dicotomia fra legalità-validità e legalità-effettività. Infatti, se gli elementi che compongono l'effettività hanno acquisito una natura giuridica vincolante e rientrano nel principio di giuridicità, pur non in quello classico di legalità, appare imperativo riconoscere che, essendo parametri dell'azione e del controllo amministrativi, l'inosservanza dei livelli minimi prefissati giustifichi e permetta una misura incisiva (3).

### **1. L'incompiuto aggiornamento indirizzato al controllo della legalità – effettività dell'attività amministrativa**

Finora si è rivelato come il regime odierno del controllo dell'attività amministrativa si caratterizza dal monopolio giurisdizionale e dalla fissazione con la legalità-validità. Tutti e due condividono le loro cause originanti, cioè, sono conseguenze delle stesse ombre, però da diverse prospettive. In questo contesto, l'effettività dell'attività amministrativa viene sistematicamente trascurata, il controllo giurisdizionale, di regola, non ci arriva all'effettività, in genere, non la comprende. Questa situazione contrasta palesemente con uno dei principali pilastri dell'attività amministrativa, il suo carattere funzionale (funzionalizzazione<sup>604</sup>), poiché se l'effettività si misura o si valuta, ma non si garantisce, il che mette in dubbio anche la congruenza fra l'attività svolta e le finalità prefissate. Pertanto, risulta logico che nel percorso di aggiornamento, con lo scopo di risolvere le mancanze e i limiti propri di tale modello di controllo si avviassero modifiche indirizzate, da un lato, ad ampliare la portata del controllo giurisdizionale e, dall'altro, a rafforzare il ruolo dei controlli non giurisdizionali.

Gli aggiornamenti partivano di una base comune, in tutti e due gli ordinamenti studiati, l'ineffettività sia dell'attività amministrativa sia dei suoi controlli. Infatti, in Italia, già dal noto "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato" del 1979 (c.d. Rapporto Giannini), si era affermata la necessità di introdurre modifiche alla disciplina dei controlli indirizzate a spostare la finalità dei controlli, dalla verifica preventiva della legittimità sugli atti

---

<sup>604</sup> "L'amministrazione è considerata, in quanto tale, funzione. Si intende dire, in questo modo, che essa è preposta alla cura di interessi generali e che, pertanto deve essere, nella sua globalità, in un rapporto di congruenza con i fini pubblici. L'ordinamento, dunque, assicura la *funzionalizzazione* dell'amministrazione, in tutti i suoi aspetti: l'organizzazione, i mezzi (personali, patrimoniali e finanziari) e l'attività". G. Napolitano, «Le funzioni...»cit., p. 33.

alla verifica successiva dell'effettività dell'attività<sup>605</sup>. Tuttavia, all'inizio degli anni 90', un altro rapporto molto noto conteneva conclusioni molto simili. Si tratta del "Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni" del 1993 (c.d. Rapporto Cassese), in cui si rilevava la insoddisfazione dei cittadini per il servizio reso dalle pubbliche amministrazioni, il distacco fra i modelli e la realtà dei controlli non giurisdizionali (interni ed esterni), cioè, fattispecie di ineffettività<sup>606</sup>.

D'altronde, nell'ordinamento colombiano, l'ineffettività costituiva negli anni 90 una patologia risalente nel tempo. Infatti, nell'inizio degli anni 80, al riguardo del *Ministerio Público*, veniva sottolineato che "*una administración que funciona mal; que funciona lentamente; unos funcionarios venales; unos funcionarios morosos en el desempeño de su tarea están quebrantando un derecho ciudadano elemental que es el derecho a ser bien gobernados*"<sup>607</sup>. Inoltre, sulla base della lontana possibilità di fallimento degli enti statali a causa di inefficienze, al contrario di quanto accade nel settore privato, si sottolineava che, comunque, la finalità dovrebbe essere "*tratar de eliminar la ineficiencia y consecuentemente promover la eficiencia de la gestión de las entidades, y es aquí donde aparece la necesidad de controlar si una gestión pública ha sido eficiente o no, con el propósito de aplicar los correctivos necesarios, para eliminar esa ineficiencia y alcanzar el mayor grado o rendimiento que se requiere en las entidades públicas*"<sup>608</sup>.

Queste rivelazione storiche, coincidenti negli ordinamenti studiati, hanno condotto all'introduzione delle modifiche teoriche, normative e giurisprudenziali in relazione, prima, con il controllo giurisdizionale e, secondo, al riguardo dei controlli non giurisdizionali, cui cornici sono state ormai già riferite<sup>609</sup>. Tuttavia, in questa parte è pertinente soffermarsi sulle modifiche indirizzati a garantire che l'attività amministrativa, sia dall'ottica dell'azione sia da quella del controllo, scavalasse il tradizionale limite della legalità-validità. In questo senso, è centrale il concetto di amministrazione di risultato<sup>610</sup> che può rappresentare l'apice dell'esigenza del transito

---

<sup>605</sup> Nello specifico, il rapporto affermava, riprendendo le proposte della stessa Corte dei Conti, che "in molti Paesi il controllo non è limitato alla regolarità della gestione, ma si estende all'esame dell'attività dell'amministrazione pubblica, ed è inteso ad accertare, con la regolarità, il buon andamento, la rispondenza ai fini voluti dalla legge e l'efficienza". Inoltre, si affermava, con grande speranza, che "sembra quindi si possa dire maturata la convinzione che occorre mutare radicalmente la specie di controllo, e che si possa affidare alla Corte dei Conti un controllo di efficienza; sarebbe svincolato dal controllo su atti, anche se l'esame successivo di legittimità degli atti ne costituirebbe un elemento, e avrebbe ad oggetto la efficienza nelle sue varie forme: come buon andamento, come produttività, come omissione (adeguatezza di organizzazione e di attività amministrativa (...)) non essendo legato ad atti, potrebbe essere sollecitato in ogni tempo anche dal esterno". Si veda, Massimo Severo Giannini, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, Roma, 1979, pp. 21 e 27.

<sup>606</sup> Nel complesso, si sottolineava la "crescente domanda di controlli aggiornati ed efficienti, per arginare la corruzione degli amministratori, per accrescere la trasparenza dell'amministrazione, per assicurare la corretta gestione delle pubbliche risorse". S. Cassese, *Rapporto sulle condizioni...cit.*, p. 57.

<sup>607</sup> Guillermo González Charry, «El ministerio público y la protección de los administrados», *La protección jurídica de los administrados*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980, p. 237.

<sup>608</sup> A. Chan, *op.cit.*, p. 253.

<sup>609</sup> In Italia, ai sensi dell'art. 100 della C.R.i., principalmente, la L. 20/1994, il D.lgs. 286/1999, il D.lgs. 150/2009. In Colombia, ai sensi degli art. 118, 119, 209, 267 a 284 della C.P.c., principalmente, la L. 87/1993, D.l. 267/2000, D.l. 262/2000.

<sup>610</sup> Nel diritto italiano, l'introduzione di controlli oltre la legalità-validità (legittimità) è spiegata per il transito dall'amministrazioni per atti all'amministrazioni di risultato, in quest'ultima, in teoria, l'interesse si estende sull'attività amministrativa intera. Cfr. M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 107.

da un modello di amministrazione fissata con la validità a uno allargato all'effettività<sup>611</sup>, perché “il rispetto della legge è elemento sempre necessario ma mai sufficiente”<sup>612</sup>. Infatti, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa soltanto potrebbe essere soddisfatta attraverso una logica del genere, in cui siano rivendicati i risultati e l'effettività<sup>613</sup>.

Le ragioni storiche e teoriche spiegano che il controllo, in origine, si occupasse della conformità-difformità di atti amministrativi rispetto a norme giuridiche, di regola, di rango legale, in questo contesto il pilastro si trovava nel controllo preventivo di legittimità su atti. Tuttavia, questo modello ha subito una crisi motivata dal suo carattere formale, esteriore ed astratto lo rendeva inadeguato, innanzitutto, al fine di controllare l'efficienza dell'azione amministrativa. Infatti, “la dominanza di questo modello ha cominciato a ridursi quando è apparso più evidentemente che esso, se pur garantisce la legalità dell'azione amministrativa, non è in grado di assicurare l'efficienza, l'efficacia, l'economicità dell'azione amministrativa”<sup>614</sup>.

Ebbene, al riguardo del controllo giurisdizionale, gli aggiornamenti hanno girato attorno dell'ampliamento della sua portata, al fine di ridurre al massimo l'ambito di discrezionalità e di scelta libera di merito. Tuttavia, gli aggiornamenti non hanno oltrepassato il punto in cui si evidenziava ancora la fissazione con la validità, poiché i requisiti del genere (gli elementi vincolati) continuano ad essere l'unico strumento per controllare sia la discrezionalità sia il merito. Infatti, si considera che la disciplina dei vizi di validità costituisca l'ultimo meccanismo di controllo della discrezionalità, “nel senso che è destinata ad operare dopo che hanno fallito tutte le altre tecniche di regolamentazione”<sup>615</sup>, che però sono tecniche sempre ricondotte a specifiche previsioni normative, ad esempio, al riguardo dell'obbligo di motivazione, del tempo della decisione, dell'obbligo di provvedimento espresso e che, inoltre, di regola deve essere presentato in un contesto di controversia e tramite il ricorso giurisdizionale apposito, fatto che riporta agli spazi sprovvisti di controllo.

Dunque, la natura propria del controllo giurisdizionale implica che gli avanzamenti nella materia siano condizionati, appunto, per le limitazioni inerenti a essa: la natura contenziosa, la necessità di ricorso, i termini di caducità delle azioni, ecc. (tutti quei elementi che configuravano parte delle lacune del monopolio giurisdizionale). Pertanto, il vizio di validità di eccesso di potere continua ad essere il vicolo attraverso il quale si identificano le situazioni sintomatiche (di eccesso) e sono introdotte meccanismi come la proporzionalità, la ragionevolezza, la correttezza. Infatti, il limite della teoria dell'eccesso di potere risiede nella sua essenza, essa “mediante l'enucleazione di situazioni sintomatiche, costringe il sindacato di quel potere entro i più angusti spazi

---

<sup>611</sup> Un'illustrazione sulla transizione dall'esigenza di validità all'esigenza, anche, del raggiungimento del risultato in: R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza...cit.*; F. Lacava, *op.cit.*, p. 153 a 261.

<sup>612</sup> M. Cammelli, «Amministrazione...»cit., p. 122.

<sup>613</sup> “Nell'ambito di un'amministrazione ordinata al risultato e con ciò al soddisfacimento di interessi individuali e collettivi, potere e servizio si intrecciano, l'uno e l'altro sono entrambi strumenti del perseguimento di un risultato o di un assetto sostanziale da raggiungere, si pongono in sequenza come fasi successive di uno stesso percorso che va dalla decisione alla gestione in ragione dello scopo affidato”. Giorgio Pastori, «La disciplina generale dell'azione amministrativa», *Annuario 2002 - AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 35.

<sup>614</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1376.

<sup>615</sup> G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 267.

dell'orizzonte del passato (ipotetico-casuistico)<sup>616</sup>. Alla fine, le competenze discrezionali continuano a godere di certa deferenza nell'ambito del controllo giurisdizionale, addirittura, il controllo continua ad essere difficile allorché il parametro sia di validità<sup>617</sup>.

Tutto ciò implica, almeno, un paio di problemi nel percorso dell'aggiornamento indirizzato alla garanzia di pienezza del controllo attraverso il coinvolgimento del controllo dell'effettività: si rafforza il monopolio nel senso che le fattispecie sintomatiche identificate dalla giurisprudenza sono destinate ad essere applicate, precisamente, solo nell'ambito giurisdizionale, il che non vuol dire che in sede dei controlli non giurisdizionali non si possano analizzare situazioni del genere, piuttosto, che esse non sono prese in considerazione, sprecando la possibilità di maggiore incisività fornita dalla natura di questi tipi di controllo, che possono arrivare al merito e all'opportunità. Inoltre, le proposte sulla forma di garantire l'amministrazione di risultato (l'effettività), centrate nel ruolo del controllo giurisdizionale<sup>618</sup>, rendono difficile la cessazione del monopolio giurisdizionale e della fissazione con la validità (limite tradizionale della giurisdizione) e, alla fine, ribadiscono la mistificazione del controllo pieno, perché il giudice difficilmente può controllare il risultato. Dunque, da questa prospettiva, si evidenzia che l'aggiornamento rimane incompleto e, comunque, la garanzia dell'effettività non può avere come baricentro il controllo giurisdizionale.

In relazione dei controlli non giurisdizionali i cambiamenti hanno avuto una portata più ampia, decisamente indirizzati verso la garanzia dell'effettività, ma purtroppo non hanno raggiunto le sue finalità. Ciò è derivato dalla sconnessione fra le finalità teoriche e normative attribuite a questi meccanismi quando sono indirizzati al controllo della gestione, e il regime teorico e normativo degli effetti che essi producono, derivati dalla natura di ausiliaria-collaborativa del rapporto di controllo<sup>619</sup>, predicabile sia del controllo esterno sia di quello interno<sup>620</sup>. In concreto,

---

<sup>616</sup> P. Cotza, *op.cit.*, p. 91.

<sup>617</sup> “*La anulación del acto discrecional es la excepción porque el punto de partida de toda la construcción sigue siendo el mismo: la Administración tiene una libertad inicial indiscutida para decidir lo que estime oportuno cuando la norma que le habilita para actuar no le impone expresamente condiciones espaciales, y en esa libertad el juez no puede interferir porque la propia Ley penal le prohíbe turbar de cualquier manera que sea la acción de los cuerpos ejecutivo, cuyas decisiones no puede en ningún caso suplantar*”. T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...cit.*, p. 35.

<sup>618</sup> A titolo illustrativo, si veda M. Gioiosa, *op.cit.*, p. 116 a 131, 329 a 392. Particolare rilevanza hanno queste ultime pagine, dove si mette in evidenza che il controllo dell'amministrazione di risultato può derivare dalla rilettura del vizio di “eccesso di potere”, classico vizio di legittimità, come vizio di risultato.

<sup>619</sup> “L'origine dell'attribuzione del carattere collaborativo ai controlli -sebbene senza distinzione tra controllo per gli enti e sugli enti- si rinviene nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 29/1995. In questa prospettiva è stato messo in rilievo come il controllo sulla gestione sia diretto precipuamente a stimolare -nell'amministrazione o nell'ente controllato- processi di “autocorrezione” sia sul piano decisionale, gestionale, organizzativo, che su quello dei controlli interni”. Valentina Papa, *Effettività dei controlli gestionali della Corte dei conti: esame delle misure consequenziali*, Canterano, Aracne, 2017, p. 23.

<sup>620</sup> Secondo si è spiegato nel comma 3, Sezione 1, del Capitolo 1, nel senso che la natura ed effetti collaborativi dei controlli esterni, materializzati nei loro esiti, possono definire anche gli esiti dei controlli interni, nel senso che essi, sin dall'inizio, sono stati presentati come “nuclei di valutazione”. A titolo illustrativo, si veda: Gaetano D'Auria, «I Controlli», Sabino Cassese, Claudio Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana: un profilo*, Studi e ricerche 333, Bologna, il mulino, 1994, p. 81.; Giancarlo Astegiano, *Il nuovo sistema dei controlli interni: dall'obbligo normativo ad un'impostazione manageriale della gestione della P.A.*, Assago, IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, 2014; J.I. Rincón Córdoba, «El control interno...»*cit.*, p. 474 a 484.; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, pp. 655 e 656.



l'aggiornamento fu materializzato attraverso dell'introduzione di nuovi parametri e, quindi, di nuovi tipi di controllo, attribuendoli natura ed effetti (collaborativi e refertuali) poco incisivi.

Tuttavia, l'immagine del controllo dell'attività amministrativa è stata costruita sulla base degli effetti incisivi del controllo della legalità-validità, che caratterizza anche il controllo giurisdizionale (divenuto monopolio), il che ha rafforzato l'idea che il controllo implicava quel tipo di effetti incisivi. Pertanto, quando è diventato chiaro che i parametri del genere non erano sufficienti e sono stati introdotti nuovi tipi di controllo, basati su parametri relativi all'effettività, era logico (e necessario) attribuire effetti ugualmente incisivi, il che non significa l'attribuzione esattamente degli stessi effetti dei controlli di legittimità. Altrimenti, non si potevano denominare "controlli". Tuttavia, e siccome essi sono anche denominati "controlli", perché si intendevano il complemento del controllo giurisdizionale, è stata mantenuta l'elevata aspettativa di incisività, che in pratica non ha avuto modo di essere raggiunta perché i loro effetti hanno una portata limitata e diversa, alla quale sfugge l'effettiva risoluzione delle criticità riguardanti i parametri di gestione. In ogni caso, si tratta di effetti molto più limitati da quelli che derivano dai tradizionali controlli di legittimità. In quei casi, quando si parla di controllo, in realtà vengono raggiunti diversi obiettivi che però, in realtà, non implicano il controllo.

Dunque, l'aggiornamento pretendeva di controllare l'effettività della gestione<sup>621</sup>, alla stregua del modello aziendale dei privati<sup>622</sup> e dei suoi controlli -sia in Italia<sup>623</sup> sia in Colombia<sup>624</sup>- però, in pratica, i nuovi controlli si rivelano solo in grado di verificare e riportare l'effettività o meno, però senza controllare. Addirittura, si ritiene che l'esito-referto costituisca il modello più adatto al fine di soddisfare i fini di questo tipo di controllo<sup>625</sup>. Tale come si è accennato, il rapporto di ausiliarità, predicabile per tutti i controlli non giurisdizionali (interni ed esterni) tranne quelli di

---

<sup>621</sup> Che, col tempo, ha coinvolto anche il controllo della *performance* dell'amministrazione. Infatti, "è possibile illustrare il trapasso, registratosi nell'ultimo decennio, del sistema tradizionale di controlli preventivi di legittimità alla affermazione di controlli c.d. di efficienza sino ad arrivare alla recente introduzione del c.d. ciclo della performance, ossia di un meccanismo più sofisticato e (stando alle intenzioni del legislatore) idoneo ad incentivare anche il merito e la qualità delle prestazioni individuali e quelli organizzative". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 533.

<sup>622</sup> "L'adozione di una logica aziendalistica dell'organizzazione pubblica ha condotto alla naturale conseguenza di una rivisitazione del tema dei controlli". R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza...cit.*, p. 299.

<sup>623</sup> Ad esempio, nel caso della riforma Brunetta italiana (D.lgs. 150/2009) la dottrina ritiene che "si tratta, com'è facilmente intuibile, di una riforma tutta incentrata su concetti tipicamente aziendalistici quali performance, risultato, meritocrazia e responsabilità". P. Tanda, *op.cit.*, p. 25.; Vincenzo Cerulli Irelli, Fabrizio Luciani, «I principi generali», Eugenio Francesco Schlitzer (a cura di), *Il sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni: commento al Decreto legislativo n. 286 del 1999*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 1 e 20.

<sup>624</sup> "Se ha trasladado de las empresas privadas a las estructuras públicas el llamado control interno, bajo el entendido de que no es suficiente con que agentes externos revisen la legalidad y la obtención de resultados, sino que, aplicando una lógica de constante autoevaluación". J.I. Rincón Córdoba, «El control interno...»cit., p. 491.

<sup>625</sup> Addirittura, si afferma che l'assenza di efficacia vincolate degli esiti dei controlli non giurisdizionali di gestione, di natura collaborativa, sia lo scenario normale e naturale, e che, di conseguenza, le obiezioni nella materia sono infondate perché un controllo incisivo "corre il rischio di diventare parte integrante della nozione stessa di amministrazione attiva e non uno strumento di garanzia obiettiva, volto all'acquisizione e diffusione di dati e/o informazioni per consentire, in primo luogo, agli organi apicali della stessa amministrazione controllata di rivedere e correggere le strategie ed i comportamenti inerenti alla funzionalità ottimale della gestione". Domenico Crocco, *Profili giuridici del controllo di efficienza amministrativa*, Napoli, Jovene, 2012, p. 142 a 146.

legittimità, implica che l'esito della sua attuazione sia, in logica collaborativa, un referto<sup>626</sup> (rapporto, relazione, rilievo) indirizzato, di regola, ai corpi rappresentativi (legislatore ed esecutivo) e allo stesso controllato, al fine di stimolare la presa delle misure apposite. Tuttavia, un esito del genere rende difficile l'attuazione del modello teorico dei controlli di gestione e del ruolo che deve adempire, nel senso di complementare il controllo giurisdizionale e riempire le sue lacune. Pertanto, questi strumenti non controllano il risultato o l'effettività, bensì, si soffermano nella, appunto, verifica, rilevazione, valutazione e comunicazione sia di criticità di tipo legale o di tipo gestionale<sup>627</sup>.

Ciò, palesemente, implica uno stacco dell'immagine reale dei controlli di gestione nei confronti di quell'immagine teorica, poiché il regime in vigore permette la raccolta dell'informazione, ma non il controllo. Se gli effetti derivati dai controlli di/sulla gestione sono collaborativi, paradossalmente, gli importanti ritrovamenti derivati dell'implementazione degli innovativi parametri di gestione, (effettività dell'azione amministrativa) si perdono perché, come accennato, soltanto nei casi di parametri di legalità-validità sono ammessi e previsti effetti incisivi. Invece, la natura collaborativa implica che non vi sia certezza alcuna che, tramite i controlli di gestione, sia garantita l'effettività dell'oggetto controllato. Certo che la raccolta e la collezione di informazione sull'ineffettività ha da sola una utilità, tuttavia, si è dimostrato che il controllo non si può ridurre a quello<sup>628</sup>. Ebbene, la mancanza di effetti incisivi è molto più traumatica se si tratta del controllo dell'effettività poiché, tal come accade ad oggi, la diagnosi dell'attuazione dei controlli rischia di risultare continuamente negativa, nel senso di verificare che lo stimolo di autocorrezione (sul piano delle decisioni legislative, dell'organizzazione e dell'attività gestionale) ha di regola e purtroppo fallito. Alla fine, la conclusione sarà lapidaria: un regime giuridico pieno di contraddizioni, si cerca l'effettività, ma gli strumenti in vigore non sono in grado di raggiungerla.

Dunque, non si tratta di un tema di parametri di controllo, cioè, di trascuratezza dei parametri addati per controllare l'effettività, perché l'aggiornamento accennato ha comportato l'introduzione di diversi meccanismi indirizzati alla verifica di adempimento o meno di parametri diversi a quelli classici di legalità-validità<sup>629</sup>. Infatti, questi controlli si ritengono come “gli unici, del resto, che sono in grado di valutare l'azione amministrativa in termini non solo di legalità, ma anche di efficacia, economicità, speditezza; di rispondenza ai programmi stabiliti; di soddisfazione degli utenti, di congruenza fra risorse investite, assetti organizzativi e obiettivi realizzati”<sup>630</sup>. Tuttavia, la valutazione, da sola, non può essere ritenuta come modo di controllo, poiché essa non garantisce la produzione dei risultati e la soddisfazione delle finalità. Cioè, il problema risiede nel fatto che la

---

<sup>626</sup> “L'attività referente (...) intesa come attività di rilevazione, informazione e valutazione, che abbraccia ogni profilo finanziario, organizzativo e di assetto contabile della gestione del pubblico denaro”. G. D'Auria, «I Controlli...»cit., pp. 86 e 87.; A. Crismani, *op.cit.*, p. 195 a 202.

<sup>627</sup> Cfr. Emidia Vagnoni, Luca Anselmi, Giuseppe Farneti, *I controlli nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 1997; P. Tanda, *op.cit.*; G. D'Auria, «I controlli...»cit.; L.C. Sachica, *op.cit.*; A. Chan, *op.cit.*

<sup>628</sup> Il giudizio nei controlli di gestione è ritenuto come una semplice “valutazione di conformità a regole”. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1359.

<sup>629</sup> I controlli di gestione e quelli c.d. strategici “hanno come parametri l'economicità, la efficienza e la congruità dell'attività posta in essere o programmata rispetto ai risultati (raggiunti o prefissati)”. Si veda, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 114.; P. Tanda, *op.cit.*; A.L. Tarasco, *op.cit.*; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*

<sup>630</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1522.

natura ausiliaria del rapporto e collaborativa dei controlli fa sì che gli effetti di questo tipo di meccanismi scompaia o si indebolisca al punto che la sua incisività, enorme potenzialità e forza stimolante diventano assolutamente eventuali<sup>631</sup>.

D'altronde, la fissazione con la validità si rivela un'altra volta come fonte di contaminazione del regime dei controlli non giurisdizionali rivolti alla gestione e, meglio, alla sua effettività. Infatti, sin dall'origine questo tipo di controllo è stato strettamente collegato alla gestione delle risorse pubbliche. Addirittura, si ritiene che ogni attività di controllo "avente ad oggetto l'adempimento dell'amministrazione ai comandi del parlamento -sia esercitato *ab interno* o *ab esterno*- non può che assumere come punto di partenza le politiche pubbliche finanziarie dal Parlamento..."<sup>632</sup>. Il che, sebbene non esplicitamente, riconduce l'esecuzione del controllo alla mera verifica delle regole parlamentare, in particolare, quelle di natura finanziaria. Cioè, dalle regole del bilancio pubblico, riconducibili ad una logica binaria di adempimento o meno (validità), si deriva il giudizio negativo o positivo di gestione. Di nuovo, si rischia di inciampare nella trappola della efficacia giuridica, nel senso di ritenere che l'adempimento delle regole finanziarie (di gestione del bilancio) implichi l'effettività dell'attività amministrativa, il che comporta lacune nel controllo della efficacia fattale<sup>633</sup>. Esse sono un presupposto necessario, però non sufficiente, visto che l'azione potrebbe aver rispettato le apposite regole, essendo efficace in senso giuridico, ma non riuscendo ad essere effettiva, in senso fattuale.

Il risultato di questo tipo di controllo, in tutti e due gli ordinamenti e dopo l'aggiornamento, si è rivolto verso il rafforzamento della responsabilità personale dei dipendenti pubblici e dei vertici politici dell'amministrazione. Tuttavia, il controllo non deve essere legato sollo alla responsabilizzazione, perché in quel modo non si risolverebbe le criticità riscontrate, si violerebbe la aspettativa creata nel senso di presentare il controllo di gestione come lo strumento di soluzione delle problematiche di effettività dell'azione amministrativa<sup>634</sup>. Dunque, risulta palese che la mancanza di effetti incisivi di questo tipo di controlli, li faccia infrangere (per mancanza) il ruolo attribuito (come risposta alla mancanza di controllo dell'effettività). Perciò, alla fine, essi risultano degradati a strumenti di valutazione e misurazione, ma non di controllo. Nei termini della teoria del diritto amministrativo come sistema, si tratta di una sconnessione fra la parte generale e la parte speciale dei controlli del diritto amministrativo. In questo modo, emerge una errata convinzione secondo cui i controlli di gestione si riferiscano alla valutazione dei risultati, tuttavia, in realtà, si limitano alla verifica dei risultati finanziari e di bilancio, senza soffermarsi sull'analisi del raggiungimento degli scopi stabiliti per le attività amministrative (efficacia).

Nello specifico, il processo di aggiornamento ha esteso l'ambito dei parametri, ma il "controllo" è stato ridotto alla verifica e alla comunicazione della conformità con essi o meno,

---

<sup>631</sup> I controlli di gestione si caratterizzano dall'aver *"fuerza moral pero no una fuerza fisica"*. G. González Charry, *op.cit.*, p. 230.

<sup>632</sup> G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1364.

<sup>633</sup> Lacune simili si trovano nel regime di controlli di gestione della finanza da parte dell'Unione europea. Si veda, Corte dei Conti Europea, *Lacune, sovrapposizioni e sfide: analisi panoramica delle disposizioni dell'UE in materia di rendicontabilità e audit del settore pubblico*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2014.

<sup>634</sup> "Il controllo non è legato solo alla responsabilizzazione, ma come viene attentamente osservato: l'idea dei controlli modella la percezione collettiva dei problemi dei quali rappresenta la soluzione". A. Crismani, *op.cit.*, p. 21.

senza che questo possa essere inteso come “controllare”, poiché la sua attuazione non garantisce l’effettività, ma solo rileva l’ineffettività. La disciplina giuridica odierna permette di (spinge a) ritenere che gli obiettivi del controllo si sono adempiuti dopo di aver informato le criticità e richiamato l’adozione di correttivi, sembra sufficiente con verificare e segnalare che il risultato non sia stato raggiunto, che l’attività è ineffettiva. Tuttavia, ciò implica l’abbandono dell’ambito successivo, cioè la verifica della soluzione e delle conseguenze applicabili agli eventi in cui viene verificato il mancato raggiungimento del risultato. Tuttavia, come indicato, non è utile verificare che il risultato non sia stato raggiunto se non sono state implementate -in modo tempestivo, certo, concreto e diretto- le misure correttive necessarie per raggiungerlo in modo efficace, la verifica da sola non è in grado di soddisfare o raggiungere il risultato atteso e prefissato. In breve, questa verifica (del mancato raggiungimento del risultato) non può essere ritenuta come controllo.

Inoltre, se la procedura di controllo finisce con la comunicazione delle critiche, in attesa dell’incerta correzione da parte di terzi diversi dal controllore, il risultato non può essere diverso: la certezza che vi sono difetti che impediscono l’efficacia dell’attività amministrativa, accompagnata dall’impossibilità di garantire la sua correzione e, di conseguenza, la tendenziale inefficacia di tali controlli per risolvere queste critiche. La soluzione delle criticità viene rimandata alla buona volontà di tutti e di nessuno. La comunicazione delle misure adottate da parte dei soggetti controllati, anche se possono dare conto dell’attenzione delle criticità, costituisce una tappa formale, indipendente della procedura di controllo che finisce con la comunicazione del rilievo. Si tratta, di nuovo, di un obbligo di informazione che, a prescindere del termine stabilito per legge e della debole forza vincolante<sup>635</sup>, non ribalta, ma ribadisce il carattere incerto, indiretto e contingente dell’attuazione delle misure e la limitata incisività degli effetti del controllo. In breve, se il controllo rivela le criticità, ma non le risolve, il controllo stesso rischia di diventare ineffettivo.

Pertanto, si può affermare che il processo di aggiornamento è incompleto perché, siccome l’originale pretesa era l’ampliamento del controllo attraverso l’introduzione di parametri oltre la tradizionale legalità-validità, la soluzione avrebbe dovuto includere la previsione di effetti incisivi, nel caso di rilevare alcuna deviazione, e non limitare l’esito allo stesso rilievo. Altrimenti, poiché la decisione è stata quella di attribuire effetti scarsamente incisivi, il risultato è che in pratica, tale come accade, la difformità dell’oggetto controllato in relazione con i parametri di gestione non può essere controllata e, in realtà, le situazioni critiche della gestione amministrativa vengono semplicemente valutate, monitorate, rilevate, rapportate, informate, comunicate, ecc., ma la loro soluzione viene affidata all’incerta attuazione di misure di correzione da parte di terzi estranei dal controllore. Pertanto, attualmente, se il parametro di gestione-effettività non può essere ricondotto a un requisito di legalità-validità, la possibilità di controllarlo è quasi nulla. I meccanismi di controllo non giurisdizionali non soddisfano la necessità giuridica di un controllo effettivo, non solo della validità, ma anche dell’efficacia. Dunque, affidare il controllo incisivo solo al giudice e

---

<sup>635</sup> Fra l’altro, e dopo che la giurisprudenza abbia abbandonato la tesi dell’obbligo di ottemperanza dei rilievi di illegittimità da parte delle amministrazioni, questa vincolo debole e collaborativo (del controllo esterno, in teoria più forte di quello interno) è percepita come il modello ideale, nel senso di scongiurare “il rischio di trasformare la Corte in un cogestore degli interessi pubblici, ed acclarata la funzione essenzialmente politica dell’atto di controllo”. A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 222 a 224.; V. Papa, *op.cit.*, p. 55 a 76.

solo ai parametri di validità trascura il fatto che *“el derecho no está sólo para enjuiciar negativamente ex post los resultados ineficaces, sino también para establecer de antemano los sistemas que conduzcan, normalmente, a una acción eficaz”*<sup>636</sup>. Senza l’attribuzione di effetti incisivi non si potrà mai controllare l’effettività dell’azione amministrativa, il che implicherebbe la perpetuazione di un modello di controllo palesemente contrario con due dei presupposti cardine dell’azione amministrativa, richiamati parecchie volte in quest’indagine, lo Stato di Diritto e la funzionalizzazione dell’attività amministrativa.

In effetti, ad oggi, da un canto, la prospettiva teorica presenta i controlli di gestione come meccanismi che estendono la portata del controllo, che coprono le lacune del controllo giurisdizionale e che cercano la garanzia dell’efficacia dell’azione amministrativa, ma, dall’altro canto, la prospettiva pratica mostra il contrario. Vale a dire, l’ambito del controllo dell’attività amministrativa non è stato esteso, solo la legalità-validità è ancora controllata e solo in apparenza vi è un controllo oltre questa, perché i controlli che usano parametri diversi sono privi di effetti e misure incisive, non possono garantire il rispetto dei parametri appositi e, invece, il suo scopo è limitato alla stimolazione di azioni di terzi, che rivela la natura incerta, indiretta e astratta dei loro effetti. In sintesi, gli attuali controlli non giurisdizionali (interni ed esterni), ad eccezione di quelli di legalità-validità, garantiscono la conoscenza e la divulgazione delle cause delle inefficienze dell’attività amministrativa, ma non garantiscono la loro soluzione. Ciò, inoltre, costituisce un nuovo invito a delimitare l’ambito del controllo amministrativo, al fine di attribuire detto appello ai meccanismi che condividano lo stesso comune denominatore, indipendentemente dal fatto che siano gli effetti incisivi (come proposto nell’indagine) o meno, in modo tale da escludere tutti quei meccanismi che mancano di quel nucleo minimo di identificazione.

Questa situazione -di aggiornamento incompleto- ha conseguenze di portata sistematica, che rivelano la fallacia o il mito della sottomissione del potere al diritto e del pieno controllo dell’attività amministrativa, il che esegue la riattivazione dei processi di aggiornamento. Altrimenti, non sarà possibile superare la lettura continuista del controllo fissato con la legalità-validità, che si credeva ormai in percorso di superamento<sup>637</sup>, però che invece ha irradiato o, meglio, inquinato l’intera disciplina dei “nuovi” controlli. Si può trattare d’un altro caso di avanzamento e innovazione inconcluse. L’introduzione dei controlli di gestione, indirizzati alla garanzia del risultato e dell’effettività, ancora deve percorrere un tratto del tragitto, in caso contrario, non arriverà mai al traguardo. Gli obiettivi che ad oggi adempie -raccolta e comunicazione delle criticità- certo che sono necessari, ma il controllo richiede di più. Esso non può essere indirizzato al miglioramento, effettività e correttezza dell’azione amministrativa e, al contempo, avere effetti limitati a rilevare e informare le criticità.

Quanto precede significa che i meccanismi di controllo hanno evoluto soltanto parzialmente, infatti, adesso possiedono delle capacità di analisi oltre l’adempimento o meno della

---

<sup>636</sup> J.A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General I...*cit., p. 72.

<sup>637</sup> “Malgrado l’esigenza di controlli nuovi fosse largamente avvertita, fino ai primi anni Novanta dello scorso secolo è prevalsa una lettura rigorosamente continuista rispetto all’ordinamento precedente delle norme costituzionali sui controlli (...) che privilegiavano ed, anzi, assolutizzavano il controllo preventivo di legittimità”. G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 1377.

legalità-validità, ma non sono in grado di controllare effettivamente oltre ad essa. Cioè, i controllori permettono di raccogliere informazione molto varia, complessa, riguardante non solo al rispetto di regole di validità, ma anche all'osservanza di parametri di effettività, di buon andamento, di correttezza dell'azione amministrativa. Nonostante, è paradossale che siano gli stessi fondamenti teorici e normativi la fonte di limitazione della portata dei controlli. L'enorme potenzialità delle risultanze dei controlli è, di gran lunga, sprecata perché esse solo in un numero ristretto di casi sono in grado di attuare le misure e, appunto, produrre effetti diretti, concreti e tempestive sulle criticità riscontrate. Pertanto, sono incapaci di garantire la consecuzione del risultato. L'affidamento pieno, e forse ingenuo, nello stimolo di correzione del controllato o nella reazione degli organi rappresentativi (legislatore o vertice di governo), derivata della teorica dialettica con l'opinione pubblica, implica lasciare l'attuazione e la verifica delle misure, necessarie per risolvere le criticità riscontrate, nel terreno delle incerta pressione elettorale, oltre di snaturare le finalità e il ruolo di complementarità del controllo non giurisdizionale, rispetto a quello giurisdizionale.

Insomma, il processo di aggiornamento intendeva di sostituire (integrare) il modello di controllo fissato con la legalità-validità con uno più completo, anche finalizzato a garantire l'effettività della gestione amministrativa. Da un lato, i parametri sono stati adeguati, al fine di ampliare l'ambito del controllo e renderlo in grado di analizzare elementi oltre la legalità-validità, dall'altro, gli effetti del controllo sono stati adeguati, al fine di rispettare l'autonomia decisionale delle amministrazioni e di ridurre l'incisività dei controlli tradizionali. Tuttavia, il risultato non è stato come previsto perché, in pratica, quando i parametri di efficacia sono "controllati", vengono soddisfatti altri scopi, ma non quei che si aspettano del controllo. Questa conclusione, oltre al supporto teorico presentato, può essere verificata analizzando i risultati concreti dei controlli non giurisdizionali.

## **2. La debole effettività dei meccanismi di controllo non giurisdizionale dell'attività amministrativa**

Se dagli anni 80 e 90', in entrambi gli ordinamenti studiati, vi era coincidenza in relazione della scarsa effettività dell'attività amministrativa e dei correlativi controlli, era logico che la soluzione fosse indirizzata al raggiungimento di livelli più alti e più soddisfacenti di quella. Tuttavia, come si è accennato, il percorso di aggiornamento è incompiuto perché il disegno normativo attribuisce poteri/competenze che non consentono di garantire l'effettività dell'azione amministrativa, ma solo di valutarla, misurarla e rivelarla<sup>638</sup>. In questo contesto, il percorso di aggiornamento sembrerebbe di non aver transitato stagioni di avanzamento complessivo e, piuttosto, appare soffermato nell'inverno della legalità<sup>639</sup>. Cioè, la possibilità di valutare e rilevare

---

<sup>638</sup> Al riguardo del controllo esterno della Corte dei Conti, che anche comprende il controllo dei meccanismi di controllo interno e il controllo degli enti locali, si afferma, come normale scenario, che "nessuna di tali forme di controllo ha mai avuto una diretta efficacia imperativa sulla condotta dei controllati". A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 180.

<sup>639</sup> La dottrina italiana spiega come l'efficienza, essendo sinonimo di buona amministrazione oppure di amministrazione effettiva, ha transitato un percorso simile a quella delle stagioni dell'anno solare, che ad oggi sembrerebbe di riportarla all'inverno in cui viene assorbita dalla legalità. R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza...cit.*, p. 423 a 434.

le fattispecie di ineffettività certo che costituisce un avanzamento molto importante, tuttavia l'inverno finirà solo quando, oltre alla valutazione e rivelazione, il controllo abbia l'incisività necessaria per garantirla.

Questo si evidenzia, sia dall'ottica dell'attività amministrativa sia da quella del suo controllo. Da tutte e due le prospettive risulta chiaro che la garanzia dell'effettività richiede molto più della valutazione e verifica dell'ineffettività: non basta con dichiarazioni di buona intenzione (dall'ottica dell'attività) e nemmeno con la valutazione e misurazione dell'ineffettività (dall'ottica del controllo. Non bastano le buone intenzioni di soddisfare le finalità e di raggiungere i risultati, anzi, le pubbliche amministrazioni ne sono responsabili e i controlli, a sua volta, dovrebbero garantire la sua osservanza<sup>640</sup>. Tuttavia, siccome l'aggiornamento teorico - normativo è incompiuto<sup>641</sup> l'effettività dell'azione amministrativa tende a ridursi e i meccanismi di controllo, intrappolati e inquinati dalla fissazione con la legalità-validità, rivelano la sua debole incisività o insufficiente forza stimolante: di tratta di una doppio livello di ineffettività, dell'attività e del suo controllo.

In questo punto interessa soffermarsi sulla debole effettività dei controlli non giurisdizionali, dimostrabile attraverso del fatto che la loro attuazione non riesce a stimolare processi consistenti e sistematici di autocorrezioni delle criticità di effettività e di gestione rilevate<sup>642</sup>. I controlli non giurisdizionali di gestione sono ineffettivi perché, in prassi, il raggiungimento dei suoi risultati e la soddisfazione delle sue finalità costituiscono traguardi eventuali e contingenti, che creano una aspettativa di incisività, non materializzata nella pratica. In concreto, la finalità collaborativa dei controlli non giurisdizionali che utilizzano parametri di gestione, materializzata in eventuali risultati di autocorrezione delle criticità ritrovate, non può essere garantita dal controllore e, invece, dipende di fattori estranei a esso e, di regola, metagiuridici (stimolo). Nel complesso, la debole potenzialità astratta degli effetti dei controlli non giurisdizionali di gestione (Capitolo I) aggiunta alla debole effettività concreta di questi stessi controlli (spiegata in seguito), svelano il carattere mistificato del controllo non giurisdizionale, e ribadiscono il monopolio del controllo giurisdizionale della legalità-validità.

---

<sup>640</sup> In tutti e due gli ordinamenti si ritiene che l'aggiornamento tendente a superare la fissazione con la legalità implichi, oltre la necessità di azione indirizzata all'effettività, il riconoscimento della responsabilità della pubblica amministrazione del conseguimento dei risultati. Si veda, M. Cammelli, «Amministrazione...»cit., p. 109.; R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza...cit.*, p. 338.; A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., pp. 60 e 61.

<sup>641</sup> Addirittura, allorché si distinguono le nozioni di legalità sostanziale e formale, il risultato pratico non cambia. La violazione di qualsiasi di esse ha come conseguenza (solo può essere controllata) attraverso dei meccanismi che permettono di contestare la validità, dalla quale si intende derivata l'effettività. Perciò, la garanzia della c.d. legalità sostanziale si intende derivare del rafforzamento della legalità processuale. Si veda, Marco Macchia, «Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto», Luisa Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 17 e 19.

<sup>642</sup> «*El tipo de informe gubernativo y administrativo imperante en la actualidad aporta poco como instrumento de control, en la medida en que dichos informes carecen de elementos que permitan articular una crítica institucionalizada*» E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 239.

Infatti, in entrambi gli ordinamenti studiati le risultanze dei controlli esterni di gestione<sup>643</sup>, secondo la sua natura collaborativa, sono destinate ad essere inviate ai “referenti”, al fine di comunicare un invito<sup>644</sup>. In questa logica vi sono due momenti determinanti al fine dell’emanazione dell’invito- referto, prima, la comunicazione degli esiti ai referenti, secondo, l’attività ulteriore del controllore al fine di verificare l’attuazione delle misure o dell’attenzione delle criticità. L’esistenza stessa di queste due tappe nel procedura di controllo determina, molto chiaramente, che questi meccanismi non possono essere effettivi da soli, piuttosto, l’effettiva garanzia di correzione degli scostamenti rilevati richiede l’intervento obbligatorio di terzi soggetti, “di qui il dubbio che i controlli di integrazione abbiano davvero insita una misura conclusiva o no si risolvano, invece, in mera consulenza all’attività di altri organi con poteri di decisione”<sup>645</sup>. Pertanto, giuridicamente e formalmente, si potrebbe ritenere che con l’invito sia stata compiuta la funzione e la finalità del controllo (infatti, gli amministrati solo possono eseguire questo), nonostante sia chiaro che una risulanza del genere non garantisce l’effettività del controllo o dell’oggetto controllato.

Tornando sui momenti determinanti dell’ineffettività dei controlli di gestione, in funzione del referto-invito (comunicazione e ulteriore seguimiento), occorre sottolineare che mentre nell’ordinamento italiano, come si è accennato prima, si prevede una tappa specifica di comunicazione delle “misure consequenzialmente adottate”, secondo il comma 6 dell’art. 3 della L. 20/1994, nel caso dell’ordinamento colombiano non si prevede una tappa analoga, forse perché si intende che l’esito del controllo comporta il rilievo di *hallazgos* di natura disciplinare, amministrativo e penale che, in logica collaborativa, implica l’attuazione di misure da parte di soggetti diversi dal controllore. Questo potrebbe segnare un’importante differenza in relazione con l’effettività del controllo, in favore del modello italiano, ma la prassi dimostra il contrario, infatti, questa tappa addizionale è solo quello, un passaggio formale che, alla fine, porta il controllo di gestione agli ambiti della responsabilità erariale, penale e disciplinare.

Pertanto, adesso non si tratta soltanto di dubbi in relazione della potenzialità degli effetti - come accadeva nel primo capitolo-, anzi, la disanima dei rapporti emanati dagli stessi controllori esterni, che comportano altrettanto l’analisi di funzionamento dei controlli interni, rivelano la debole effettività (oppure il rischio di ineffettività) dei controlli di gestione, la quale si rafforza dal fatto che le risultanze servono agli altri obiettivi di responsabilizzazione, trascurando per intero che da essi non si deriva alcun effetto diretto, concreto e certo sull’oggetto controllato. Di nuovo,

---

<sup>643</sup> Ai fini dell’indagine, è possibile rimandare ai c.d. controlli di integrazione, in cui sono inglobati tutti i controlli - interni ed esterni- su attività e gestioni “che hanno la finalità di garantire il rispetto di determinate coerenze da parte delle amministrazioni (con riguardo ai fini o a modi dell’attività amministrativa)”. Questa tipologia si mette accanto dei c.d. controlli di conformazione, il cui esito si rivolge all’efficacia giuridica dell’oggetto controllato e, pertanto, implica l’utilizzo di parametri di legalità-validità. G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 568 a 570.

<sup>644</sup> L’esito del controllo collaborativo è semplicemente “un invito a correggere o a riesaminare, un avviso circa possibili rischi di deviazione da regole di efficienza – efficacia – economicità, un’informazione circa determinati andamenti di finanza pubblica, e, poi, moniti, avvertenze, richiami e quant’altro occorra per mettere sull’avviso l’organo o gli organi cui spetta di assumere le misure necessarie a ripristinare le regolarità stabilite”. G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 1386.

<sup>645</sup> I controlli collaborativi rientrano nella tipologia italiana di controlli di integrazione, in questo senso “la correzione dell’attività per renderla conforme alla regola è, dunque, (...) indiretta nei controlli di integrazione, dove la misura è rimessa alla volontà o ai processi decisionali di altri soggetti” *Ibidem*, p. 1386 a 1387. L’impostazione normale e accettata dei controlli collaborativi è questa, a prescindere della consapevolezza del rischio di non effettività e la credenza nell’allineamento delle stelle per l’attuazione dei correttivi.



percorrendo cammini diversi, i controlli di gestione si rivelano, in entrambi gli ordinamenti giuridici, ineffettivi.

Nel caso italiano, si può prendere come esempio le delibere sugli esiti dell'attività di controllo, emanate dalla Sezione Centrale di Controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato della Corte dei Conti (come controllore esterno di gestione), in cui si realizza una diagnosi, appunto, dell'effettività del controllo attuato, attraverso di un confronto dei passaggi salienti delle conclusioni cui la Corte è pervenuta e i riscontri trasmessi dalle amministrazioni (secondo il comma 6, dell'art. 3 della L. 20/1994<sup>646</sup>). Le delibere permettono evidenziare che i controllori, sebbene a volte si conformino ai rilievi del controllore<sup>647</sup>, ciò dipende di fattori metagiuridici, di situazioni meramente eventuali e contingenti che, di nuovo, derivano dell'incerta forza stimolante dei rilievi (una situazione simile accade nel resto dei controlli di gestione attribuiti alla Corte dei Conti: gli enti locali, enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, nonché le amministrazioni universitarie).

Pertanto, non è possibile prevedere o garantire, in ogni esercizio, la funzionalità (utilità) degli esiti del controllo, nel senso che non si tratta di pretendere un rispetto incondizionato e vincolate delle risultanze, ma sì un maggior livello di incisività, che, da un lato, permetta la co-titolarità con il controllo giurisdizionale (ad oggi l'unico veramente incisivo) e, secondo, permetta materializzare il controllo pieno dell'effettività.

Infatti, nell'esercizio degli anni 2015, 2016, 2017<sup>648</sup> -non avendo ancora provenute le delibere del 2018- la Corte dei Conti ha sollevato che gli esiti dell'attività di controllo: i) non sempre hanno comportato una comunicazione tempestiva delle misure adottate o delle ragioni per cui il controllato ritiene di non ottemperare i rilievi<sup>649</sup>; ii) sono trascurati e ommessi poiché non viene adottata nessuna misura; iii) allorché vengono adottate misure, e siano sviluppate le "tavole di confronto", i controllati si limitano ad adempire in maniera formale<sup>650</sup> l'obbligo di comunicazione,

---

<sup>646</sup> Occorre sottolineare che solo dal 2005 i controllati hanno l'obbligo di comunicare le misure conseguenziali dentro in termine determinato di sei mesi. Infatti, "la formulazione originaria dell'art. 3 lasciava amplissima libertà sia nell'*an* che nel *quando* della risposta da darsi alla Corte. (...) il profilo temporale risulta essere stato temperato (solo) 11 anni dopo, nel 2005, con il comma 172 dell'art. 1, legge 23 dicembre 2005, n. 266". A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 231.

<sup>647</sup> Una disanima in relazione delle modalità di adeguamento da parte delle amministrazioni alle osservazioni formulate dalle sezione centrale di controllo sulla gestione si trova in: V. Papa, *op.cit.*, p. 55 a 72.

<sup>648</sup> Delibera n. 22/2016/G del 30 dicembre 2016, riferita agli esiti del controllo svolto nel 2015, Delibera n. 7/2018/G del 4 aprile 2018, riferita agli esiti del controllo svolto nel 2016, Delibera n. 3/2019/G del 1° marzo 2019, riferita agli esiti del controllo svolto nel 2017.

<sup>649</sup> Comunque, non "è stato risolto il problema delle conseguenze dell'omessa adozione delle misure idonee a ripristinare l'economicità, l'efficienza, l'efficacia dell'azione amministrativa pressa in esame; di tal guisa, pure l'introdotta termine di sei mesi assume i connotati non di un termine perentorio ma di un termine canzonatorio, potendo l'amministrazione superarlo praticamente *ad libitum* senza patire conseguenza alcuna (fatta salva (...) responsabilità penale per omissione di atti d'ufficio)". A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 231.

<sup>650</sup> Le relazioni della Corte di Conti permettono di evidenziare che sebbene l'obbligo di dare notizia delle misure conseguenzialmente adottate è soddisfatto, in gran parte dei casi, le misure sono astratte e in prospettiva futura, perché al momento della comunicazione non sono state implementate; inoltre, i casi in cui le misure hanno maggiore "efficacia" sono quelle di controllo politico, in cui il legislatore ha emanato alcune norme però, in ogni caso, è evidente che l'influenza diretta sull'attività controllata o sulla protezione dei diritti e degli interessi è minima e che i rapporti, addirittura il rapporto sulle misure, fano richiami per correttivi sul dipendente inadempito, ma non sugli scostamenti trovati. Come illustrazione si possono citare le deliberazioni, dalla Sezione Centrale di Controllo sulla Gestione delle Amministrazioni dello Stato, in cui si riportano gli esiti dell'attività di controllo anno dopo anno:

attraverso del riferimento astratto delle misure che attueranno, senza riferire le misure già attuate<sup>651</sup>, il che impedisce di valutare l'effettività o meno del controllo<sup>652</sup>.

Pertanto, nel modello italiano emergono altri due istituti come forme di attemperare la palese debole effettività (ineffettività) degli esiti dei controlli di gestione. Si tratta della comunicazione alla opinione pubblica e dei meccanismi di responsabilità<sup>653</sup> (erariale, disciplinare e penale). Il primo intende di favorire una sorta di controllo diffuso da parte dei cittadini<sup>654</sup> ma, dopo di quanto accennato prima, è chiaro che attraverso della informazione, alla non sempre interessata<sup>655</sup> opinione

---

a. Deliberazione n. 4/2018/G, 4 aprile 2018, sugli esiti del 2016: la Corte, prima, rileva che il controllo ha come scopo prevalente rapportare al Parlamento e, pertanto, “questo referto assolve al compito di offrire, in primis al Parlamento, una visione d’insieme delle iniziative e dei comportamenti correttivi posti in essere dalle amministrazioni in esito alle indagini concluse nel 2016 dalla Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato”, il che evidenzia la scarsa forza e portata del controllo. Questa logica potrebbe spiegare che le misure non siano attuati dai controllati o che le comunicazioni siano solo una formalità, come evidenziato dalla Corte: “il referto si sofferma, poi, sulle fattispecie in cui gli uffici interessati non hanno trasmesso la comunicazione prevista dalla l. n. 20/1994 o hanno solo formalmente ottemperato all’obbligo imposto dal legislatore. Nello stesso contesto, si dà atto del silenzio che le amministrazioni risultate “inadempienti” nel corso del precedente referto, hanno seguito a mantenere, nonostante l’azione che la Presidenza del Consiglio dei ministri, nelle sue funzioni di coordinamento e direzione delle attività dei ministri, ha intrapreso nei loro confronti, su *input* della Corte”.

b. Deliberazione n. 22/2016/G, 30 dicembre 2016, sugli esiti del 2015: la Corte afferma che il controllo svolto ha permesso “adottare misure di carattere organizzativo, che, una volta attuate, dovrebbero consentire di orientare in modo corretto il successivo svolgimento dell’azione amministrativa (...) avviare le attività necessarie a superare le situazioni di inefficienza fatte emergere dall’istruttoria”. E sebbene il legislatore ha emanato alcune norme “– condividendo le indicazioni provenienti dalla Corte, o, comunque, in coerenza con esse – hanno previsto significativi mutamenti normativi diretti a superare le disfunzioni rilevate”, i casi di auto-correzione falliscono per l’ommissa adozione delle misure, quindi “La relazione, infine, si sofferma sulle fattispecie in cui le amministrazioni non hanno tenuto nel debito conto, non solo, e non tanto, le osservazioni della Corte, quanto piuttosto, le stesse disposizioni legislative che hanno disciplinato le procedure da seguire, in caso di dissenso con i rilievi dalla stessa formulati. Al fine di rendere effettivo il circuito di positiva interazione tra amministrazioni e autorità di controllo, la Corte chiama in causa la Presidenza del Consiglio dei ministri, nelle sue funzioni di coordinamento e direzione delle attività dei ministri, invitandola a responsabilizzare le amministrazioni statali a dare concreta attuazione al sistema previsto dal legislatore”.

<sup>651</sup> Se il bicchiere si vede mezzo pieno, la debole, incerta, eventuale e astratta effettività dei controlli, materializzata nelle situazioni in cui le osservazioni della Corte dei Conti vengono accolte dai controllati, può essere presentata come una chiara prova del tendenziale stimolo positivo e, pertanto, effettività dei controlli. Si veda, V. Papa, *op.cit.*, p. 72 a 76.

<sup>652</sup> “Rispetto a complesse gestioni prese in esame dalla Corte dei Conti, il termine di sei mesi potrebbe realisticamente non essere sufficiente a ripristinare una gestione efficiente, efficace ed economica (...) anzi, per gestioni e criticità complesse, solo se fosse inadeguata potrebbe fornirsi una risposta risolutiva entro 6 mesi”. A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 232.

<sup>653</sup> “Lo svolgimento del giudizio di conto è stato definito come conseguenza di un dovere dei soggetti che esercitano una funzione pubblica o u0’attività di rilevanza pubblica che implichi l’utilizzo di risorse finanziarie, non essendo sufficiente il (solo) controllo amministrativo a garantire l’interesse generale”. Daniele Senzani, «Il giudizio di conto tra controllo e processo», Franco Mastragostino, Salvatore Pilato (a cura di), *La giustizia contabile: dal regolamento di procedura al nuovo codice*, Bologna, Bononia University Press, 2017, p. 336.

<sup>654</sup> Di recente la dottrina si ha chiesto se la introduzione del c.d. controllo diffuso sociale e la sua interazione con il controllo svolto dalla Corte dei Conti costituisce un nuovo modello di controllo. Si veda. S. Siragusa, G. Pizziconi, *op.cit.*, p. 332 a 346.

<sup>655</sup> Opinione pubblica che si è caratterizzata dallo scarso interesse negli esiti dei controlli non giurisdizionali. Situazione che difficilmente cambierà se le relazioni continuano ad essere rivolte, principalmente, ai referenti classici (assemblee elettive, vertice esecutivo e controllato), essendo impostate in modo tecnico e poco accessibile per i soggetti non coinvolti.

pubblica<sup>656</sup>, sulla cattiva gestione e della aspettativa dei buoni uffici dei referenti, non si garantirebbe l'effettività del controllo, nel senso di produrre effetti diretti, concreti e certi. Pertanto, in questo scenario, l'attuazione delle misure si affida alla volontà del controllato, che non vorrà riconoscere di aver sbagliato, del legislatore o del vertice esecutivo, che non sempre avranno volontà politica per introdurre i correttivi<sup>657</sup>.

A sua volta, il secondo cerca di garantire l'effettività dei controlli attraverso del suo collegamento con i regimi disciplinari e con la responsabilità erariale e penale. In concreto, l'esiti dei controlli diventano strumenti (provatori) rivolti alla verifica e decisioni in ognuno di questi ambiti. Infatti, se i controllati non comunicano le misure entro il termine, le comunicano ma non le adottano, o semplicemente non le adottano la conseguenza giuridica (effetto incisivo) non si manifesta sull'oggetto controllato, ma eventualmente sul dipendente incompiuto, secondo il caso, attraverso la comunicazione all'organo di direzione (vertice), dei procedimenti disciplinari, penali, di responsabilità erariale, ecc.<sup>658</sup>. Tuttavia, questi regimi di responsabilità rivolti al funzionario responsabile della *mala gestio*<sup>659</sup>, in prassi, non producono alcun effetto incisivo sull'oggetto controllato<sup>660</sup>.

Inoltre, occorre sottolineare che le delibere riferite -conclusione estendibile anche al resto delle delibere di controllo- mettono in luce, sin dal regime normativo, due grossi problemi che indeboliscono ancor più la possibilità di effettività del controllo: prima, la diagnosi viene effettuata in periodi di tempo irregolari, senza alcuna logica sistematica di periodicità, secondo, l'analisi dell'effettività dei controlli non si deriva di un'indagine autonomo e proprio fatto dal controllore,

---

<sup>656</sup> Perché l'unico strumento che ne ha la Corte, consapevole dello scarso effetto, tranne il politico, degli esiti del suo controllo, ha adottato la strategia "di ampliare la sfera dei destinatari dei propri rilievi in modo tale da creare un'attenzione generale sui problemi e le criticità sollevati con le proprie indagini". A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 191.

<sup>657</sup> "Emerge chiaramente come il disinteresse politico, soprattutto delle minoranze assembleari, incida negativamente sulla capacità di valorizzare le risultanze del controllo della Corte ed esercitare il sindacato verso l'attività del Governo cui comunque l'intera attività amministrativa è riconducibile, così impedendo l'attivazione del virtuoso circuito di *accountability* di ciascun livello di governo" Cfr. *Ibidem.*, p. 213.

<sup>658</sup> È abituale ritenere che l'assenza di attuazione delle misure del controllo non genera alcun effetto sull'oggetto controllata, ma eventualmente sul dipendente incompiuto. Ciò significa che il rapporto è un fine in sé stesso perché resta lettera morta al rispetto dell'attività controllata. "Il circolo si chiude, infine, con la comunicazione alla Corte delle misure autocorrettive programmate o attuate ovvero degli esiti del riesame che, se non conformi a legge, costituiranno oggetto di informativa agli organi di direzione. Si tratta, pertanto, di misure che non implicano effetti paralizzanti o repressivi di atti o attività, né comportano sanzioni a carico del dirigente responsabile della *mala gestio*, ma, al più, valutazioni negative incidenti sulla prosecuzione del rapporto, secondo gli schemi della nuova responsabilità dirigenziale, a meno che non si riscontrino elementi che evidenzino uno spreco ingiustificato di danaro pubblico imputabile a dolo o colpa grave del dirigente, idonei a fondare un giudizio di responsabilità innanzi alla stessa Corte dei Conti in sede giurisdizionale". Rocco Galli, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2016, p. 919.

<sup>659</sup> "Lo stretto rapporto tra mancato rispetto dei criteri di economicità e di efficienza e danno prodotto all'amministrazione di appartenenza da parte dell'agente pubblico, danno che può determinare una precisa responsabilità contabile di quest'ultimo. Ciò è evidente, ad esempio, a proposito del principio del pareggio del bilancio". Giuseppe Piperata, «Corte dei Conti e riforma della pubblica amministrazione italiana», Franco Mastragostino, Salvatore Pilato (a cura di), *Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione*, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 17.

<sup>660</sup> "Anche gli effetti dei controlli sulla gestione non hanno alcun effetto giuridico diretto sugli atti e sull'attività sottoposta a controllo, ciò che è dimostrato *a contrario* dalla non impugnabilità giurisdizionale degli atti. Tali controlli, anche denominati di integrazione, (...) si concludono con relazioni contenenti valutazioni". A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 212.

ma da un confronto fra il rilievi e le comunicazioni inviate dai controllati, il che restringe fortemente il margine di analisi a ciò che questi ultimi hanno deciso o meno di realizzare.

Nel caso colombiano, si ricorda, il percorso arriva allo stesso traguardo di debole effettività, ma il cammino si differenzia da un piccolo fatto: non si prevede un obbligo legale di comunicare le misure consequenzialmente adottate. Piuttosto, ai sensi delle previsioni costituzionali (commi 1, 2, 4 e 11 dell'art. 268) e del correlativo sviluppo legale (L. 42/1993 e D.I. 267/2000) la *Contraloría General de la República* ha determinato che i controllori devono presentare, come risposta agli esiti dei controlli di gestione, un *plan de mejoramiento* oppure un *informe anual consolidado*<sup>661</sup>, a seconda del momento in cui devono essere presentati. La particolarità risiede nel fatto che i controllori non comunicano le misure correttive adottate, ma i piani delle misure a adottare, il che potrebbe essere più realistico se si pensa alla difficoltà tempistica di correggere le criticità in un periodo corto di tempo.

Tuttavia, la disciplina in vigore comporta anche pesanti problemi di ineffettività, nel senso che l'interazione fra controllato e controllore conduce all'emanazione di un rilievo, che detiene la medesima natura collaborativa dei rapporti italiani, in cui il controllore trasmette "*un dictamen, opinión de estados contables o concepto sobre la gestión, que conlleve al fenecimiento o no de la cuenta*", ai sensi della R. 7350/2013. L'esito negativo o positivo implica, come la medesima risoluzione determina, conseguenze dirette, concrete e certe, solo in relazione di chiusura dei conti del bilancio ed eventualmente effetti di tipo sanzionatorio, penale, disciplinare e di responsabilità erariale. Pertanto, come accennato, gli effetti sull'oggetto controllato si producono solo in forma indiretta, astratta e incerta, affidandosi allo stimolo correttivo generato nel legislatore, nel vertice esecutivo o nel controllato.

---

<sup>661</sup> Ad oggi, la tipologia delle comunicazioni che devono presentare i controllati si trovano nella *Resolución 7350/2013*. Occorre segnalare che si prevedono altre tipi di comunicazioni, a seconda della materia o del controllato. Tuttavia, le due forme segnalate rappresentano le più importanti in relazione degli effetti che producono i controlli. Il *plan de mejoramiento* è "*la información que contiene el conjunto de las acciones correctivas y/o preventivas que debe adelantar un sujeto de control fiscal en un período determinado, para dar cumplimiento a la obligación de subsanar y corregir las causas administrativas que dieron origen a los hallazgos identificados por la Contraloría General de la República, como resultado del ejercicio del proceso auditor*"; mentre l'*informe anual consolidado* è "*la información que deben presentar las entidades y los particulares sujetos de control del orden nacional sobre la administración, manejo y rendimiento de fondos, bienes o recursos públicos, por una vigencia fiscal determinada*".

Dunque, nel caso colombiano, l'esito del controllo della gestione fiscale, in tutte le tipologie<sup>662</sup> e sistemi di controllo<sup>663</sup>, è un referto o rapporto<sup>664</sup>, indirizzato al *Congreso de la República* con lo scopo di verificare la corretta gestione delle risorse pubbliche<sup>665</sup>, senza generare un effetto incisivo sulla gestione controllata perché i suoi esiti non implicano effetti né obbligatori né vincolanti per il concomitante o l'ulteriore adeguamento della gestione fiscale, per il miglioramento ulteriore delle attività svolte o per la realizzazione delle loro finalità; in somma, per garantire l'effettività. Ciò può dimostrarsi le delibere sugli esiti dell'attività di controllo<sup>666</sup>. E,

---

<sup>662</sup> Nei differenti livelli di controllo della gestione fiscale, livello *micro* e macro, al senso degli art. 31 y 32 del D.I. 267/2000; nei settori specifici in cui agiscono le *Contralorías Delegadas Sectoriales*, al senso del art. 51 del D.I. 267/2000: "Agropecuaria; Minas y Energía; Social; Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional; Gestión Pública e Instituciones Financieras; Defensa, Justicia y Seguridad, y Medio Ambiente" e, in genere, i referti costituzionali indirizzati al *Congreso de la República*, al senso dei commi 7 e 11 dell'art. 268 della C.P.c.

In tutte le tipologie il risultato è un referto, il che non ha nessun effetto sulla soddisfazione delle finalità della gestione fiscale controllata: "El resultado final del control fiscal micro queda registrado en un informe de auditoría que se comunica a la entidad auditada y que puede ser consultado por la opinión pública. Como resultado de las auditorías, las entidades deben elaborar un Plan de Mejoramiento que contenga las acciones correctivas para subsanar las observaciones formuladas por la Contraloría General de la República. Los hallazgos con incidencia fiscal, disciplinaria o penal se ponen en conocimiento de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, la Procuraduría y la Fiscalía, respectivamente". Jairo Gómez Buitrago, *Gerencia pública y control fiscal*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017, p. 141.

<sup>663</sup> Secondo l'art. 9 della L. 42/1993 i sistemi di controllo fiscale sono "...el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno", fatte salve la possibilità di "otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial".

<sup>664</sup> Nella maggior parte dei casi i rapporti sono studi settoriali, al senso delle funzioni attribuite alle *Contralorías Delegadas* dall'art. 53 del D.I. 267/2000.

<sup>665</sup> "...la jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que "el cometido central de la Contraloría es el de verificar el correcto cumplimiento de los deberes asignados a los servidores públicos y a las personas de derecho privado que manejan o administran recursos o fondos públicos, en el ejercicio de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas" Cfr. C.C.c. S. SU-431 di 2015.

<sup>666</sup> Come attualmente accade, ad esempio, si possono citare solo come illustrazione due casi in cui la *Contraloría General de la Nación* ha rilevato, informato, rapportato e provato la *mala gestión* delle risorse pubbliche, tuttavia, i risultati delle sue indagini non generano nessun effetto sulla tutela degli amministrati o sulla buona gestione (efficiente, efficace ed economica) delle risorse:

a. Nello scandaloso caso della raffineria di Cartagena (REFICAR), qualificato come "el mayor detrimento patrimonial del Estado en toda su historia", i risultati hanno avuto effetti, certamente scarsi, in relazione alla responsabilità fiscale, ma effetti nulli in relazione con il miglioramento della gestione fiscale. Così, nonostante il principale problema fiscale fosse il costo eccessivo nella costruzione della raffineria, già nella fase operativa si rivelò, attraverso del comunicato stampa n. 84 di 2018, che la "Contraloría General imputó responsabilidad fiscal por la pérdida de más de 2.400 millones de dólares en las inversiones realizadas para modernizar la Refinería" e, attraverso il comunicato stampa n. 92 di 2018, si ribadisce lo spreco delle risorse pubbliche nella gestione fiscale rilevato nel "informe auditoría financiera reficar – vigencia 2017". Infatti, si afferma che "Frente al comunicado de prensa de Reficar mediante el cual rechaza la opinión negativa sobre los estados financieros que emitió la Contraloría General de la República, este organismo de control ratificó los resultados plasmados en el informe de la auditoría financiera a la vigencia 2017, realizado en el primer semestre de 2018 (...) La forma más elemental de medir la productividad de una empresa es a través del margen bruto, el cual compara las ventas con el costo de las mismas. El resultado de este indicador es negativo para Reficar en los últimos años, incluyendo el 2017, en donde se pierden \$52,838 millones (...) En el ejercicio auditor, se pudo evidenciar que los indicadores financieros de Reficar, no cumplen con las proyecciones

quindi, le risultanze del controllo, in modo residuale, deviano il suo traguardo, diventano ineffettivi in relazione delle finalità e dei risultati prefissati e, al massimo, si trasformano in strumenti provatori dei procedimenti di responsabilità fiscale (erariale), dei procedimenti disciplinari o i processi penali. In questo punto il ruolo di controllore del *Ministerio Público* è altrettanto ineffettivo. Infatti, le risultanze dell'attività della *Procuraduría General de la Nación* hanno fini meramente informativi<sup>667</sup> (rendicontazione) e processi di miglioramento volontario in base alle raccomandazioni, delle future attività svolte dal soggetto controllato, senza alcun effetto incisivo sull'oggetto controllato<sup>668</sup>. Se "l'invito" è inosservato le conseguenze si spostano verso i regimi di responsabilità e sanzionatori dei dipendenti pubblici. Pertanto, gli amministrati debbono avviare i meccanismi di controllo giurisdizionale, che risente delle limitazioni e lacune ormai già rilevate.

---

*estimadas y presentadas a los bancos para el trámite de los créditos con la banca internacional en donde se suponía que el proyecto generaría utilidades suficientes para cubrir la deuda y generar utilidades para sus dueños, aunque los mismos, comparativamente experimentaron una mejora frente a los años anteriores. (...) Con los flujos de caja generados por la operación hasta el 2017, y al menos hasta el 2021, Reficar no podía cumplir con sus compromisos financieros, razón por la cual Ecopetrol se vio en la necesidad de asumir la deuda con los bancos internacionales"* Tutto ciò è informazione (rendicontazione) di grande valore, ineffetti, si sono rivelati gli scostamenti nella gestione, ma i rapporti non hanno un effetto diretto sulla *mala gestión* scoperta. Si veda: <https://noticias.caracol.com/colombia/reficar-es-el-mayor-detrimento-patrimonial-del-estado-en-toda-su-historia-contraloria-ie11269> ; <https://www.contraloria.gov.co/web/guest/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa>

b. Nel caso della Scuola Superiore di Pubblica Amministrazione (ESAP) nella città di Santa Marta, la *Contraloría* rilevò, attraverso comunicato stampa 115 di 2018, che l'infrastruttura "*tendría que ser demolido para volverse a construir, y por lo tanto pagarse de nuevo, sin que existan los recursos para tal fin (...)* Así lo advirtió el *Contralor General de la República, quien el pasado 19 de julio trasladó al Procurador General de la Nación, Fernando Carrillo Flórez, las pruebas que obran en el proceso de responsabilidad que, en cuantía de \$4.521 millones, se adelanta por parte del organismo de control por este increíble caso de despilfarro de recursos públicos (...)* Las graves falencias que presenta la estructura ante el evidente incumplimiento de las normas de sismo resistencia, y que incluso pondrían en riesgo la vida de los posibles usuarios, han llevado a que la deficiente construcción que hoy se levanta en Santa Marta, no preste ninguna utilidad pública y mucho menos servicio alguno a la comunidad, representando un verdadero monumento a las obras inconclusas e inservibles" Di nuovo, il lavoro della *Contraloría* è molto utile per rivelare gli scostamenti ma, alla fine, i suoi effetti non si irradiano sull'attività amministrativa controllata, ma solo sul recupero di recuross (responsabilità fiscale) lasciando incompiuto lo scopo dell'attività e la tutela degli diritti e interessi degli amministrati. Si veda: <https://www.contraloria.gov.co/web/guest/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa>

<sup>667</sup> Si afferma che lo scopo è generare il *valor agregado* della informazione. Si veda: Modelo de Gestión de la Función Preventiva de la Procuraduría General de la Nación. Conceptualización, p. 9, 20, 29. Come se l'informazione da sola potesse rendere più efficiente, efficace ed economica l'attività amministrativa. [https://www.procuraduria.gov.co/sipre/media/file/Publicaciones/1/modelo\\_de\\_gestion\\_preventiva\\_conceptualizacion.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/sipre/media/file/Publicaciones/1/modelo_de_gestion_preventiva_conceptualizacion.pdf)

<sup>668</sup> Oltre che sfortunato, è chiaro e palese che i rapporti della *Procuraduría General de la Nación* sono ritenuti dallo stesso ente come mere invitazioni, che cercano l'accettazione sociale, perché "*finalmente el funcionario titular, por elección o designación, es quien decide lo que se debe hacer para un desafío determinado, y lo hace de acuerdo a la ley, pero también conforme a su ideología, partido político, manera de ver el mundo, equipo de asesores*". Addirittura, si considera che i livelli basi di efficacia sono normali e che il ruolo della *Procuraduría* è solo evidenziali, quindi, "*el fracaso de una política pública no es la prueba de su ineficacia intrínseca, sino indicio de ello, que debe ser comprobado, antes de instar al cambio de una política específica. De otro modo se caería en la "fracasomanía", y ello le quitaría fuerza a la función preventiva, en un país en el cual las presiones medioambientales y sociales hacen que la acción estatal genere normalmente unos resultados inferiores a los esperados*". *Procuraduría General de la Nación, Banco Interamericano de Desarrollo, Sistema Integral de prevención. La función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2007, pp. 70 e 71.*

Alla stregua del modello italiano, la debole effettività si cerca di attemperare attraverso del coinvolgimento della opinione pubblica e dei meccanismi di responsabilità (erariale, disciplinare e penale). Infatti, il controllo di gestione fiscale si concepisce strettamente legato coi procedimenti di responsabilità fiscale, come se questi ultimi fossero la finalità del primo<sup>669</sup> e come strumento di rendicontazione, di trasparenza e di informazione ai cittadini al riguardo dell'uso, di solito cattivo, delle risorse pubbliche, il che non contribuisce all'effettività della gestione fiscale o alla soddisfazione dei fine dello Stato collegati a quella gestione fiscale<sup>670</sup>. In Colombia, le finalità collegate ai regimi di responsabilità e di sanzione, che dovrebbero essere consequenziali al controllo effettivo dell'effettività, hanno assorbito l'intero spettro del controllo di gestione fiscale<sup>671</sup>. L'esito del controllo non si rivolte alla garanzia del risultato, trascurando l'obbligo costituzionale dell'art. 119, ma costituisce lo scenario di raccolta probatoria senza produrre gli effetti previsti perché non riesce a "*procurar el buen uso de los recursos y bienes públicos (...) contribuir a la modernización del Estado, mediante acciones de mejoramiento continuo en las distintas entidades públicas sujetas a su control*"<sup>672</sup>.

Cioè, il controllo fiscale diventa un insieme di buoni uffici e buoni intenzioni, dipendenti di fattori esterni (volontà dei controllati o del legislatore), che non è in grado di raggiungere le finalità previste, per cui diventa ineffettivo. Addirittura, in pochi casi si riesce a recuperare le risorse pubbliche nei procedimenti di responsabilità fiscale<sup>673</sup> e, se si riuscisse a ricuperarle tutte, ciò non implicherebbe alcun effetto sulla soddisfazione delle finalità previste per la gestione fiscale

---

<sup>669</sup> "El control fiscal, posterior y selectivo, está llamado a desarrollarse en dos momentos. En un primer momento, las contralorías llevan a cabo la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías sobre los sujetos sometidos al control selectivo, procediendo después a formular las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, e incluso, las glosas que se deriven del estudio de los actos de gestión fiscal controlados. Si como resultado de esa labor de vigilancia, en forma inmediata o posterior, surgen elementos de juicio de los cuales se pueda inferir posibles acciones u omisiones eventualmente constitutivas de un daño al patrimonio económico del Estado, procede el segundo momento en el ejercicio del control fiscal: la iniciación, trámite y conclusión del proceso de responsabilidad fiscal" Cfr. C.C.c. S. C-382 di 2008 e nello stesso senso S. C-338 di 2014 e C-648 di 2002.

<sup>670</sup> Come si può concludere dalla relazione annuale al Legislativo e al Presidente (*Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República*) fatta dal *Contralor General de la República*, che rivela tutti i risultati fiscali e le risorse pubbliche che sono stati recuperati attraverso processi di responsabilità fiscale; tuttavia, nessun effetto è evidenziato in relazione al controllo (miglioramento) dei risultati della somministrazione, come richiesto dall'articolo 119 della C.P.c. Si veda: <https://www.contraloria.gov.co/resultados/informes/informes-constitucionales>

<sup>671</sup> La mancanza o scarsa effettività dei controlli esterni di gestione ha portato alla dottrina italiana a chiedersi se l'accertamento della responsabilità amministrativa possa essere ritenuto come l'esito del controllo gestionale. Si veda, A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 280 a 290.

<sup>672</sup> J. Gómez Buitrago, *op.cit.*, p. 132.; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, p. 191 a 220.

<sup>673</sup> Come illustrazione, è sufficiente analizzare i rapporti annuali di rapporti annuali che annualmente il *Contralor* invia al legislatore, in cui la scoperta di *mala gestio* fiscale (*hallazgos fiscales*), derivata del controllo, sono sempre molto maggiori della quantità di risorse pubbliche recuperate, con l'avvio di procedimenti di responsabilità fiscale. Ad esempio, solo nel primo semestre del 2018 ci furono ritrovamenti di \$ 1.360.000.000 (moneta colombiana), più o meno equivalenti a € 382.000, però da giugno 2017 a maggio 2018 solo ci furono recuperati \$ 128.000.000 (moneta colombiana), più o meno equivalenti a € 37.000. Si veda: *Informe de gestión 2017 – 2018, síntesis 2014 -2018*, p. 167 a 169. <https://www.contraloria.gov.co/web/guest/resultados/informes/informes-constitucionales>



controllata<sup>674</sup>. Dunque, il controllo sulla gestione fiscale, dal suo stesso oggetto, si limita al controllo delle risorse pubbliche, il che implica che il suo impatto nella soddisfazione dei fine delle attività amministrativo può generarsi solo nell'ambito fiscale, cioè, l'aspettativa massima sarebbe il buon uso delle risorse, il che non è poco, ma non significa il raggiungimento delle finalità amministrative.

Nonostante gli esti dei controlli esterni di gestione comportino anche la disanima dell'effettività dei controlli interni e, in modo logico, sia possibile concludere che se i primi sono debolmente effettivi i secondi, di conseguenza, anche lo sono, si considera opportuno realizzare un commento specifico che ribadisce la sua ineffettiva<sup>675</sup>. Sebbene la dottrina italiana consideri che l'assetto odierno dei controlli interni sia riuscito a scavalcare le problematiche che, prima, portavano a trascurare la sua utilità, importanza e sfruttamento<sup>676</sup>, la prassi dimostra il contrario.

---

<sup>674</sup> Un caso emblematico di cattiva gestione amministrativa è la costruzione dell'idroelettrica Pescadero - Ituango, situata nel nord-ovest del dipartimento di Antioquia - Colombia e in cui è stato intervenuto il fiume Cauca. Dopo dei grossi problemi per il crollo di uno dei tunnel di deviazione del fiume Cauca, probabilmente attribuibile a faglie geologiche da tempo conosciute, e la successiva inondazione volontaria della sala macchine, il che ha messo in pericolo l'intero progetto e causò gravi danni ai villaggi circostanti, la *Contraloría* ha pubblicato un rapporto, in agosto 2018, (*Informe auditoría de cumplimiento – gestión de las autoridades ambientales en el proceso de licenciamiento proyecto hidroeléctrico Ituango*) in cui attribuisce responsabilità all'ANLA (*Autoridad Nacional de Licencias Ambientales*) per la *mala gestión* delle licenze ambientali, in concreto, ci furono trovati 35 casi di *mala gestión* fiscale, di cui 29 hanno effetti disciplinari e 9 penale, inoltre, si afferma che *“El Ministerio de Ambiente expidió la licencia ambiental del proyecto a sabiendas de que el lugar presentaba cantidad de fallas geológicas ampliamente conocidas y registros de derrumbes frecuentes (...) Los procesos sancionatorios abiertos por la ANLA, desde hace 8 años, no han sido fallados, por inactividad procesal (...) Daños sociales y ambientales incalculables por desastre del Proyecto Hidroeléctrico de Ituango, ocasionados por graves errores en la expedición y modificaciones de la licencia ambiental y reiterados incumplimientos por parte de EPM (...) En el desarrollo de la construcción, EPM ocultó información a la autoridad ambiental y avanzó obras sin la licencia requerida”* Si veda: <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1134239/Informe+Auditoria+ITUANGO.pdf/239ac985-f378-4eda-8cbc-e3129d87a66c?version=1.0>

Sebbene l'ANLA abbia partecipato al processo di raccolta di informazioni per la preparazione del rapporto citato, ha pubblicato un comunicato stampa in cui, senza soffermarsi sulla questione veramente importante del possibile fallimento del progetto, assume un atteggiamento difensivo e afferma che la licenza fu rilasciata dal *Ministerio del Medio Ambiente*, come se nell'esercizio di funzioni pubbliche avesse una soluzione di continuità, che spaccasse la responsabilità di enti o organi che ereditano (assumono) funzioni di altre enti. Inoltre, l'ANLA dimentica che la licenza originale fu modificata con la sua approvazione 12 volte, e il rapporto citato stabilisce che non c'erano abbastanza supporti tecnici per approvare le modifiche. Si veda, <http://www.anla.gov.co/Noticias-ANLA/comunicado-prensa-crisis-hituango>

Ciò che si vuole sottolineare è che se il rapporto dovesse avere qualche effetto disciplinare o penale, la realtà è che questo non raggiungerebbe le finalità perseguiti con l'attività specifica di costruzione dell'idroelettrica, cioè, la sufficienza energetica (elettrica) del paese nel prossimo decennio (oggettivo dell'idroelettrica) e, pertanto, non si raggiungerebbero gli scopi previsti per l'attività amministrativa né gli scopi del controllo, poiché il controllore (*Contraloría*) si sarebbe limitato a riferire e informare che i risultati non sono stati raggiunti, senza contribuire effettivamente alla sua realizzazione.

<sup>675</sup> Ad esempio, al riguardo dei controlli interni di tipo contenzioso (ricorsi amministrativi) *“se ha extendido la idea de que se han demostrados ineficaces como mecanismos de corrección de la actividad administrativa y de compensación de los ciudadanos afectados por actuaciones administrativas contrarias al ordenamiento jurídico. (...) Pero es que, además, también se han demostrado ineficaces como filtro de los conflictos jurídicos que llegan a las instancias judiciales”*. M. Domínguez Marín, *op.cit.*, p. 93.

<sup>676</sup> Cfr. A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 22 a 64.; Sebastiano Licciardello, «La formazione del sistema di diritto amministrativo», Stefano Cognetti, et al. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 570 a 582.



Anzi, la medesima dottrina mette in evidenza che la principale debolezza dei controlli interni sia la sua scarsa efficacia<sup>677</sup>, proprio per l'assenza di produzione di effetti concreti e tangibili. Altrettanto accade in relazione dei controlli interni in Colombia, in cui alcune analisi empiriche, attraverso metodologie statistiche, hanno dimostrato che essi non sono in grado di fornire alcun supporto determinante e incisivo alle amministrazioni per la soddisfazione effettiva dei suoi fini<sup>678</sup>.

Tale come emerge dalle referenze realizzate, risulta palese che in entrambi gli ordinamenti studiati le finalità e i risultati dei controlli di gestione - effettività non vengono soddisfatti, ciò determina l'ineffettività dei controlli, incapaci di garantire il rispetto dei parametri di effettività dell'azione amministrativa. Si tratta di una fattispecie di doppia ineffettività dell'attività amministrativa, di doppia violazione del suo carattere funzionale, che sembra uno scioglilingua: se il controllo è ineffettivo perché non garantisce l'effettività dell'attività amministrativa, quest'ultima, allorché l'esito del controllo sia negativo, sarebbe altresì condannata all'ineffettività.

Insomma, il controllo di gestione - effettività si rivela, anche in pratica, debolmente effettivo, diventando un insieme di informazione retorica, senza alcun effetto incisivo sull'oggetto controllato. Alla fine, tale come si è accennato, sembra che solo i parametri di legalità-validità siano giuridicamente rilevanti, perciò, risulta pertinente passare ad analizzare come è stata ancorata una fallace dicotomia/dilemma fra i parametri di legalità-validità e quelli di effettività, che sembrerebbe ignorare la natura giuridica di quest'ultima e, di conseguenza, impedisce il rafforzamento dell'incisività dei controlli che la riguardano.

### **3. Principio di giuridicità e controllo dell'effettività: dilemma/dicotomia pragmatica fra legalità ed effettività dell'attività amministrativa**

Vi sono parecchie argomenti che forniscono fondamento alla decisione di attribuire una incisività debole alle risultanze dei controlli di gestione, una delle più significativi è forse la natura giuridica dei parametri di effettività, che tradizionalmente furono ritenuti oltre la legalità<sup>679</sup>, in virtù della dogmatica dicotomia/dilemma fra validità ed effettività<sup>680</sup>. In questo senso, era logico che nel

---

<sup>677</sup> Cfr. A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 22.

<sup>678</sup> "Los controles implementados para la mitigación de los riesgos identificados al interior de las entidades no están cumpliendo su función. Eso significa que dichas entidades no están comprometidas con el logro del cumplimiento de sus fines (...) y deja entrever que los sistemas de control interno han sido implementados como un mero formalismo normativo, y no por la firme y auténtica intención de aportar bienestar a la sociedad". Maribel Albarracín Muñoz, Juan Manuel Guerrero Jiménez, «Análisis de la efectividad del control interno frente a la lucha contra la corrupción en el sector público colombiano», Juan Carlos Henao Pérez, Aníbal Zárate Pérez (a cura di), *Corrupción en Colombia. corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, vol. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 439.

<sup>679</sup> Il percorso di introduzione e di valorizzazione di parametri che reggono l'attività amministrativa, oltre alla validità, può trovare un esempio paradigmatico nell'evoluzione del concetto di efficienza amministrativa dell'ordinamento italiano. Detto percorso evolutivo inizia con l'irrelevanza giuridica, passa per l'identificazione con la produttività, alla stregua dei privati ha portato a "a principio regolatore, quindi, a criterio organizzativo e, poi, a contenuto puntuale di una norma positiva (...) una traiettoria circolare che qualifica la dialettica tra razionalità giuridica e razionalità economica" R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza...cit.*, p. 25.

<sup>680</sup> A seconda della spiegazione fatta nell'introduzione, la dicotomia si propone fra validità ed effettività, visto che quest'ultima si ritiene comprensiva di tutti quei parametri che oltre la legalità tendono a materializzare la funzionalizzazione dell'attività amministrativa.

modello tradizionale del diritto amministrativo, tale come si è accennato, si abbia privilegiato l'attività valida sull'attività effettiva, situazione ad oggi inconcepibile<sup>681</sup>. La disanima di questa realtà originaria e del suo sviluppo può fornire alcuni spunti al riguardo della debole effettività dei controlli di effettività, poiché la dicotomia, contrario a quanto si pensa, è ancora ha ancora vigore pragmatico<sup>682</sup> e ha implicato che l'effettività dell'attività amministrativa possa essere solo misurata, monitorata, valutata e rivelata, ma non controllata. Di qui, probabilmente, che l'esito dei controlli di effettività, che utilizzano parametri diversi dalla legalità-validità, possieda una debole incisività autonoma e per nulla analoga a quella di quest'ultima.

In questo contesto, si rileva una possibile contraddizione sistemica del diritto amministrativo. Da una parte si afferma che il principio di giuridicità<sup>683</sup> rappresenta una modalità aggiornata e più comprensiva del tradizionale principio di legalità ma, dall'altra parte, il modello di protezione e garanzia dell'effettività, adesso parte della giuridicità che governa l'azione amministrativa, è debolmente incisivo. In teoria si afferma la profonda importanza dell'azione effettiva, ma in pratica, ai meccanismi di controllo viene negato un livello incisivo di, paradossalmente, effettività. Dunque, malgrado i principi che governano l'attività amministrativa abbiano evoluto, il che ha implicato il transito da un ristretto principio di legalità ad un più comprensivo principio di giuridicità, in realtà, solo nel caso dell'inosservanza del vincolo con la legalità-validità sono previste delle conseguenze incisive, coincidenti, appunto, con gli effetti degli appositi controlli di legittimità. Questa è una palese contraddizione sistemica del modello, da un lato si afferma la necessità di raggiungere il risultato in modo tale di rispettare la *funzionalizzazione* dell'attività amministrativa ma, dall'altro lato, nei casi di difformità ai parametri di effettività o di non consecuzione del risultato non se prevedono conseguenze giuridiche incisive. Alla fine, l'originaria dicotomia, che è uscita dalla porta, è rientrata dalla finestra: se l'inosservanza della legalità – validità ha conseguenze incisive ma non l'inosservanza della legalità-effettività, in realtà, si mette in dubbio il principio di giuridicità poiché, mentre vincolo di validità è ancora protetto tramite il tradizionale (incisivo) controllo di legittimità, il vincolo di effettività non dispone di meccanismi di protezione incisivi.

La prova della persistenza pragmatica della dicotomia si trova nel fatto che l'effettività dell'attività amministrativa, in cui si inglobano diversi parametri -efficacia, efficienza, economicità, buon andamento, imparzialità, correttezza, moralità, trasparenza, buona

---

<sup>681</sup> O ancora più assurdo, che si abbia privilegiato l'attività valida sulla apertamente ingiusta. Il diritto è puro e "*fue justamente esta pureza jurídica la que puso al derecho administrativo al servicio del programa de exterminación de judíos durante la Segunda Guerra Mundial, ya que la jurisdicción administrativa francesa realizó un riguroso control de legalidad de actos administrativos contra judíos y los encontró plenamente acordes con la legalidad nazi, después de rechazar todos los argumentos relativos a la justicia de las decisiones*". A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., pp. 43 e 44.

<sup>682</sup> È illustrativo che in Colombia, uno degli enti che devono attuare il controllo della efficacia, efficienza ed economicità della gestione amministrativa ritenga che "*la eficacia se mide en terminos de posibilidad y no de resultados*". Procuraduría General de la Nación, Banco Interamericano de Desarrollo, *op.cit.*, p. 70.

<sup>683</sup> "*De una rígida sujeción a la ley formal o del parlamento se ha pasado a una idea más amplia de sometimiento de la administración al derecho, entendido como el conjunto de normas de distinto rango que regulan tanto lo concerniente a la atribución de la competencia, como los procedimientos a seguir y los contenidos materiales o las orientaciones finales que deben guiar sus determinaciones*". H. Santaella Quintero, *op.cit.*, p. 87.

amministrazione<sup>684</sup> - non potendo essere controllata attraverso degli incisivi meccanismi ideati per il controllo della legittimità, è sprovvista di meccanismi di protezione incisivi e, come si è accennato, si affida ai meccanismi collaborativi. Infatti, in pratica, si accetta e permette, come canone di normalità, che l'amministrazione sfugga del controllo incisivo (giurisdizionale e di legalità-validità<sup>685</sup>), il che significa convalidare l'arbitrarietà dell'azione amministrativa o, almeno, abdicare alla possibilità di fallimento nel percorso di raggiungimento dei risultati, senza nessuna conseguenza<sup>686</sup>, poiché si tratta di parametri che scapano alla logica tradizionale di validità<sup>687</sup>. Ciò comporta che l'effettività, malgrado abbia acquisito una rilevanza giuridica importante -come criterio normativo di azione- e abbia comportato la ridefinizione del tradizionale principio di legalità, continui avendo un ruolo secondario, di comando di ottimizzazione, nel senso che tutti i suoi componenti solo "prescrivono il perseguimento di un certo obiettivo, valore ecc., nella maggior misura possibile, in base alle concrete possibilità fattuali e normative"<sup>688</sup>.

Inoltre, si rivela come il vincolo derivato di questi parametri sia palesemente debole perché se la loro natura giuridica è in discussione<sup>689</sup>, malgrado appartengano al principio di giuridicità, è ragionevole che siano sprovvisti di forza giuridica concreta e, pertanto, non siano suscettibili di giudizi riguardanti la loro validità o invalidità, come accade con le regole giuridiche<sup>690</sup>. Addirittura, il dilemma pragmatico fra l'effettività e validità si materializza anche nella difficoltà di ritrovare e impostare i parametri rivolti al controllo della prima nonché alla determinazione delle conseguenze che ne derivano della difformità<sup>691</sup>. Come non sono parametri di validità, risulta logico che la sua

---

<sup>684</sup> Elenco, non tassativo, derivato dell'insieme di principi e criteri che, accanto ai tradizionali elementi di validità, governano l'esercizio dell'attività amministrativa nei paesi studiati. Infatti, il percorso separato ma convergente degli ordinamenti studiati ha portato alla ricognizione del vincolo diretto dell'intera funzione amministrativa a questi criteri: l'organizzazione, l'attività, il procedimento, i dipendenti, i controlli devono soddisfarli. Si veda, E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 347 a 351.; A. Giuffrida, *op.cit.*, p. 5 a 52.; Anibal Rafael Zárate Pérez, *La incorporación constitucional de los principios de eficacia y eficiencia administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 11.

<sup>685</sup> Il carattere elastico dei criteri diversi dalla validità rendeva "improprio il controllo giurisdizionale sull'opportunità dell'atto amministrativo". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 197.

<sup>686</sup> "La administración tiene el derecho a cometer errores, con tal de que éstos no sean manifiestos por su gravedad y evidencia, y la jurisdicción tiene que aceptar así porque su poder de enjuiciamiento de la actividad administrativa sigue siendo un poder excepcional y, como tal, limitado, estrictamente limitado". T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...cit.*, p. 36.

<sup>687</sup> Infatti, si afferma che "la cultura essenzialmente giuridica dei magistrati della Corte, che li ha resi poco inclini ad analisi di tipo economico, statistico, ecc., indispensabili nei controlli successivi per le misurazioni di efficienza ed economicità". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1378.

<sup>688</sup> Riprendendo *mutatis mutandi* la teoria costituzionale dei diritti di Robert Alexy, si veda Giorgio Pino, «I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica», *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 11, 2012: 80.; Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 96 e ss.

<sup>689</sup> La natura giuridica o, meglio, il valore normativo, dei criteri dell'azione amministrativa che si aggiungono ai tradizionali canoni di validità è ancora in discussione. Si veda, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 195 a 211.

<sup>690</sup> "A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. De esta manera se ha impuesto la convicción de que junto a las reglas de estructura condicional hipotética existen los principios". C. Bernal Pulido, *op.cit.*, p. 96.

<sup>691</sup> Nel contesto del *new public management*, come modello di azione che privilegia il *performance* anzi che le forme o la mera validità, si è sottolineata "un'ambiguità teorica (...) delle regole di misurazione della *performance* se applicate ai soggetti pubblici, mettendo in evidenza che si rivela particolarmente difficoltoso individuare dei parametri di misurazione oggettivi delle *performance* del soggetto pubblico in termini di benessere sociale; che i criteri appaiono

configurazione non rientri nei canoni tradizionali e che gli effetti non possano riguardare aspetti giuridici dell'oggetto controllato, come la sua validità<sup>692</sup> e, pertanto, l'unico esito aspettabile sia quello del rilievo dello scostamento ai parametri di effettività.

Tuttavia, non vi è dubbio che ad oggi l'attività amministrativa, in virtù del suddetto principio di giuridicità, sta anche vincolata ai parametri di effettività, essi costituiscono criteri vincolanti dell'azione amministrativa<sup>693</sup>. Pertanto, il rafforzamento (maggiore incisività) degli effetti dei controlli non giurisdizionali dell'effettività troverebbe un argomento assai importante, determinante e chiaro nel semplice fatto del vincolo derivato dal principio di giuridicità. In altre parole, se l'accennato principio non è solo retorico e, piuttosto, vuole essere materializzato, il percorso logico è l'attribuzione di conseguenze giuridiche incisive allorché l'attività amministrativa, dopo l'attuazione degli appositi controlli, risulti difforme sia ai parametri di legalità-validità sia ai parametri di effettività. Pertanto, occorre mettere in luce come l'ascesa del principio di giuridicità deve comportare il superamento pieno della dicotomia fra validità ed effettività, ancora oggi vigente<sup>694</sup>, nel senso che tutti i parametri -criteri- di azione amministrativa sono giuridici. Cioè, risulta contraddittorio che si riconoscano parametri di azione amministrativa sprovvisti di natura giuridica, vale a dire, come criteri non giuridici. Al contrario, tutti essi parametri sono giuridici e, pertanto, la debole incisività degli effetti dei controlli di effettività deve essere aggiornata, il che comporterebbe il superamento di qualsiasi pretesa di crocevia pragmatica fra effettività e validità.

Infatti, a livello teorico, l'introduzione del principio di giuridicità implica riconoscere che accanto alla tradizionale legalità-validità si trova la legalità-effettività. Tutti e due costituiscono l'insieme di parametri che governano l'attività amministrativa e, perciò, la loro inosservanza deve comportare delle conseguenze incisive, in modo tale che la loro natura sia materializzata e il loro rispetto sia effettivamente garantito. In questo modo, la parità del vincolo derivato da tutti i parametri che conformano la giuridicità (validità ed effettività in pari misura) implica che qualsiasi pretesa di sollevare una dicotomia/dilemma fra di essi sia una fallacia. L'attività amministrativa non può essere valida o effettiva, anzi, deve essere valida ed effettiva<sup>695</sup>. Questi elementi della giuridicità non possono continuare ad essere presentanti come due estremi intercambiabili e

---

facilmente illusorii; che, nel misurare le *performances* si trascurano i valori pubblici condivisi della comunità". S. Valaguzza, *op.cit.*, p. 39.

<sup>692</sup> "Oltre che alle norme giuridiche, si ritiene che la pubblica amministrazione si determinata e vincolata anche da norme non giuridiche, in modo analogo a quello delle prime, ma con effetti diversi". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 196.

<sup>693</sup> I criteri di azione amministrativa "*son orientaciones normativas de la acción administrativa que van más allá de la mera legalidad y aspiran a la justicia. (...) A través de estos parámetros se hace efectiva la racionalidad de la acción administrativa*". E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 195.

<sup>694</sup> Ancora ad oggi l'amministrazione è libera di scegliere fra la validità o l'effettività della sua azione, il che spiega, da un lato, la prevalenza della forma a dispetto della sostanza e, dall'altro, un'amministrazione tendenzialmente ineffettiva. Si veda, S. Valaguzza, *op.cit.*, p. 41 a 48.

<sup>695</sup> "In una relazione equilibrata ed efficiente, *goals* e *constraints* non si troverebbero a combattere per ottenere la prevalenza l'uno sull'altro, ma conviverebbero assumendo ruoli complementari; nel senso che i *constraints* (o meglio, il rispetto dei) dovrebbero essere dati per garantiti, senza che costi tempo ed energie individuarli o interpretarli, trattandosi di strumenti che conducono ad altro e dovrebbe, perciò, essere possibile concentrarsi sul perseguimento degli obiettivi, essendo i *goals* il vero fine pure dell'azione pubblica, il traguardo cui mirare". *Ibidem*, p. 48.

fungibili, non si può continuare a sostenere e diffondere che il perseguimento di uno implichi il sacrificio dell'altro. Piuttosto, l'equilibrio fra validità ed effettività dell'azione amministrativa non può essere una eventualità, la dicotomia è una totale fallacia perché, ad oggi, solo ciò che è effettivo può essere considerato valido<sup>696</sup>. L'effettività diventa condizione di legittimità dell'azione amministrativa<sup>697</sup>, il che implica che non sia sufficiente con la conformità alle regole giuridiche (validità), perché se non vengono raggiunti gli obiettivi prefissati essa perde qualsiasi legittimità. Perciò, i controlli devono essere incisivi, altrimenti, non si potrebbe garantire l'effettività dell'azione amministrativa.

Questa premessa di equiparazione concettuale, vincolante e gerarchica, attraverso il principio di giuridicità, certo che non implica un cambio sostanziale del regime giuridico odierno, ma comunque costituisce un primo e importante passo nel percorso di rafforzamento del controllo dell'effettività, poiché solo in questo modo sarà possibile accettare che le conseguenze della difformità riguardante ai parametri diversi dalla legalità-validità, debbono avere degli effetti incisivi, in linea con la giuridicità che detengono, e non solo collaborativi. Se i parametri di effettività vengono riconosciuti come parametri di giuridicità il risultato è che la sua violazione non potrebbe continuare ad essere meramente collaborativa-sanzionatoria, ma dovrebbero introdursi aggiustamenti rivolti a garantire, non solo la conoscenza e valutazione dell'ineffettività<sup>698</sup>, ma anche e soprattutto la sua correzione diretta, concreta e certa. La garanzia dei parametri di giuridicità dell'attività amministrativa non può continuare ad essere affidata agli indiretti, astratti e incerti effetti stimolanti di natura collaborativa.

Secondo quanto si è detto, occorre sottolineare che la legalità, attraverso il principio di giuridicità, comprende anche il risultato, le finalità, il buon andamento, la buona amministrazione, la correttezza, anche se non come elementi di validità, sì che come elementi di effettività. Pertanto, il difficile equilibrio fra la legalità ed effettività (risultati) è solo un falso dilemma. L'effettività, come parte della giuridicità, segna l'intero spettro dell'attività amministrativa e del diritto amministrativo<sup>699</sup>. Se mancasse uno dei due, qualsiasi di essi, non si potrebbe affermare il rispetto pieno della giuridicità. In questo modo risulta chiaro che non esiste nessuna tensione o dilemma

---

<sup>696</sup> “Da una concezione in base alla quale tutto ciò che è legale, per ciò stesso, va ritenuto efficiente, attraverso una serie di passaggi, contrassegnati da altrettanti mutamenti di costruzione materiale, si perviene alla convinzione odierna che solo ciò che è efficiente può essere considerato legale e, in maniera più precisa, che è legale solo perché è efficiente”. R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza...cit.*, p. 423.

<sup>697</sup> “*La racionalidad del derecho no supone más: la norma se analiza al tamiz de la eficacia, convertida en la condición y la garantía de su legitimidad*”. J. Chevallier, *El Estado posmoderno...cit.*, p. 182.

<sup>698</sup> Misure caratterizzanti dei controlli di gestione che “si sostanziano prevalentemente nella predisposizione, a conclusione della fase della conoscenza e della valutazione dell'attività svolta, di una relazione che esplicherà i propri effetti su piani diversi, atteso che l'esito negativo del controllo determinerà l'attivazione di meccanismi di autocorrezione oltre alla responsabilità dei soggetti a diverso livello coinvolti nell'esercizio dell'attività oggetto di controllo”. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 535.

<sup>699</sup> “*La eficacia es un elemento transversal, y por ende, cualquier elemento o instrumento del derecho administrativo debe considerarse a su luz, (...) La eficacia es entonces una obligación de resultado y no simplemente de medios*”. A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., pp. 59 e 60.

fra la validità e il risultato<sup>700</sup> (effettività), piuttosto, esiste una relazione di interdipendenza. Da un lato, è inutile un'amministrazione legale, che non raggiunge i risultati per i quali è stata istituita e, dall'altro, la persecuzione dei risultati, per quanto legittimi e plausibili possano essere, non può comportare azioni al di fuori del quadro giuridico.

Dalla prospettiva teorica è chiaro l'appello ad una amministrazione pubblica o, meglio, all'esercizio dell'attività amministrativa, oltre i classici binari della legalità-validità. Tuttavia, la persistenza e non soluzione dei dibattiti al riguardo della forza vincolante dei parametri non collegati alla legittimità dell'oggetto controllato, cioè, all'effettività e alla gestione, comportano un ostacolo che è diventato invalicabile. Mentre non si abbia accettato che, da tempo, l'effettività costituisce un insieme di criteri che governano l'azione amministrativa e, pertanto, che la garanzia del suo rispetto dipende (e richiede) dell'incisività degli effetti del controllo, sarà veramente difficile pretendere che l'azione amministrativa sia valida ed effettiva, al contemporaneamente. Di nuovo, gli effetti incisivi si rivelano come il comune denominatore dei controlli dell'attività amministrativa e, pertanto, costituiscono le basi per la costruzione di un regime generale e uniforme per tutta la tipologia di controlli non giurisdizionali.

I controlli che utilizzano parametri diversi dalla legalità-validità valutano la rispondenza a un più ampio disegno normativo, non limitato alle regole formalmente contenute in norme legali. Tuttavia, in virtù del principio di giuridicità, è chiaro che anche se si tratta di materie complesse e diverse, non esiste alcun dilemma fra i due insieme di parametri e quelli che conformano l'effettività dell'azione non devono continuare ad essere localizzati al di fuori dei confini del diritto<sup>701</sup>. Pertanto, ad oggi è abbastanza chiaro che l'azione amministrativa legittima sia necessaria, ma non sufficiente<sup>702</sup>, per garantire la effettività, vale a dire, la soddisfazione delle finalità previste. Perciò, di nulla serve l'azione amministrativa valida, ma ineffettiva. Validità ed effettività sono inglobati nel principio di giuridicità. In questa logica i parametri che permettono controllare l'effettività dell'attività amministrativa furono aggiustati<sup>703</sup>, ma le conseguenze della difformità (esiti del controllo), paradossalmente, furono sprovviste di incisività diretta, concreta e certa. Pertanto, solo le criticità di illegittimità possono essere risolte. Se l'effettività, come criterio di azione amministrativa, non viene garantita attraverso di controlli incisivi il risultato continuerà

---

<sup>700</sup> «Non c'è ragione per non riconoscere che il risultato da conseguire (salvo gli ambiti più delicati, sostanzialmente corrispondenti alle materie coperte da riserva assoluta di legge) sia il principale elemento di conformazione e funzionalizzazione dell'organizzazione e dell'attività della p.a., ovviamente nei limiti (legislativamente) stabiliti in funzione della tutela di altri profili (garanzia dei diritti dei privati o altri interessi pubblici indisponibili) considerati specificamente prevalenti e tali dunque da porsi come vincoli da rispettare». M. Cammelli, «Amministrazione...»cit., p. 122.

<sup>701</sup> Sui binari della concezione classica del diritto e del diritto amministrativo, in cui le norme fungono come meccanismi per indirizzare l'esercizio del potere, senza poter arrivare alle aree di conoscenza tecnica di ogni settore. Tutte le condizioni dell'apposito settore si intendono al di fuori di qualsiasi considerazione giuridica.

<sup>702</sup> «È lecito affermare che (...) il rispetto della legge è elemento sempre necessario ma mai sufficiente». M. Cammelli, «Amministrazione...»cit., p. 122.

<sup>703</sup> Si intende che «i parametri debbono essere commisurati all'esigenza di verificare gli obiettivi che l'amministrazione è chiamata a perseguire, talché che sarebbe incongruo valutare con il parametro della mera legittimità una gestione sottoposta a controllo di risultato, così come sarebbe illogico applicare un indicatore di efficienza per analizzare l'efficacia di un servizio pubblico». G. D'Auria, «I controlli...»cit., pp. 1401 e 1402.

essendo lo stesso: l'ineffettività dell'attività e del controllo, che continuerà affidato a strumenti poco incisivi, nella incerta speranza che stimolino o incentivino processi di autocorrezione.

Pertanto, sebbene questi criteri difficilmente possano essere ritenuti come criteri di validità, sempre devono essere considerati come criteri giuridiche, cioè, come contenuti non nel principio di legalità, ma in quello di giuridicità. Questo implica che, sia l'attore amministrativo sia il controllore, deve essere organizzato di forma tale che vi siano dipendenti con la capacità di capire e verificare questi parametri, extralegali ma giuridici; e anche, che né il controllore amministrativo né il giudice agiscano in maniera deferente. Cioè, la natura dei parametri (di effettività o di validità) non può continuare ad essere il fondamento della diversa incisività dei controlli. Se essi criteri di azione si intendono inglobati nel principio di giuridicità, in modo tale che tutti sono giuridici, le conseguenze dell'inosservanza dovrebbero avere una incisività giuridica capace di produrre un controllo effettivo. Controllo di legalità-validità e controllo di legalità-effettività sono parte di un sistema di controlli giuridici, che richiedono effetti giuridici incisivi, e non semplicemente buoni uffici. Da questa prospettiva non sembra contestabile la pretesa di rafforzamento degli effetti del controllo.

Adesso, il sistema di fonti del diritto non ha come vertice la legge, ma la Costituzione, e non basta con la legalità – validità (conformità con la letteralità delle norme) dell'azione amministrativa, per derivare la sua effettività. Se la Costituzione si posiziona al vertice del sistema di fonti, l'ampiezza di alcune delle sue norme (principi) implica una (necessaria) maggiore libertà di azione da parte delle amministrazioni pubbliche.<sup>704</sup> Questo panorama implica, necessariamente, una ridefinizione del vincolo dell'attività amministrativa con la legge, adesso si deve parlare di ordinamento giuridico e di principio di giuridicità. L'allargamento della portata delle norme che indirizzano l'attività amministrativa comporta, per forza, una maggiore libertà di azione<sup>705</sup>, maggior ambito di apprezzamento, maggiore discrezionalità, rafforzamento dell'analisi di merito e di opportunità, il che, fin ad oggi, implicava anche l'accettazione, consapevole o meno, di ampie zone sprovviste di controllo. L'avanzamento esegue, proprio, ricondurre quelle zone all'interno della giuridicità, nel senso di affermare la pienezza del controllo e l'interdizione effettiva dell'arbitrarietà.

Quanto si è detto ha come unico solo scopo il rivelare che ancora ad oggi persiste una fallace dicotomia/dilemma fra l'effettività e la validità che giustifica, erratamente, la disparità di trattamento riguardante alla incisività del controllo. Tuttavia, il riconoscimento di tutti i criteri di azione come parametri di giuridicità, oltre ad abolire questi originali spazi immuni al controllo, esegue il suo controllo incisivo, il che non vuol dire controllo annullativo, sostitutivo, ecc., ma controllo pieno nel senso di materializzare sia la natura funzionale dell'attività amministrativa sia la sua sottomissione al diritto. Addirittura, "la presenza di diverse prospettive politiche su ciò che possa essere considerato o meno un buon risultato ottenuto nell'interesse della comunità amministrata"<sup>706</sup> non può continuare a supportare la dicotomia e differenziazione fra i parametri di validità e di effettività. Al contrario, tutti e due gli insiemi di parametri sono inglobabili come parametri di esercizio dell'attività amministrativa, certo non di legalità-validità, ma sì di giuridicità,

---

<sup>704</sup> Cfr. J.I. Rincón Córdoba, *Las generaciones de los derechos fundamentales...cit.*, p. 339.

<sup>705</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 339 e 340.

<sup>706</sup> S. Valaguzza, *op.cit.*, p. 39.

da cui la legalità-effettività è composta dai parametri che oltrepassano la tradizionale (onnicomprendensiva e limitante) validità.

Pertanto, anche costituisce un grosso errore i tentativi di ridurre l'effettività alla gestione di bilancio e all'adempimento o meno delle regole giuridiche, poiché la logica loro binaria implica che il controllo dell'effettività, come accennato nel comma 1 di questa Sezione, si riduca alla logica binaria di adempimento o meno di siffatti regole di bilancio, cioè, al controllo finanziario<sup>707</sup> derivato, in Colombia, delle norme di bilancio<sup>708</sup> e in Italia dagli obblighi europei, dell'appartenenza all'Unione Europea<sup>709</sup>, fondato nel timore di una nuova crisi finanziaria come quella del 2008<sup>710</sup>. Questa crisi ha comportato, tra l'altro, problemi legati al debito del settore pubblico e privato, che ha portato alla progettazione di una nuova *governance* economica a livello europeo<sup>711</sup> per includere un sistema di controlli sulle politiche economiche e sui bilanci statali nazionali (patto di stabilità e gestione del bilancio) che, in pratica, ha presso tutta l'attenzione. In effetti, si ritiene che il rispetto delle regole fiscali comporti l'assenza delle crisi ulteriori del debito economico o di situazioni di corruzione, spreco o spesa illegale di bilanci pubblici<sup>712</sup>. Questo controllo finanziario, la sua logica collegata all'uso delle risorse<sup>713</sup>, è irradiato sia a livello statale che a livello regionale, certo, con intensità diversa.

Insomma, è indiscutibile che i parametri di validità si differenziano di quelli di effettività, hanno origini e natura giuridica diversa, ma comunque entrambi appartengono e sono riconducibili al principio di giuridicità. Il percorso evolutivo dei parametri di effettività è stato impegnativo, tutto lo sforzo teorico non può concludere con un insieme ricchissimo di buoni intenzioni, sprovvisti di effetti incisivi come conseguenza della sua violazione. Il ritorno all'inverno dell'effettività può essere fermato attraverso del riconoscimento chiaro dell'equiparazione di forza vincolante di tutti e due gli insiemi di parametri, il che, si ripete, non significa equiparazione di effetti, ma della loro incisività: se tutti i parametri di azione amministrativa sono giuridici, perché non tutti hanno delle conseguenze giuridiche derivate della loro trasgressione.

---

<sup>707</sup> Cfr. Rita Perez, «La finanza», Sabino Cassese (a cura di), *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. i, Milano, Giuffrè, 2015, p. 215 a 251.

<sup>708</sup> Storicamente il controllo di gestione è stato analogo del controllo finanziario o di bilancio pubblico. Il che ha declinato il controllo di effettività in controllo di validità. Si veda, A. Chan, *op.cit.*, p. 254 a 257.; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, p. 53 a 74.

<sup>709</sup> Controlli derivati dal vincolo europeo ai quali sembra siano ricondotti, tacitamente, tutti gli altri meccanismi di controllo. Si veda, G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1349.

<sup>710</sup> Una spiegazione dall'ottica economica e finanziaria si trova in: Neil Irwin, *The Alchemists: Three Central Bankers and a World on Fire*, London, Headline Publishing Group, 2014.

<sup>711</sup> Sabrina Ragone (a cura di), *Managing the euro crisis: national EU policy coordination in the debtor countries*, Routledge research in EU law, Abingdon, Oxon [UK]; New York, NY, Routledge, 2017; Mark Dawson et al. (a cura di), *Beyond the crisis: the governance of Europe's economic, political, and legal transformation*, governance report series, Oxford, Oxford University Press, 2015.

<sup>712</sup> Infatti, il modello aziendalistico di gestione e di controllo, adottato dalle pubbliche amministrazioni, si fonda sulla prospettiva meramente finanziaria e di bilancio dell'effettività. In questo senso, malgrado siano soddisfatti le finalità pubbliche, si considera inefficiente l'attività amministrativa da ottiche meramente aziendali. Si veda G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 122 a 125.

<sup>713</sup> L'efficienza dell'amministrazione pubblica è presupposto del corretto esercizio del potere pubblico. Tuttavia, essa si riduce alla corretta gestione delle risorse pubbliche, il che restringe l'efficienza all'adempimento di regole binarie, più simili ai parametri di validità. In questa ristretta logica si erge il modello di controllo della/sulla gestione. Si veda, D. Crocco, *op.cit.*, p. 13 a 26, 41 a 147.



Se in teoria l'effettività si aggiunge alla validità per configurare il principio di giuridicità, ciò comporta che il tradizionale principio di legalità, ad oggi, sia "sempre più identificato con principi che rinviano alla realtà sostanziale, attraendola direttamente nel giudizio. Legalità come efficacia, economicità, pubblicità, minimo mezzo, funzionalizzazione, adeguatezza e proporzionalità, semplicità, pertinenza, elasticità, puntualità, lealtà, correttezza, qualità, professionalità, gradualità, pluralismo, solidarietà, sussidiarietà, ragionevolezza, responsabilità ecc., e quindi legalità come concretezza, giustizia e responsabilità"<sup>714</sup>. Tuttavia, non si può garantire il rispetto di tutti questi parametri se si rifiuta l'incisività giuridica degli effetti dei controlli appositi, solo i controlli incisivi permettono la garanzia del rispetto dei parametri di effettività. Pertanto, se si accetta che effettività e validità appartengono ai criteri di giuridicità che governano l'azione e il controllo amministrativo, è necessario passare ad analizzare come aggiornare le basi del controllo amministrativo, in modo tale che l'effettività dell'attività amministrativa sia effettivamente controllata, vale a dire, di modo incisivo, poiché il rispetto delle regole normative (validità) è un elemento della decisione, ma non la decisione in sé stessa<sup>715</sup>.

---

<sup>714</sup> Lucio Iannotta, «La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto», *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 1998: 342 e 343.

<sup>715</sup> Cfr. D. Truchet, *op.cit.*, p. 206.

### **Sezione III. Controllo amministrativo dell'effettività dell'attività amministrativa come materializzazione del dogma-garanzia della sottomissione all'ordinamento giuridico e del divieto di potere sprovvisto di controllo**

Se l'insieme di meccanismi di controllo dell'attività amministrativa e non controlla l'effettività, ma si limita a misurare e valutare l'ineffettività (nel caso del non giurisdizionale) o si limita a controllare, come rimedio di ultima istanza, i vizi di validità (nel caso del giurisdizionale), si potrebbe mettere in dubbio diversi presupposti dell'azione amministrativa, in particolare, la funzionalizzazione, la sottomissione al diritto e il divieto di potere/competenza sprovvisto di correlativo controllo. Tuttavia, anche se il controllo della legalità-effettività non sia stato pienamente attuato, la realtà è che gran parte del percorso di aggiornamento sistematico, che richiedeva di superare la fissazione con legalità-validità, è già stato percorso. In questo modo, secondo si è accennato, l'aggiustamento, ancora in sospeso, si riferisce all'incisività degli effetti dei controlli di effettività, ormai debolmente incisivi e solo in grado di produrre effetti del genere in modo indiretto, astratto ed eventuale.

Dunque, non si tratta di intraprendere riforme su vasta scala, piuttosto, si tratta di concentrare gli sforzi teorici e normativi nella criticità specifica del regime attuale. Perciò, occorre sottolineare che il modello di controllo dell'effettività in vigore permette acquisire ed analizzare l'informazione adatta, dai profili qualitativi e quantitativi, per determinare le criticità dell'azione amministrativa, non solo a livello di effettività ma anche di legittimità, nonché fornisce le possibili soluzioni. Ciò non si può sottovalutare, non è poco, ma neanche sufficiente. Come si è accennato, il controllo effettivo dell'effettività dell'azione amministrativa richiede la soluzione diretta, concreta e certa delle criticità rilevate, altrimenti, i meccanismi di controllo declinano in altri strumenti, certo molto utili, ma che non soddisfano la finalità minima di garantire l'osservanza dei parametri controllati e, di conseguenza, contribuisce debolmente a migliorare l'esercizio dell'attività amministrativa.

In altre parole, sebbene l'insieme delle modifiche (teoriche e normative) introdotte negli ordinamenti studiati abbiano rafforzato i controlli dalla prospettiva della capacità d'indagine, il che senza dubbio ha migliorato la capacità dei controllori di ricavare informazione e di individuare le criticità, non solo dal profilo della conformità – difformità legale, ma anche dalla prospettiva dell'effettività, tramite la scoperta di vicende d'inefficienza, inefficacia, diseconomicità, ecc., in prassi, le risultanze dei controlli non producono effetti incisivi sull'azione amministrativa. Infatti, l'assetto normativo degli esiti impedisce che essi producano questo tipo di effetti e, invece, limitano la sua portata al rilievo della congruenza o meno dell'agire amministrativo con i programmi stabiliti, dei costi e della performance dei servizi forniti, della soddisfazione delle finalità previste e degli amministrati, ecc.

Pertanto, un percorso possibile per risolvere le criticità di effettività dell'attuale modello di controllo, che si traducono nell'inefficacia dell'attività amministrativa, deriverebbe dalla naturale decantazione degli argomenti che sono stati esposti in precedenza. Cioè, se attualmente l'incorporazione dei parametri di efficacia nel principio di giuridicità non è discussa, in modo che insieme ai parametri tradizionali di legalità-validità formano un unico insieme di criteri giuridici dell'azione amministrativa e del controllo amministrativo, la proposta di ampliare l'incisività dei

risultati del primo è solo una conseguenza logica, che materializza detta natura giuridica. Con ciò, si ripete, non si intende che l'incisività sia la stessa per tutti i parametri giuridici, nel senso che la trasgressione dei parametri di efficacia significhi l'invalidità dell'oggetto controllato, come se si trattasse di un parametro di validità. Anzi, la proposta è semplicemente l'attribuzione di incisività, proporzionale e modulata a seconda del parametro, affinché siano attuabili la garanzia del rispetto di questi parametri, la soddisfazione degli scopi di controllo e l'efficacia dell'attività controllata.

Dunque, con lo scopo di rendere attuabile il controllo dell'effettività, attraverso dell'attribuzione di effetti incisivi ai meccanismi di controllo non giurisdizionali, occorre mettere in luce gli argomenti, ormai già esistenti nella disciplina giuridica, che attraverso di un esercizio di riaggiustamento, non di aggiornamento, supportano la proposta di rafforzare la incisività degli effetti che producono i controlli di effettività (1). Ciò permetterà spiegare che, nonostante la produzione di effetti incisivi costituisca l'elemento caratterizzante del sistema di controlli dell'attività amministrativa, gli effetti (incisivi) diretti, concreti e certi dei controlli di effettività sono diversi di quelli di validità e, pertanto, devono essere modulati in funzione degli appositi parametri (2). Infine, anticipando possibili contestazioni in relazione con il rischio di squilibrio fra validità ed effettività, adesso in favore di quest'ultima, occorre rilevare alcuni spunti indirizzati a costruire la cornice della loro armonizzazione e, di conseguenza, della prevalenza dell'una o dell'altra nei casi concreti (3).

### **1. Aggiustamento dei fondamenti storici e dogmatici del controllo amministrativo e dell'obbligo di controllo dell'effettività: conservazione e avanzamento**

Lo scenario ideale, in linea deontologica, è quello in cui "l'attività di controllo non si arresta alla mera constatazione del rispetto o dell'inosservanza di parametri predefiniti nella fattispecie concreta, ma va oltre e postula la necessità di individuare misure per porre rimedio o per ripristinare i parametri di legittimità, di merito o di efficienza che si assumono violati"<sup>716</sup>. Tuttavia, come spiegato, la realtà è ben diversa. Di regola, salvo quelli di legittimità, i controlli sono sprovvisti della possibilità di attuare le misure correttive, e si limitano a misurare. In questo senso, il sistema odierno dei controlli non giurisdizionali, quelli pensati per coprire gli spazi a cui non arriva il controllo giurisdizionale (di regola, di legittimità), è caduto nella trappola della misurazione<sup>717</sup>: se il suo assetto normativo non gli attribuisce effetti incisivi (diretti, concreti e certi), ma effetti collaborativi di rilievo delle criticità, in prassi, essi solo riescono effettivamente ad ampliare la portata degli oggetti "controllati", ma non a controllarli effettivamente. Dunque, in pratica,

---

<sup>716</sup> Enza Romano, «Profili ricostruttivi del sistema dei controlli amministrativi», Stefano Cognetti, et al. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 568.

<sup>717</sup> "Il primo passo consiste nel misurare tutto ciò che si presta a essere agevolmente misurato. Questo va bene finché si riesce. Il secondo passo porta a trascurare ciò che non si riesce a misurare facilmente; oppure ad assegnarvi un valore quantitativo arbitrario. Questo è artificiale e fuorviante. Il terzo passo porta a presumere che ciò che non può essere misurato non è veramente importante. Questo è cecità. Il quarto passo porta a dire che ciò che non è agevolmente misurabile non esiste. Questo è suicidio". Gianfranco Rebori, *La valutazione dei risultati nelle amministrazioni pubbliche: proposte operative e di metodo*, Milano, Guerini, 1999, p. 17.

contrario all'assetto teorico e normativo, la misurazione diventa il fine perseguito dai meccanismi di controllo non giurisdizionale che utilizzano parametri di effettività.

Tuttavia, il momento apice del controllo non può essere una tappa meramente informativa delle criticità rilevate, al contrario, esso deve essere costituito dal pacchetto conformato dalla misura e dalla verifica di correzione delle criticità<sup>718</sup>. Solo in questo modo, con un risultato incisivo, i meccanismi di controllo possono soddisfare lo scopo di controllare l'effettività, oltre la validità, dell'attività amministrativa e, di conseguenza, considerarsi effettivi. Ciò, inoltre, costituisce l'elemento definitorio della depurazione della tipologia dei controlli: se non produce effetti incisivi non è controllo<sup>719</sup>.

In questo senso, l'adeguamento delle basi teoriche e dogmatiche implica semplicemente il ricollocamento di alcuni dei presupposti attualmente in vigore, che richiedono precisamente un controllo incisivo e, pertanto, supportano la proposta di rafforzare il controllo dell'efficacia, nel senso di fornirli di effetti incisivi. Dunque, da una prospettiva sostanziale, si potrebbe affermare che l'effettività dell'attività amministrativa e, anzi, i parametri del genere rientrano nell'esercizio di poteri/competenze discrezionali, mentre la validità, e i tradizionali parametri di legittimità, rientrano nell'esercizio di poteri/competenze vincolate<sup>720</sup>. Nel complesso rientrano nel principio di giuridicità, ergo, tutti i parametri dovrebbero essere controllati in modo incisivo. Tuttavia, la sconnessione sistemica fra la parte generale del controllo e quella speciale, ha generato una contraddizione insalvabile che, anzi, legittima l'arbitrarietà<sup>721</sup>: malgrado l'effettività dell'attività amministrativa si derivi dall'esercizio delle competenze discrezionali, quest'ultime controllabili ad oggi senza dubbio<sup>722</sup>, l'assetto giuridico impedisce/non garantisce il suo controllo incisivo, ma solo collaborativo.

---

<sup>718</sup> I meccanismi di controllo devono produrre effetti correttivi delle criticità, si decide per controllare, non si controlla per decidere. Il controllo è il fine principale e, pertanto, non costituisce un semplice strumento. *“En los controles correctivos se decide para controlar. Controlar es el fin primario de la actuación del sujeto de control y, por tanto, no se controla para decidir en cuanto actividad instrumental de otras funciones jurídicas”* J. Agudo González, *op.cit.*, p. 104.

<sup>719</sup> Se il controllo dell'attività amministrativa mira a la rimozione delle criticità riscontrate, e non solo a rilevarle, “alcuni dei maggiori controlli sulla gestione delle pubbliche amministrazioni o sugli andamenti della spesa pubblica non sarebbero veri e propri controlli (...) perché privi di una misura interna al procedimento”. G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1346.

<sup>720</sup> È chiaro che il binomio vincolato/discrezionale ha un valore più descrittivo, che partico, nel senso che l'attività amministrativa non si svolge attraverso dell'esercizio di un sol tipo di queste competenze. Si veda, a titolo illustrativo, G. Corso, *L'attività amministrativa...cit.*, p. 124 a 129.; H.A. Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa**cit.*, p. 139 a 288.

<sup>721</sup> Il che sembrerebbe ravvivare la posizione secolare che confonde l'arbitrario con la discrezione. *“Se sitúa la expresión poder discrecional y sus equivalentes, el arbitrio judicial entre ellos, un poder que se ha percibido secularmente como libre y exento, libre de reglas y exento de controles externos a él mismo, por contraposición a esa otra forma de poder que, también desde hace siglos, llamamos reglado (regulado) por entender que está sujeto a aquéllas y a éstos”*. T.-R. Fernández, *Del arbitrio...cit.*, p. 16.

<sup>722</sup> Controllabile, ad oggi, nella cornice esaminata nella Sezione 2 del Capitolo I, in cui si è dimostrato che la lotta storica per attrarre i poteri discrezionali all'interno dell'ambito controllabile dal giudice, ha lasciato ancora gran parte dell'attività amministrativa sprovvista di controllo incisivo, precisamente quello dell'efficacia. “La dottrina ha speso le sue migliori energie per sottoporre a regolo giuridiche (giuridicizzare) il potere discrezionale (anche quello tecnico), al fine di sottrarlo all'arbitrio della pubblica amministrazione e garantire e tutelare le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini”. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 33.

L'inclusione dei parametri di effettività dell'azione amministrativa come criteri dell'esercizio delle competenze discrezionali<sup>723</sup> e, di conseguenza, come parametri controllabili incisivamente, si deriva dal fatto che tutti i criteri specifici che la conformano, possono essere intesi come diretti alla "sana e corretta gestione del potere amministrativo"<sup>724</sup>, come criteri giuridificati dell'azione amministrativa attraverso di regole giuridiche<sup>725</sup>. Dunque, discrezionale "è ogni potere amministrativo, ogni scelta dell'amministrazione che si traduca in un atto unilaterale produttivo di effetti giuridici nei confronti di altri soggetti. Lo sono, quindi, anche atti inerenti alla conclusione di contratti e accordi"<sup>726</sup>. L'esercizio delle competenze discrezionali non è altro che un esercizio di interpretazione<sup>727</sup> dell'ambito di competenze attribuite dall'ordinamento, dalla norma superiore, che negli Stati Costituzionali sarà sempre, almeno, la Costituzione. Dunque, la discrezionalità denota una situazione intermedia tra libertà e vincolo, in relazione con la cornice di giuridicità: all'amministrazione spettano scelte, ma esse devono essere esercitate sempre nella cornice delineata dai criteri giuridici di azione e, sempre, al fine di soddisfare finalità concrete.

L'esercizio della discrezionalità, ad oggi, non significa libertà di scelta<sup>728</sup>, anzi, significa decidere sulla base dei parametri determinati dal diritto, dal principio di giuridicità, attraverso la

---

<sup>723</sup> Attraverso dell'esercizio di competenze discrezionali l'attività amministrativa può scegliere tra più soluzioni compatibili con la cornice di giuridicità. Ciò implica l'osservanza e applicazione di criteri di effettività, accanto ai criteri di validità: "*la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la Administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través de toda una serie de variados parámetros*". E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 221 a 222.; B.G. Mattarella, «Il procedimento...»cit., p. 297.

<sup>724</sup> D. Crocco, *op.cit.*, p. 148.

<sup>725</sup> Ad esempio, la "*buena administración no es en su origen un concepto jurídico, y pertenece más bien al ámbito de la ciencia de la organización, al estudio de las relaciones entre los objetivos que el Estado encarga a la administración y a los resultados conseguidos por esta en desarrollo de su actividad administrativa. Es cierto, en todo caso, que en un sistema construido sobre el principio de legalidad (en realidad, sobre la rule of law) aquel concepto de "buena administración" termina por ser inevitablemente juridificado, precisamente porque los objetivos son atribuidos a la administración por reglas jurídicas*". Marco Dugato, «Buena administración para la paz», *La constitucionalización del derecho administrativo. Tomo II: el derecho administrativo para la paz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 333 e 334.

<sup>726</sup> B.G. Mattarella, «Il procedimento...»cit., p. 299.

<sup>727</sup> «La sfera discrezionale appartiene solo al momento interpretativo della norma, da cui estrae tutti i possibili contenuti precettivi e ciò in presenza di norme a carattere sintetico di cui l'Amministrazione svela (o discerne) la possibile estensione. Non diversamente da quanto avviene per l'analogia che pure appartiene (sebbene con diversa funzione) al campo dell'ermeneutica. (...) ma di discrezionalità si parla, anche, quando si è in presenza della valutazione e interpretazione del modo di essere degli elementi della fattispecie reale ("discrezionalità tecnica"). In realtà, si è sempre ed unicamente in presenza di attività interpretative, solo che, anziché utilizzare i principi giuridici che servono per l'ermeneutica della norma si tratta qui di utilizzare i principi delle conoscenze tecniche che consentono la rappresentazione della fattispecie nella sua realtà". Feliciano Benvenuti, *Disegno della amministrazione italiana: linee positive e prospettive*, Diritto e amministrazione, Padova, CEDAM, 1996, p. 195 a 196, 201.

<sup>728</sup> Nel diritto amministrativo, ad oggi, discrezionalità non è più sinonimo di libertà, anche se lo era inizialmente. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 221.; B.G. Mattarella, «Il procedimento...»cit., p. 299.; Andrés Betancor Rodríguez, «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder», Luis Arroyo Jiménez, et al. (a cura di), *El juez del derecho administrativo: libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 146.; T.-R. Fernández, *Del arbitrio...cit.*, pp. 59 e 60.; H.A. Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativacit.*, p. 1002.

ponderazione “dei diversi interessi in gioco”<sup>729</sup>. Detti criteri, appunto, inglobano gli obiettivi o i fini, i diritti fondamentali, i principi di proporzionalità e uguaglianza, e tutti i criteri di effettività (buon andamento, efficacia, efficienza, economicità, ecc.)<sup>730</sup>. In tale ottica, è che si può dire che l’effettività dell’attività amministrativa dipende (si deriva) dall’applicazione dei criteri di azione amministrativa, proprio attraverso l’esercizio dei poteri discrezionali, che abilitano la ponderazione di questi criteri e prendere le decisioni corrispondenti<sup>731</sup>.

Non si tratta di creare nuovi parametri di controllo delle competenze discrezionali poiché i parametri di effettività costituiscono, appunto, i criteri del loro esercizio<sup>732</sup> e, pertanto, del loro controllo. La giuridificazione dell’effettività o della correttezza, attraverso il buon andamento o il diritto alla buona amministrazione, comporta che addirittura le valutazioni di opportunità, fatte sulla loro base, rientrano nell’ambito giuridico e, per tanto, di ciò controllabile dal giudice<sup>733</sup> o dai controllori non giurisdizionali, soprattutto gli esterni. Tutti quei parametri di effettività che, in origine, erano considerati non giuridici, sono ora considerati come criteri giuridici per l’azione amministrativa o, piuttosto, come criteri per l’esercizio del potere discrezionale. Attualmente la sua natura non è messa in discussione, ma viene evidenziata la sua utilità per garantire la razionalità e l’effettività dell’azione amministrativa<sup>734</sup>.

Ne conseguono alcuni spunti per la soluzione di un quesito fondamentale in relazione del rafforzamento dell’incisività degli esiti del controllo dell’effettività: l’applicazione dei criteri dell’azione amministrativa e, quindi, dei criteri di effettività, attraverso dei poteri discrezionali, è determinata dalla finalità che l’azione amministrativa deve perseguire<sup>735</sup>. In questo senso, la discrezionalità è presentata come il risultato delle “norme di fine”, nel senso che *“solo ellas le otorgan una libertad*

---

<sup>729</sup> “Ogni decisione amministrativa, pertanto, a seconda dei casi, si traduce in una scelta sulla regola da adottare e da far rispettare, sul beneficio da elargire o sull’onere da imporre a questo o a quel privato. L’esercizio del potere di scelta richiede l’accertamento e la valutazione di fatti individuati dalla legge come presupposto della decisione pubblica”. G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 162.

<sup>730</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 221.; G. Corso, *L’attività amministrativa...cit.*, p. 124 a 131.

<sup>731</sup> “*La discrecionalidad administrativa constituye, pues, la expresión cifrada de una forma propia y autónoma de llevar a cabo una ponderación dirigida y pautada por la ley. Al mismo tiempo con el concepto de discrecionalidad se alude a la estructura jurídica en que se concreta el modelo de actuación de la Administración pública caracterizado de ordinario por una mayor apertura. Con ello quiere decirse también que la discrecionalidad es un concepto jurídico y no sólo un ámbito de libre configuración política (...). Los criterios que sirven de guía para el ejercicio de la discrecionalidad constituyen una suerte de directriz jurídica para la actuación de la Administración*”. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»*cit.*, p. 102.

<sup>732</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 104.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 200.

<sup>733</sup> M. Beltrán de Felipe, *op.cit.*, p. 76. Il ragionamento è indirizzato al controllo giurisdizionale, nonostante, se si accettasse la pienezza di questo tipo di controllo, a maggior ragione si dovrebbe accettare la pienezza di quello non giurisdizionale.

<sup>734</sup> “*En la doctrina los criterios o parámetros de la acción administrativa se estudias sistemáticamente distintas cuestiones básicas que se refieren al logro de una actuación administrativa que sea conforme a Derecho, racional y razonable. Los criterios son “orientaciones normativas de la acción administrativa” que van más allá de la mera legalidad y aspiran a la justicia: entre ellos se encuentran los de igualdad, proporcionalidad, economía, eficiencia, transparencia, búsqueda del consenso, etc. A través de estos parámetros se hace efectiva la racionalidad de la acción administrativa*”. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 347.

<sup>735</sup> “*El fin normativo determina el círculo de los criterios de corrección que legítimamente han de tenerse en cuenta, al tiempo que aporta indicaciones sobre cómo deban valorarse éstos en cada situación concreta en el marco de la ponderación típica en todo supuesto de ejercicio de discrecionalidad*”. *Ibidem*, p. 223.

*para elegir, de entre los varios inicialmente posibles, el medio o los medios que estime apropiados y convenientes para alcanzar el fin que la norma le impone*<sup>736</sup>. La centralità delle finalità nell'esercizio delle competenze discrezionali, e il ruolo dei parametri di effettività come criteri del loro esercizio, si evidenzia anche dalla necessità di ragionevolezza dell'azione amministrativa, nel senso che "se la norma legislativa attribuisce il potere e tipicizza il fine da raggiungere, l'interesse pubblico concreto, il potere deve perseguire il fine in maniera razionale, passare in maniera logica e razionale dall'astratto dell'attribuzione del potere al concreto dell'atto amministrativo tipicizzato"<sup>737</sup>.

Dunque, l'effettività dell'azione amministrativa, che si deriva dell'esercizio delle competenze discrezionali, non è altro che il raggiungimento del risultato previsto e, di conseguenza, la materializzazione dei presupposti dell'esercizio delle attività amministrativa, in particolare, della funzionalizzazione<sup>738</sup>, nel senso si "l'essere l'attività volta a un fine, ossia, nel caso in esame, alla cura degli interessi pubblici"<sup>739</sup>, poiché "funzionalizzare un'attività comporta la sottoposizione di tutti i suoi elementi a controllo"<sup>740</sup>; la responsabilizzazione<sup>741</sup>, nel senso che le responsabilità e le competenze dell'amministrazione e il loro controllo sono due facce della stessa medaglia<sup>742</sup>; l'amministrazione di risultato che, malgrado le diverse critiche<sup>743</sup>, ha portato a "riconoscere che il risultato da conseguire (...) sia il principale elemento di conformazione o funzionalizzazione della organizzazione e della attività della p.a. (...) si può ragionevolmente sostenere che la verifica del risultato raggiunto restituisce per così dire, certo per altra via, la possibilità di valutare la correlazione tra attività amministrativa e realizzazione dell'interesse generale, prima affidata esclusivamente ai controlli di legittimità"<sup>744</sup>.

Pertanto, se attraverso l'esercizio dei poteri discrezionali, che implicano l'applicazione dei criteri di effettività, l'amministrazione è autorizzata a scegliere i mezzi che consentono di

---

<sup>736</sup> T.-R. Fernández, *Del arbitrio...*cit., p. 56.

<sup>737</sup> F. Merusi, *La legalità amministrativa...*cit., p. 64.

<sup>738</sup> "Esiste, nell'attività amministrativa, una stretta relazione tra l'elemento soggettivo e l'elemento finalistico, in virtù della quale agli enti pubblici sono ricollegati fini specifici, concreta espressione dell'interesse pubblico inteso in senso generale, prima ancora che siano agli stessi enti forniti gli strumenti per il raggiungimento di detti fini". Marco Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 32.

<sup>739</sup> F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...*cit., p. 178.

<sup>740</sup> M. D'Alberti, *Lezioni...*cit., p. 173.

<sup>741</sup> "*La responsabilidad de la administración debe articularse mediante un sistema eficaz de control que ponga al mismo nivel jurídico la autonomía operacional y decisoria de la Administración y sus facultades de control*". M. Domínguez Marín, *op.cit.*, p. 95.

<sup>742</sup> "*El margen de autonomía y apreciación que tiene la administración pública debe ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control. Responsabilidades de la Administración y control constituyen las dos caras de una misma moneda, son elementos fundamentales del orden constitucional democrático*". E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 89.

<sup>743</sup> Critiche che, di regola, girano attorno della mancanza di effettività, di utilità pratica, nel senso che si potrebbe soffermare nella valutazione, senza nessuna conseguenza incisiva. "La formula è imprecisa e può servire come la teoria del flogisto, inutile per sé, ma efficace per le ricerche che stimolò". Sabino Cassese, «Cosa vuol dire l'amministrazione di risultato?», *Giornale di diritto amministrativo*, 2004: 941.; Guido Corso, «Amministrazione di risultati», *Annuario 2002 - AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 133.; R. Ursi, «La giuridificazione del canone dell'efficienza...»cit., p. 458 a 460.

<sup>744</sup> M. Cammelli, «Amministrazione...»cit., p. 122.

raggiungere il fine<sup>745</sup> e il risultato<sup>746</sup>, la conseguenza logica (in linea con i presupposti cardinali di potere pubblico) dovrebbe essere la garanzia di un controllo incisivo, non solo collaborativo - informativo. Altrimenti, non si potrebbe garantire l'effettività, né nessuno dei presupposti accennati. Il fine, la funzionalizzazione e il risultato diventerebbero soltanto dichiarazioni di buone intenzioni, sprovviste di qualsiasi forza giuridica. Pertanto, l'incisività del controllo dell'effettività, quale mezzo effettivo di limitazione e razionalizzazione del potere pubblico<sup>747</sup>, si basa sul fatto che i parametri che ne consentono la realizzazione sono gli stessi che l'amministrazione deve utilizzare, nell'esercizio dei poteri discrezionali. In entrambi i casi, questi criteri cercano la piena soddisfazione delle finalità e dei risultati attesi, dunque, rinunciare al suo controllo incisivo sarebbe arrendersi all'arbitrarietà dell'amministrazione, cioè, l'esercizio dell'attività amministrativa al di fuori del diritto<sup>748</sup>.

Poiché l'amministrazione deve agire in modo ragionevole e razionale<sup>749</sup>, richiede un controllo incisivo di quei criteri che le hanno consentito o meno di soddisfare tali requisiti. Il rispetto dei parametri di effettività soltanto può essere garantito attraverso del controllo incisivo, non della rivelazione e valutazione della loro inosservanza. L'attuale configurazione dei risultati del controllo dell'effettività (di debole incisività) non è altro che l'approvazione, paradossalmente contemporanea, delle immunità di potere<sup>750</sup>. Quindi, su tale base, se il controllo si limita a indicare

---

<sup>745</sup> “Il problema, dunque, non è tanto se abbia ancora senso definire un concetto di amministrazione di risultato, quanto piuttosto delimitarne un significato che consenta di valutare la consistenza dell'azione sul piano giuridico. Sotto questo profilo appare particolarmente utile richiamarsi ad un concetto di amministrazione di risultato che poggi sulla pre-definizione degli obiettivi (*id est, standard*) che l'azione amministrativa deve raggiungere come parametri di interesse pubblico e presupponga la possibilità per l'amministrazione di adattarne i modi di esercizio ed i contenuti alle esigenze di volta in volta espresse dalla collettività, nel rispetto del principio di legalità e buon andamento di cui all'Art. 97 Cost.”. Daniele Senzani, «“Amministrazione di risultato” e gestione del rischio finanziario nei contrari pubblici. I modelli Eurosat», Antonio Carullo, Daniele Senzani, Franco Mastragostino (a cura di), *La dimensione finanziaria nel diritto amministrativo: risorse, controlli, responsabilità*, Bologna, Bononia University Press, 2019, pp. 141 e 142.

<sup>746</sup> “Non viene, quindi, fissato nella norma il contenuto degli adottandi provvedimenti ed è consentito all'amministrazione scegliere la soluzione più opportuna per soddisfare l'interesse pubblico”. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 33.

<sup>747</sup> “El control, como la separación de poderes en su conjunto, tiene por función la limitación del poder y la garantía de racionalidad. Desde una perspectiva dogmática, cabe decir que el control se erige en cierto modo en el antagonista de las amplias facultades de actuación del Ejecutivo”. E. Schmidt-Abmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 225.

<sup>748</sup> “*La arbitrariedad marca un límite de lo jurídicamente aceptable. Un límite infranqueable, que el Derecho no puede tolerar que se rebase en ningún caso so pretexto de tecnicismos de ningún tipo, que simplemente deben decaer cuando entren en conflicto con la necesaria defensa de esa barrera que separa lo jurídico de lo arbitrario*”. T.-R. Fernández, *Arbitrario, arbitraire...cit.*, p. 104.

<sup>749</sup> “L'antidoto contro il dispotismo, cioè, contro l'arbitrio nell'esercizio del potere, è la ragione. Se il principe deve conseguire il bene comune, cioè, conseguire un fine, il fine va perseguito razionalmente”. F. Merusi, *La legalità amministrativa...cit.*, p. 64.; T.-R. Fernández, *Arbitrario, arbitraire...cit.*, p. 91. Quest'ultimo ritiene che “*una conducta es arbitraria cuando no tiene otro soporte que la voluntad de su autor, cuando no está sustentada por razones que puedan no ya explicarla, sino justificarla*”.

<sup>750</sup> Immunità del potere che si intendevano finite con l'ascesa dello Stato di Diritto e, ad oggi, con l'inclusione di meccanismi che permettono l'esercizio ragionevole del potere, anzi, che intendono la ragionevolezza come caratteristica connaturale di esso. Si veda, E. García de Enterría, «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, fasc. 38, 1962: 204 e 205.; T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...cit.*, p. 213.; F. Merusi, *La legalità amministrativa...cit.*, p. 89.



che il risultato non è stato raggiunto, verrà comunque catturato in una logica di controllo della legalità-validità, impedendosi un'analisi dell'esercizio dei poteri discrezionali e condannando all'effettività parziale del controllo (limitato alla validità) e all'incertezza dell'effettività dell'attività amministrativa, in quanto il primo sarà limitato a riferire che il risultato non è stato raggiunto, poiché sono stati inosservati i criteri di effettività (di esercizio della discrezionalità), ma senza apportare nulla in relazione alla garanzia effettiva di raggiungimento o di miglioramento della gestione per raggiungerlo in futuro.

Dunque, sebbene i controlli non giurisdizionali riguardanti la gestione (effettività), interni o esterni, siano differenziabili dalla prospettiva soggettiva (le parti coinvolte) e dalla prospettiva oggettiva (atti o attività), il che garantisce la non duplicità di funzioni, dalla prospettiva dei parametri, del giudizio, dell'esito (misura) hanno un regime comune. La funzione complessiva del controllo amministrativo non giurisdizionale, sia interno o sia esterno, a prescindere del soggetto tradizionalmente ritenuto come "referente" deve essere lo stesso: non solo riferire ad un altro organo le criticità, ma adottare (decidere per controllare<sup>751</sup>) le misure pertinenti che secondo il suo giudizio devono essere attuate al fine di adempire e rispettare appieno i parametri.

Il controllo non sarà effettivo se continua a limitarsi al referto: la sua finalità non si può limitare a riferire ai vertici politici (nei casi dei controlli interni) o agli organi rappresentativi (nei casi dei controlli esterni) con lo scopo che essi adottino, eventualmente, le misure per attendere le criticità<sup>752</sup>. Al contrario, per garantire il rispetto dei parametri e il miglioramento delle criticità, il controllo riferito deve essere dotato di effettività reale, solo in questo modo sarà in grado di adempire la finalità attribuita. Infatti, autorevole dottrina afferma che uno degli elementi comuni a tutte le forme di controllo è "lo scopo per il quale il controllo viene esercitato, che consiste nell'accertare o nel garantire che quanto forma oggetto di controllo risponda a determinate regole"<sup>753</sup>. Esito che solo è raggiungibile se l'esito del controllo è incisivo.

In sintesi, nonostante le sue finalità teoriche e normative, i poteri di controllo dell'effettività non sono di controllo, non sono destinate a questo fine e, quindi, in pratica, non producono effetti del genere: il risultato è l'ineffettività sia dei controlli sia dell'attività amministrativa<sup>754</sup>. Pertanto, si devono aggiornare gli effetti dei controlli di effettività (di/sulla gestione), in modo tale di renderli in grado di controllare incisivamente le difformità, finora, solo riscontrate. In questo modo, l'attività di controllo della gestione sarà supportata dai suoi risultati<sup>755</sup> e acquisirà, di per sé, legittimità nei

---

<sup>751</sup> Il controllo di gestione dell'attività amministrativa può essere incisivo solo se la sua funzione va oltre la valutazione e l'informazione. "*La funcionalidad del control es siempre similar, pues está dirigida a corregir irregularidades jurídicas con el fin de restituir la legalidad (con o sin efectos invalidantes) y/o a resarcir los perjuicios causados*". J. Agudo González, *op.cit.*, p. 54 a 57.

<sup>752</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., pp. 1365 e 1366.

<sup>753</sup> *Ibidem*, p. 1344.

<sup>754</sup> Materializzando un eterno e periodico ritorno ai problemi che sono già stati evidenziati qualche tempo fa. "i controlli formalistici e minuti sono delle regnatele che servono per irretire i moscerini, non gli avvoltoi". Sabino Cassese, «I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione», *Il Corriere giuridico*, 1993, 2 edizione, p. 217.

<sup>755</sup> "*La acción administrativa no ha de ser solo conforme a la ley y al Derecho, sino que más allá de ese estándar mínimo debiera satisfacer otros criterios de corrección (eficacia, calidad, etc.) Si se opta por esa óptica, la aceptación de los ciudadanos crecerá sin duda*". E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 72.

confronti dei cittadini<sup>756</sup>, che emanerà, non dagli *input*, ma da *outputs, impacts y outcomes*<sup>757</sup>. Cioè, precisamente la caratteristica che ha consolidato il monopolio giudiziario del controllo, contribuendo a smantellarlo, poiché sarà possibile verificarne il suo valore, la sua influenza nell'effettività, nella correzione e nel miglioramento dell'azione amministrativa e nel raggiungimento dei fini attribuiti agli oggetti controllati.

Tuttavia, tali effetti, certo incisivi, devono essere impostati a seconda della sua natura, il che rileva l'impossibilità sostanziale di trapassare gli effetti propri del controllo di legalità-validità ai controlli di legalità-effettività. Ciò mette in luce in luce due argomenti diversi, da un lato, l'indubitabile ammissibilità del controllo incisivo della discrezionalità e con questo dei parametri di effettività, dall'altro, la sua modulazione. Il primo, che è stato sviluppato adesso, supporta il controllo incisivo dell'effettività, mentre il secondo, che si svilupperà nel comma seguente, determina il confine fra il controllo di validità e di effettività.

Se è chiaro e pacifico considerare che i parametri che servono a controllare l'effettività sono giuridici, si ottiene un effetto decisivo e un'utilità nella pratica amministrativa, poiché si fornisce una base razionale per l'applicazione delle conseguenze giuridiche derivate della trasgressione di qualsiasi parametro, poiché la verifica della sua mancanza di rispetto non è sufficiente per garantire la sua osservanza, quindi, richiedendosi la generazione di effetti e conseguenze incisive. Pertanto, la proposta consente di affiancare l'attuale problema, nel senso che quei parametri diversi da quelli tradizionali di legalità-validità, sin dalla sua costruzione, adesso sono concepiti come capaci di generare conseguenze nel mondo giuridico, cioè sono criteri dell'esercizio dell'attività amministrativa, che oltre ad espandere il sistema di fonti, rivela un'interazione tra le sue parti molto più complessa ed eterogenea, rispetto a quella delle fonti di sistema tradizionali<sup>758</sup>. Il punto è che l'unico limiti di ciò controllabile incisivamente è il divieto degli ambiti sprovvisti di controllo.

Dunque, ad esempio, l'inosservanza di un parametro di effettività (raggiungimento del risultato) o di parametri tecnici contenuti negli strumenti di *soft law* (standard di qualità e di gestione) o *hard law* (norme urbane, norme ambientali) deve avere una conseguenza con la stessa incisività presente nei casi dell'inosservanza dei parametri di legalità-validità (regole procedurali, attribuzione di competenza, requisiti per accedere a un posto di lavoro), dopotutto, sono tutti parametri giuridici. Ciò, comunque, non significa che l'incisività sia uniforme e invariabile per tutti i parametri, al contrario, deve essere modulato, come viene analizzato.

---

<sup>756</sup> “Los poderes administrativos ya no son legítimos únicamente por emanar de la ley, expresión de la voluntad popular, sino también, y sobre todo, por servirles a las personas, por ser útil a la sociedad”. A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., p. 70.

<sup>757</sup> “Por output se entiende el producto en sí mismo y las consecuencias concretas e inmediatas que derivan de una medida adoptada, en tanto que impact alude a los efectos a corto plazo sobre la acción del grupo de objetivos perseguidos (micro - efectos). Outcome, por su parte, hace referencia a los efectos a largo plazo de una medida sobre el entorno o hábitat social, económico o de cualquier otra naturaleza (macro - efectos).” A. Voßkuhle, *op.cit.*, p. 165 a 166.

<sup>758</sup> Cfr. J. Barnes, «Algunas respuestas del derecho administrativo...»cit., p. 259 a 303.

## **2. La misura del controllo non giurisdizionale dell'effettività: modulazione degli effetti del controllo dell'attività amministrativa con lo scopo di controllare l'effettività e la correttezza**

Riprendendo il percorso dell'indagine dalla conclusione precedente, occorre rilevare che il principio di giuridicità ha permesso di pareggiare tutti i criteri di azione amministrativa, in modo tale che quelli di validità e quelli di effettività, adesso, costituiscono un unico insieme di criteri, precisamente, giuridici. Ne deriva che l'osservanza o meno di questi parametri giuridici deve essere controllata in modo incisivo, nel senso di produrre effetti diretti, concreti e certi al fine di correggere le criticità, altrimenti, l'assenza di questo tipo di effetti condannerebbero, sia all'attività sia al controllo, all'ineffettività. Rinunciare al controllo incisivo dell'effettività significa anche avallare l'arbitrarietà dell'esercizio dell'attività amministrativa, poiché se il controllo si sofferma nel rivelare le criticità non riesce a garantire il rispetto dei parametri che controlla.

Tuttavia, come anticipato, l'inosservanza dei diversi parametri (validità o effettività) di azione amministrativa non generano gli stessi effetti (conseguenze), tutti essi devono essere incisivi -in ciò risiede la proposta dell'indagine-, ma devono anche essere modulati, in funzione del tipo di competenza controllata (vincolata o discrezionale), a prescindere della natura del parametro, poiché tutti sono di giuridicità. Nel primo caso, gli effetti incisivi, diretti, concreti e certi continueranno girando a torno della validità o meno dell'oggetto controllato; mentre che nel secondo caso gli effetti incisivi si materializzano nell'obbligo esplicito di giustificare la decisione presa. Dunque, in linea di massima, senza ancora soffermarsi sulle particolarità della modulazione, se un criterio di effettività costituisce un criterio di esercizio di una competenza vincolata, l'accertamento della sua inosservanza, in sede di controllo, deve comportare l'invalidità dell'oggetto controllato; mentre che se il medesimo criterio di effettività costituisce un criterio di esercizio di una competenza discrezionale, l'accertamento della sua inosservanza, in sede di controllo, una volta esaurito il controllo degli elementi vincolati, deve comportare l'obbligo di giustificare motivatamente la decisione, secondo i principi di ragionevolezza, razionalità e proporzionalità, in sede del procedimento dialettico di contraddizione con il controllore.

Questa proposta sembrerebbe riprendere il modello odierno di controlli conformativi e di integrazione-collaborativi, tuttavia, come si passa a sporre, le differenze sono marcate, soprattutto perché l'attuazione della proposta implica la soppressione dei controlli collaborativi, precisamente perché, come sottolineato, mancano gli effetti incisivi di controllo.

La questione fondamentale risiede, dunque, nella determinazione, caso per caso, del tipo di competenza attuata e controllabile, che sarà tendenzialmente vincolata o tendenzialmente discrezionale<sup>759</sup>. Adesso si farà cenno, esclusivamente, alla modulazione dell'incisività, passando dal caso più incisivo, per le competenze correlate, al caso meno incisivo, per il caso di poteri discrezionali. Il procedimento e la metodologia di controllo saranno affrontati nel Capitolo III.

---

<sup>759</sup> Perché, in astratto, nessuna competenza amministrativa è completamente vincolata o discrezionale. "È opinione diffusa che nella realtà comune si presentano assai di rado atti amministrativi totalmente vincolati. Esigui o perfino inesistenti infatti i casi in cui il potere discrezionale è del tutto assente". S. Cagnetti, *op.cit.*, p. 127.

In linea con la teoria tradizionale, la competenza vincolata si presenta, a prescindere dei parametri di azione (di validità o di effettività), poiché tutti sono giuridici, “quando la norma risolve, in via astratta e generale, la valutazione degli interessi e stabilisce il contenuto del provvedimento da adottare, allorché si verifichino i presupposti di fatto previsti dalla stessa norma”<sup>760</sup> e, pertanto, consente il controllo pieno e invalidante. Questo sarebbe il grado più potente di incisività, nel senso che, in questo caso, l’esito negativo del controllo di effettività implicherebbe l’invalidità dell’oggetto controllato (*nulidad* in Colombia, annullabilità o nullità, a seconda dei requisiti, in Italia), che, inoltre, colpirebbe l’efficacia giuridica. Questo sarebbe il caso del controllo successivo, che costituisce la regola generale del controllo di gestione, tuttavia, nei casi di controlli di gestione preventivi (sia previo o concomitante), gli effetti sarebbero, in linea di massima, anche invalidanti, eventi in cui essi inciderebbero impedendo l’acquisto dell’efficacia giuridica. La questione importante, in questa parte, è sottolineare che la mancata osservanza dei parametri di effettività-gestione, quando fanno parte dell’esercizio di una competenza vincolata, ha effetti invalidanti.

In questo caso è palese la produzione diretta, concreta e certa di un effetto, l’esito e la misura convergono e, dunque, non vi è bisogno dell’azione d’altri soggetti. L’esito positivo, a sua volta, implicherebbe la verifica del rispetto dei parametri di effettività, nell’esercizio della competenza vincolata. Dalla prospettiva soggettiva, l’incisività rimane invariata, cioè, a prescindere della natura del controllore -sia il giudice sia i controllori non giurisdizionali (interni ed esterni) - e della natura del controllato, l’esito negativo del controllo di gestione, nei casi in cui utilizzi parametri di effettività per eseguire competenze vincolate, sarà di tipo invalidante.

A sua volta, la competenza discrezionale si presenta, nei termini già accennati in precedenza, come la potestà di scegliere la soluzione più opportuna per soddisfare l’interesse pubblico, il che difficoltà il controllo perché si ritiene che, malgrado essa non significhi potere riservato o esento di controllo, e si introduce un nuovo confine, non sempre determinabile, fra discrezionalità e merito, al fine di stabilire che quest’ultimo non è controllabile<sup>761</sup>. Quindi, nonostante il fatto che il percorso storico abbia cercato di ridurre la portata dell’arbitrarietà amministrativa, portando i poteri discrezionali verso il diritto, in realtà, il merito amministrativo rappresenta e materializza un’area che sfugge al controllo e, ancora più grave, ciò accade con il beneplacito dello stesso diritto, sulla base della necessità della scelta libera e dell’opportunità amministrativa.

Tuttavia, occorre sottolineare che questo ragionamento, come spiegato, si fonda sui binari del monopolio giurisdizionale del controllo e, in ogni modo, implica avallare, in modo contrario allo Stato costituzionale, ambiti dell’azione amministrativa sprovvisti di controllo. Pertanto, occorre passare a spiegare come la struttura del potere/competenza discrezionale è composta da una sorta di stratificazioni, in funzione del grado di ampiezza della libertà di scelta. Cioè, vi sono

---

<sup>760</sup> F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 33.; G. Corso, *L’attività amministrativa...cit.*, p. 124.; F. Merloni, *op.cit.*, p. 242.; B.G. Mattarella, «Il procedimento...»*cit.*, p. 301.

<sup>761</sup> “Si dice, correttamente, che il giudice amministrativo conosce della legittimità dell’atto, ma non del merito della decisione, perché la valutazione dell’opportunità del provvedimento spetta all’amministrazione, non al giudice (in omaggio ad una concreta visione della separazione dei poteri)”. F. Merloni, *op.cit.*, p. 246.; M. D’Alberti, *Lezioni...cit.*, p. 191.; B.G. Mattarella, «Il procedimento...»*cit.*, p. 300.

ambiti, all'interno della discrezionalità, che vanno dalle competenze vincolate alla discrezionalità pura o merito. Ciascuna di queste due aree è pienamente controllabile in modo incisivo, quella è la garanzia derivata dello Stato costituzionale: il divieto dell'arbitrarietà e del potere sprovvisto di controllo<sup>762</sup>. Dunque, questi strati del potere discrezionale implicano *“una distinción de los ámbitos funcionales donde la actividad administrativa resolutive es reglada y subjuntiva (donde prima el mandato constitucional de objetividad) y aquellos otros ámbitos funcionales donde la actividad administrativa es conformadora, con más o menos campo para la ponderación de intereses y valoración de la realidad”*<sup>763</sup>.

In relazione con i c.d. elementi vincolati della competenza discrezionale, occorre chiarire che dopo di aver superato la teoria che le riteneva come ambiti di libera scelta, di imprecisione o di vuoto normativo, fu possibile concepirle come manifestazioni di un'autorizzazione esplicita dell'ordinamento giuridico per la soddisfazione di un fine<sup>764</sup>. In questo senso, si può affermare che non vi è discrezionalità in assenza dell'apposita autorizzazione dell'ordinamento giuridico e, pertanto, la portata di qualsiasi competenza discrezionale si deriva dalla struttura normativa in cui sono stabilite. Pertanto, la libertà di valutazione per la scelta discrezionale deve rispondere agli elementi vincolati e derivati dalla norma in cui è prevista, che costituiscono il *quantum* della discrezionalità. Questi elementi sono, al meno, tre: la densità normativa e il perimetro normativo e il fine da raggiungere.

I primi due possono essere sviluppati assieme poiché sono vincoli e limiti espliciti, che non possono essere ignorati nell'esercizio delle competenze discrezionali e nella attuazione dei parametri di effettività. La densità normativa si riferisce ai criteri o le linee guida che la norma abilitante (della competenza discrezionale) stabilisce espressamente. Varia da caso a caso e costituisce l'ambito e il limite esterno di discrezionalità<sup>765</sup>. A sua volta, il perimetro normativo si riferisce ad altri vincoli della competenza e della libera scelta, derivati dal sistema normativo a cui tale competenza appartiene, vale a dire limiti derivati dall'ordinamento giuridico<sup>766</sup>.

In relazione con il terzo elemento, come accennato, è chiaro che il fine e il risultato dell'attività amministrativa costituiscono elementi imprescindibili e cardinali. Si pensa che i risultati siano *“l'aspetto che è più complicato e difficile definire nel caso della pubblica amministrazione”*<sup>767</sup>. Tuttavia, il fine continua ad essere uno degli elementi minimi che devono essere previsti nelle norme, essa costituisce la garanzia di funzionalizzazione dell'attività amministrativa<sup>768</sup>. Dunque, il risultato, anche se sia difficile di raggiungere, non è affatto

---

<sup>762</sup> *“La prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (...) no tiene excepciones, es absolutamente general, subjetiva y objetivamente”* T.-R. Fernández, Arbitrario, arbitraire...cit., p. 103.

<sup>763</sup> M. Domínguez Marín, *op.cit.*, pp. 94 e 95.

<sup>764</sup> In questo senso, la discrezionalità si distingue, come una situazione voluta, dalla mera indeterminatezza o impressione della norma, involontaria e, quindi, non voluta. Si veda, T.-R. Fernández, *Del arbitrio...cit.*, p. 41.

<sup>765</sup> Cfr. H.A. Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa*, p. 1002.; T.-R. Fernández, *Del arbitrio...cit.*, p. 60.

<sup>766</sup> *“Y es que el sistema jurídico y los diferentes subsistemas o instituciones que lo integran no son mudos, aunque pueda serlo la concreta norma con la que podemos estar operando”*. T.-R. Fernández, *Del arbitrio...cit.*, p. 64.

<sup>767</sup> G. Reborá, *op.cit.*, p. 17.

<sup>768</sup> Ad esempio, nel caso dei contratti pubblici si afferma che l'amministrazione per/di risultati implica che essa “non possa più prescindere da alcuni principi che oramai ne informano pienamente l'azione a mezzo contratti. Tra questi,

indeterminato o indefinito. Nel comma precedente si accennava come i parametri di effettività guidano e impongono all'attività amministrativa, a prescindere dalla natura del soggetto che la esegue, un orientamento verso il raggiungimento dei risultati attesi. Vale a dire, l'attività amministrativa è rivolta al conseguimento degli obiettivi concreti che i governi, attraverso la legge (periodo per periodo), stabiliscono in ciascun settore amministrativo<sup>769</sup>. Tale finalità dovrebbero essere previste dalla legge, quello è il suo ruolo, in virtù del principio di giuridicità, mentre l'amministrazione è responsabile del perseguimento di essi, nell'esercizio delle competenze attribuite, di maggiore o minore portata. Dunque, il raggiungimento del risultato, soprattutto in quei casi in cui la legge ha fatto una programmazione finalistica, diventa obbligatorio<sup>770</sup>.

In tal modo, il fine di qualsiasi competenza amministrativa, compresa quella discrezionale, è un elemento vincolato<sup>771</sup>, come tale deve essere uno degli elementi minimi regolati dalla legge<sup>772</sup>. In questo senso, il fine condiziona e limita, in modo implicito ma incisivo, la scelta dei mezzi utilizzati e, quindi, l'applicazione dei parametri di effettività e l'esercizio della competenza discrezionale, anche nei casi in cui la norma abilitante sembra garantire la totale libertà nella scelta dei mezzi, perché non li menziona o non stabilisce criteri di scelta<sup>773</sup>. Risulta chiaro che l'esercizio del potere tendenzialmente discrezionale, indirizzato alla soddisfazione delle finalità e al raggiungimento dei risultati (funzionalizzato), "contribuisce a far assurgere il risultato (*rectius*, un interesse pubblico, concreto), quale esito di un'attività di gestione, da criterio di valutazione dell'attività, a parametro di sindacato del giudice amministrativo e del correlato giudizio sulla validità (o meno) di un atto amministrativo"<sup>774</sup>. Cioè, non soddisfare il fine prefissato o non raggiungere il risultato previsto, costituisce una palese fattispecie di inosservanza di un elemento vincolato della competenza e, pertanto, un vizio di validità.

Dunque, il controllo del raggiungimento del fine, dell'osservanza della densità normativa e del perimetro della competenza, vale a dire, del *quantum*, costituiscono controllo di legalità, puro

---

l'obbligo di definizione preventiva sia delle finalità di pubblico interesse da conseguire con riferimento ad un determinato periodo temporale, sia delle modalità negoziali mediante le quali tali finalità vengono perseguite. Tali condizioni peraltro, hanno oramai assunto valore di parametro rilevante anche sotto il profilo della legittimità". D. Senzani, «"Amministrazione di risultato" e gestione...»cit., p. 141.

<sup>769</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...*cit., p. 223.

<sup>770</sup> "Es más, en ocasiones resulta obligatorio evaluar y tener en cuenta los efectos, cuando la ley lleva a cabo una programación finalista (de resultados)". A. Voßkuhle, *op.cit.*, p. 170.

<sup>771</sup> A titolo illustrativo, si veda: Cfr. F. Merusi, *La legalità amministrativa...*cit., p. 64.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...*cit., p. 335.; D. Crocco, *op.cit.*, p. 149 a 151.; G. Corso, *L'attività amministrativa...*cit., pp. 125 e 126.

<sup>772</sup> "Almeno quattro devono essere gli elementi regolati dalla legge: l'esistenza stessa della potestà, la sua estensione (che non potrà essere illimitata), la competenza per attuarla, riferita ad un ente e, all'interno di questo, ad un organo, e da ultimo, il fine: dal momento che ogni potere è conferito dalla legge come strumento per conseguire una finalità specifica. (...) la norma può essere incompleta, ma a condizione che un minimo di presupposti e un minimo di effetti giuridici siano prestabiliti". G. Corso, *L'attività amministrativa...*cit., pp. 125 e 126.

<sup>773</sup> "Fruto como es de las normas de fin la discrecionalidad no es, ni puede ser nunca absoluta, porque el fin que estas normas proponen condiciona y limita seriamente per se la libertad de elección de los medios que otorgan y ello aunque el texto literal de la norma habilitante de la que en cada caso se trate parezca prima facie conceder una libertad total al omitir toda referencia a los medios y no ofrecer tampoco criterio alguno para la elección de uno concreto". T.-R. Fernández, *Del arbitrio...*cit., pp. 59 e 60.

<sup>774</sup> P. Cotza, *op.cit.*, pp. 91 e 92.

e semplice<sup>775</sup> e, quindi, degli ambiti pienamente controllabile in modo incisivo, nel senso che l'esito negativo del controllo comporterebbe effetti incisivi invalidanti, derivati dall'inosservanza degli elementi vincolati, entro cui possono essere presenti i parametri di effettività stabiliti dalla norma abilitante o dal sistema (tecnico o specializzato) di cui fa parte. Insomma, l'inosservanza di questi elementi, nonostante sia una competenza discrezionale, implica un controllo fortemente incisivo, nel senso che comportano, come regola generale, l'invalidità dell'oggetto controllato.

Tuttavia, occorre fare un cenno specifico agli effetti derivati di non raggiungere il risultato o il fine stabilito. Se essi costituiscono l'esito di un'attività gestionale e sono determinati nella norma che attribuisce il potere o la competenza, la loro non consecuzione non può continuare ad essere controllata, solo attraverso le situazioni sintomatiche di eccesso di potere, piuttosto, il risultato adesso passa "da criterio di valutazione dell'attività, a parametro del sindacato del giudice amministrativo e del correlato giudizio sulla validità (o meno)"<sup>776</sup>. Il punto è che, se il risultato non è stato raggiunto o qualche altro parametro di efficacia non è stato rispettato, il controllo non può limitarsi a informare o rivelare quella situazione critica; non sarebbe necessaria un procedimento di controllo, un apparato di controllo e un'istituzionalità di controllo, se il suo scopo è semplicemente limitato alla verifica del raggiungimento o meno di tale risultato, poiché ciò sarà evidente nella realtà e in termini pratici.

Questa logica di criterio di validità del fine può essere applicata, dalla prospettiva soggettiva del controllo, sia nel controllo giurisdizionale sia in quello non giurisdizionale. Dunque, in entrambi i casi, l'esito negativo del controllo, derivato della non consecuzione dei fini, implicherebbe invalidità. Ciò non comporterebbe nessun effetto nella logica del controllo successivo, in cui l'attività si è attuata senza raggiungere il risultato, ma certo che significherebbe un controllo incisivo del fine, nel senso di ribadire che la sua inosservanza è un vizio autonomo. Tuttavia, la rivendicazione del fine come elemento vincolato è molto importante per i controlli previ e concomitanti, che saranno analizzati nel Capitolo 3, in cui gli effetti incisivi del controllo non saranno sempre invalidanti.

Dopo del *quantum* della competenza discrezionale, cioè, dell'analisi degli elementi che sono precedenti e concettualmente non correlati alla libera scelta tra diverse possibili soluzioni, sì che si potrebbe parlare di discrezionalità pura<sup>777</sup>, nel senso di libertà ponderata di scelta e, dunque, soltanto dopo di esaurire l'analisi di questi criteri giuridici vincolati inizia l'ambito del merito o

---

<sup>775</sup> Il controllo del fine, della densità e del perimetro della competenza costituiscono controllo di legalità, puro e semplice. "Hablar de discrecionalidad sin más es como no decir nada, mientras no se precise el quantum concreto de la misma, que nunca es igual porque depende del fin y de la densidad de regulación de cada norma, que siempre varían de una norma a otra. (...) la determinación del quantum y la constatación de su eventual desbordamiento en un caso dado por la autoridad que aplica la norma no es todavía control de la discrecionalidad o arbitrio ejercido por ésta, sino control de legalidad puro y simple". T.-R. Fernández, *Del arbitrio...cit.*, pp. 60 e 61.; T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...cit.*, p. 124.

<sup>776</sup> P. Cotza, *op.cit.*, p. 93.

<sup>777</sup> "A partir de aquí, esto es, más allá de lo que la norma, debidamente contextualizada, dice, de lo que resulta, en una palabra, de su concreta densidad de regulación, ya no habría control de legalidad, porque a partir de ese punto comienza la discrecionalidad, el arbitrio en sentido propio, ámbito este en el que no cabe otra exigencia, ni otra comprobación que la de racionalidad y razonabilidad de su ejercicio" T.-R. Fernández, *Del arbitrio...cit.*, p. 125.

dell'opportunità<sup>778</sup>. Questa zona, comunque, può (deve) anche essere controllato, attraverso degli strumenti della proporzionalità, ragionevolezza e del vizio di motivazione<sup>779</sup> e, pertanto, sarà un controllo con incisività debole, perché l'amministrazione ha scelto una delle varie decisioni opportune per il caso specifico. Cioè, la percentuale delle competenze amministrative che ammettono un controllo debolmente incisivo è circoscritta al merito amministrativo che, comunque, è controllabile pienamente e incisivamente.

La spiegazione di questa conclusione si deriva dal fatto di smontare la concezione tradizionale del merito, in cui viene presentato come l'ambito al quale il controllo giurisdizionale non può/deve arrivare, poiché si considera come il margine di valutazione libera dell'opportunità, e in questa logica, in Italia, fu stabilita la giurisdizione di merito, come fattispecie di eccezione<sup>780</sup>. Si deve sottolineare che quell'area è anche controllabile, ma non attraverso dei meccanismi di controllo della validità, bensì della ragionevolezza, razionalità e proporzionalità della valutazione dei criteri di azione e nella decisione presa, attraverso di regole logiche o di comune esperienza, oggettive e verificabili: ecco perché l'elemento di contrasto, nel controllo, sia la motivazione<sup>781</sup>. Altrimenti, se si rifiutasse l'incisività degli esiti proposti, comunque debole, si legittimerebbe la fuga di una zona dell'azione amministrativa del controllo, rendendola arbitraria<sup>782</sup>. Pertanto, il merito deve essere anche controllato, senza che si possa ammettere alcuna causa esente<sup>783</sup>. Addirittura, si è affermato che nella cornice del controllo giurisdizionale, l'opportunità e il merito potrebbero rientrare, in questa logica, come parametri di legittimità, senza che ciò significhi la possibilità di sostituzione da parte del giudice<sup>784</sup>.

Occorre chiarire che la proposta di rafforzamento dell'incisività dell'esito del controllo, che include anche controllo del merito amministrativo, non significa l'eliminazione di quest'ultimo. Anzi, riconoscendo la sua utilità, nel senso che permette all'amministrazione pubblica di valutare

---

<sup>778</sup> In ogni caso, si dovrebbe chiarire che la discrezionalità e il merito sono talvolta confusi. "Il confine tra discrezionalità e merito è stato gradualmente spostato (...) ciò spiega l'ambiguità, nel diritto amministrativo, della nozione di merito, che viene a volte identificato non nell'area di libera scelta dell'amministrazione, ma nella valutazione discrezionale a essa spettante, sindacabile da parte dal giudice". B.G. Mattarella, «Il procedimento...»cit., p. 300.

<sup>779</sup> Cfr. Biagio Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, CEDAM, 2013, p. 85 a 91.

<sup>780</sup> In Italia si considera che solo in via eccezionale, nel caso della giurisdizione di merito, il controllo del giudice amministrativo non si limiti alla legittimità, ma si estende anche al merito (opportunità) della decisione. In questo tipo di giurisdizione emerge chiaramente l'influenza del tradizionale principio di separazione dei poteri pubblici. Cfr. F. Merloni, *op.cit.*, pp. 408 e 409.; A. Sandulli, *op.cit.*, pp. 663 e 664.; A. Police, «La giurisdizione di merito...»cit.

<sup>781</sup> "Cuando una decisión o una resolución cualquiera es susceptible de ser calificada de arbitraria por su irracionalidad o su falta de justificación razonable, es decir, por la ausencia de una razón objetiva y externamente verificable que pueda sustentarla no hay, en efecto, obstáculo alguno que pueda impedir su expreso rechazo". T.-R. Fernández, *Arbitrario, arbitraire...cit.*, pp. 104 e 105.

<sup>782</sup> "L'azione dei pubblici poteri deve essere misurata razionalmente. L'antidoto contro il dispotismo, cioè, contro l'arbitrio nell'esercizio del potere, è la ragione". F. Merusi, *La legalità amministrativa...cit.*, p. 64.

<sup>783</sup> "No hay operación jurídica a la que la prohibición no alcance, ni acto o conducta que pueda eludirla so pretexto de la libertad que la ley haya otorgado al agente". T.-R. Fernández, *Arbitrario, arbitraire...cit.*, p. 103.

<sup>784</sup> Il sindacato dei poteri discrezionali implica che il giudice possa avere pieno accesso ai fatti, al fine di formarsi un convincimento autonomo, ma ciò non significa un "potere di sostituire la propria visione attorno ad essi, in assenza del riscontro almeno di una voce di illegittimità". B. Giliberti, *op.cit.*, p. 323.



in modo libero la scelte e l'opportunità di una apposita decisione<sup>785</sup>, deve garantirsi l'esercizio non arbitrario di quel potere. In questo caso l'incisività sarà debole, perché *“hay sí un margen de libertad y dentro de él un último núcleo, la zona de la razonabilidad (...) inaccesible, en principio, a todo control externo por parte de una autoridad distinta a la concretamente apoderada por la norma delegante, porque, si ésta se ha movido dentro de los límites de la libertad recibida, todo lo que puede exigírsele es que la opción por ella tomada en uso de esa libertad esté debidamente justificada”*<sup>786</sup>.

Pertanto, se gli argomenti usati per difendere l'immunità al controllo sono il principio di separazione dei poteri pubblici ed evitare che un altro soggetto (principalmente il giudice) “si sostituisca all'amministrazione nel compimento delle scelte a essa riservate”<sup>787</sup>, questa pretesa di incisività debole del controllo del merito amministrativo li sconfigge facilmente. In relazione con il primo argomento, come si è spiegato, suddetto principio non significa l'isolamento fra i poteri o la sua esclusività, bensì, significa il divieto del potere sprovvisto di controllo, in un contesto del suo esercizio multi-organico. Pertanto, un vero omaggio a quel principio sarebbe vietare, in modo definitivo, l'immunità del merito amministrativo. In relazione con il secondo argomento, l'autonomia decisionale dell'amministrazione non è a rischio né sarà ridotta, perché l'incisività debole che si propone, implica che il controllo del merito sarà possibile solo dopo di aver esaurito il *quantum* della discrezionalità e solo in termini di ragionevolezza, razionalità e proporzionalità.

Dunque, l'incisività debole del controllo del merito si materializza nel suo effetto obbligatorio, ma non vincolante, come accennato nel comma 2 della Sezione III del Capitolo I, nel senso che se il risultato del controllo è negativo, emerge l'obbligo per il controllato di conformarsi alla soluzione delle criticità contenute nell'esito del controllo e, pertanto, adottare le misure stabilite nell'atto di controllo. Pertanto, nel caso in cui il controllo dell'effettività sia negativo perché il fine o il risultato non è stato raggiunto, il controllore deve specificare la modalità in cui l'esercizio di tale potere avrebbe portato all'effettivo raggiungimento del risultato, ovvero, in quei casi, il controllo non sostituirà la scelta discrezionale del controllato, ma, sulla base del mancato raggiungimento del risultato, il controllore indica la modalità di esercizio di tali poteri discrezionali, che avrebbe consentito di raggiungere gli scopi previsti.

Tuttavia, l'incisività non è vincolante perché il controllato può contestare la decisione di controllo, in una sorta di contraddittorio, mentendo in discussione, motivatamente, le misure da attuare e proponendo un intervento (reazione) diverso da quello che emerge dall'esito del controllo. Da rilevare che il baricentro di questo effetto risiede nell'onere specifico di motivazione della non conformità all'esito del controllo e di difesa della decisione presa, cioè, della ponderazione fatta<sup>788</sup>.

---

<sup>785</sup> Basato su una distinzione oggettiva che comprende la legalità come la conformità dell'atto con le norme giuridiche e l'opportunità come la capacità di adattarsi alle circostanze in cui viene presa la decisione. *“Il nous semble plus exact et plus rigoureux de donner des deux notions des définitions objectives, invariables quel que soit le degré de contrôle: comme on l'a dit, la légalité désigne la conformité de l'acte aux règles qui s'imposent à son auteur et l'opportunité son adaptation aux circonstances dans lesquelles il est pris”* D. Truchet, *op.cit.*, pp. 205 e 206.

<sup>786</sup> T.-R. Fernández, *Del arbitrio...cit.*, pp. 69 e 70.

<sup>787</sup> B.G. Mattarella, «Il procedimento...»*cit.*, p. 302.

<sup>788</sup> *“El análisis detenido de la motivación debería constituir el aspecto principal del control de la ponderación. No se trata en modo alguno de un análisis meramente formal. Por el contrario, el control del resultado de la ponderación*

Pertanto, se l'unica contestazione ammissibile, in relazione della scelta libera dell'amministrazione (fondata nel merito), riguarda la debita giustificazione della decisione presa, è logico che sia esigibile una motivazione adeguata e tempestiva, in cui siano esposte le considerazioni che hanno determinato la preferenza per quella soluzione concreta (adottata) e non per le altre possibili<sup>789</sup>.

Il problema principale (lacuna) che deve essere risolto con questa proposta incisività del controllo dei poteri discrezionali riferiti al merito amministrativo, risiede nel fatto che la soddisfazione delle finalità delle attività amministrative non può essere raggiunta attraverso controlli debolmente incisivi, che sono limitati alla valutazione e informazione di situazioni critiche (come nel caso dei controlli collaborativi di gestione non giurisdizionali) né attraverso controlli incisivi, ma che dichiarano semplicemente la validità o l'invalidità dell'oggetto controllato (come nel caso dei controlli giurisdizionali). Al contrario, la vera soddisfazione dei fini delle attività amministrative (il che significa la loro efficacia) sarebbe raggiunta attraverso controlli che, sebbene non sostituiscano, obblighino l'amministrazione ad adottare pienamente la decisione di fondo in modo tempestivo e ragionevole.

Perciò, alla fine, la decisione di fondo e la scelta fra le diverse possibilità spetta, di regola, esclusivamente alla pubblica amministrazione, chi deve adempire prima l'obbligo di fornire una motivazione adeguata (ponderata, ragionevole e razionale)<sup>790</sup> di difesa della sua scelta. Sarebbero due gli eventi in cui la decisione definitiva non la prende il controllato: primo, nel caso in cui il controllore non giurisdizionale ritenga insufficiente la motivazione, evento in cui si applica il carattere obbligatorio dell'esito del controllo e il controllato potrebbe sindacarlo innanzi il giudice; secondo nel caso in cui il controllore giurisdizionale ritenga insufficiente la motivazione, evento in cui si dovrebbe valutare, nel caso concreto, se il giudice può o meno sostituire all'amministrazione nella scelta amministrativa. In definitiva, la sufficienza o meno della motivazione offerta dal controllato la determinerà, se è così, il controllo giurisdizionale verso la decisione del controllato, evento in cui la funzione della giurisdizione, di controllore di *ultima ratio*, è favorita e arricchita dal procedimento di contraddizione fra controllore e controllato, in cui quest'ultimo ha mantenuto e giustificato la sua decisione.

Si aveva accennato che, dalla prospettiva soggettiva, l'incisività nel caso dei controlli di competenze vincolate dovrebbe essere uguale a prescindere della natura del controllore, il che

---

*se limita -si bien dependiendo de la densidad con la que se hallen formuladas las directrices de la ponderación. A la verificación de si algún interés o el elemento de la ponderación ha recibido en ella alguna valoración no proporcionada a su relevancia objetiva".* E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...*cit., p. 236.

<sup>789</sup> È ragionevole che i controllori, giurisdizionali o meno, "*exijan en primer término una motivación suficiente de las razones que han determinado a la Administración a elegir una solución concreta y a preferir ésta a las demás posibles. ¿Qué menos se le puede pedir a un gobernante o administrador a fines del siglo XX!*". T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...*cit., p. 125.

<sup>790</sup> Si tratta di una motivazione in senso sostanziale, poiché quando una decisione "appare irragionevole (...) si usa dire nel linguaggio comune che la decisione è immotivata oppure, con linguaggio tecnico, che è viziata per carenza o per insufficienza di motivazione. In questo caso il termine motivazione è usato in un'accezione che sta ad indicare un requisito sostanziale di qualsiasi decisione amministrativa, cioè che essa deve essere il risultato di un adeguato ragionamento fondato sulle circostanze di fatto e di diritto rilevanti nel caso di specie". D. Sorace, *op.cit.*, p. 398.; T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...*cit., p. 206 a 214.; Alejandro Nieto, *Una introducción al derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 68 a 72.

significa l'equiparazione piena delle norme di azione e delle norme di controllo<sup>791</sup>. A sua volta, nel caso delle competenze discrezionali l'incisività non dovrebbe di essere diversa, cioè, sia nel caso del controllo giurisdizionale sia nel caso di quello non giurisdizionale, l'estio sarebbe obbligatorio (e non vincolante) perché il controllore dovrà risolvere le criticità mediante l'esecuzione delle misure stabilite nell'atto di controllo, a meno che, in modo motivato e giustificato, fornisca una base per la decisione di risolverle in altro modo.

Tuttavia, secondo l'assetto odierno, in cui il giudice non può sostituire all'amministrazione, a meno che la discrezionalità sia ridotta a zero<sup>792</sup>, il risultato è che solo in via eccezionale il controllo giurisdizionale potrà garantire l'effettività dell'attività amministrativa, attraverso dell'adozione della decisione amministrativa (la c.d. sostituzione). A questo proposito, occorre sottolineare che la difficoltà del controllo giurisdizionale per arrivare al merito si deriva, bensì, come accennato, dalla natura stessa del giudice amministrativo. Esso fu concepito come un giudice della validità, pertanto, tutto l'assetto (azioni, processo, poteri, sentenze) girano attorno della verifica esclusiva di parametri di validità, il che gli impedisce (o gli rende difficile) di controllare le valutazioni fatte per scegliere la soluzione più opportuna. Ecco perché il giudice ha incorporato e rafforzato il vizio di eccesso di potere, che però, come accennato nel primo Capitolo, lascia ancora delle lacune al riguardo del controllo dell'effettività.

Questa barriera, al contrario, non si presenta nei casi dei controlli non giurisdizionali. Mentre il controllo giurisdizionale si trova intrappolato nella verifica della legalità-validità, potendo arrivare al controllo della discrezionalità solo attraverso del vizio di eccesso di potere e non potendo arrivare a spazi come l'opportunità, l'efficacia o il merito, il controllo non giurisdizionale è libero di catene del genere<sup>793</sup>. Si ritiene che nel controllo non giurisdizionale le norme di controllo siano anche composte da criteri di opportunità perché il controllore non giurisdizionale non limita la sua attività a questioni di legalità- validità, ma può estendere la sua analisi ai criteri di opportunità con cui è stato esercitato il potere discrezionale. Sebbene queste considerazioni siano fatte in relazione al controllo interno non giurisdizionale, esercitato attraverso dei ricorsi amministrativi<sup>794</sup>, la verità è che possono essere estese a tutti gli altri meccanismi di controllo non giurisdizionale, poiché in nessuna delle sue manifestazioni esisterebbe la limitazione anacronistica, derivata della lettura tradizionale del principio di separazione dei poteri, che limita il controllo del giudice alla legalità

---

<sup>791</sup> Cfr. J.M. Rodríguez de Santiago, *op.cit.*, p. 170 a 172.

<sup>792</sup> Come previsto nel comma 3, dell'art. 31 del C.P.A. Perciò, "*excepcionalmente, sin embargo, puede suceder que a partir de la aplicación de la aplicación de los propios criterios que la Administración ha ido explicitando a lo largo del procedimiento (y de los que queda constancia en el expediente) y de su interacción con las circunstancias fácticas del caso, el margen de discrecionalidad de la Administración se cierre (reducción de la discrecionalidad a cero), de forma que solo una de las decisiones posibles sea aceptable*". *Ibidem*, p. 176.

<sup>793</sup> In relazione con il controllo di legalità e di opportunità, si intende che "*il y a donc place, à cote du contrôle juridictionnel, pur un contrôle non juridictionnel, ces deux formes de contrôle état complémentaires*" J. Waline, *op.cit.*, p. 41.

<sup>794</sup> "*Mientras que en el recurso judicial se analiza solo con criterios jurídicos si la decisión adoptada vulneró en el momento que se adoptó algunos de los límites legales a los que estaba sometida, se dice que el órgano administrativo que conoce de un recurso de ese mismo carácter vuelve a ejercer el mismo poder administrativo de decisión, de forma que su función es la de alcanzar en esta vía la decisión más carterera y oportuna teniendo incluso en cuenta material disponible en el momento de resolver el recurso (aunque no lo estuviera en el momento de adoptar la primera resolución)*". J.M. Rodríguez de Santiago, *op.cit.*, p. 143.

e, soprattutto, secondo si è accennato nel comma precedente, perché tutti i criteri di azione amministrativa sono giuridici, compresi i criteri di opportunità. Il controllo del potere pubblico e la piena sottomissione alla legge sono le garanzie minime dello Stato costituzionale, ciò include il merito, come spazio di manovra riconosciuto dalla norma di azione ad un soggetto amministratore al fine scegliere liberamente scegliere tra il ventaglio di opzioni concretamente attuabili, di cui disponga l'amministrazione.

La situazione odierna non può stupire a nessuno, poiché si tratta di un paradosso voluto: da un lato, vi è una conoscenza consolidata delle criticità del modello ma, dall'altro canto, le risposte non si sono indirizzate verso il rafforzamento degli effetti che sono in grado di produrre i controlli. Pertanto, l'esito dei controlli di gestione-effettività potrà essere presentato come lo strumento che chiude il cerchio democratico dell'azione amministrativa e del suo controllo, non per il fatto di offrire agli organi rappresentativi ed agli stessi controllati un quadro di informazioni, di conoscenze e di elaborazioni, di solito accompagnati da richiami, moniti, raccomandazioni, ma per il fatto di produrre effetti incisivi, concreti, diretti e certi, sia perché (nel caso dei parametri vincolati) accertata l'invalidità dell'oggetto controllato, sia perché (nel caso dei parametri discrezionali puri) fa sorgere un obbligo specifico di motivazione e giustificazione della scelta attuata, sempre che sia diversa di quella segnata dal controllore.

Comunque sia, occorre sottolineare che la pretesa di effettività della "pienezza del controllo", non ha nessuna implicazione al riguardo dell'intensità o delle modalità di controllo<sup>795</sup>. Pertanto, se si condivide l'argomento secondo cui il controllo deve arrivare fino a dove arrivi il diritto, la conclusione non può essere la esclusione del controllo della discrezionalità, del merito o dell'opportunità, piuttosto, significa, appunto, l'affermazione del loro controllo.

Insomma, la soluzione al problema della debole incisività dei controlli di effettività, che in gran parte coincidono con i controlli non giurisdizionali, si deriva dal semplice fatto di sollevare la natura di tali parametri e ribadire la natura controllabile dei parametri che guidano l'esercizio delle competenze discrezionali. Pertanto, la pienezza del controllo non significa che tutte le decisioni dell'amministrazione siano controllabili come competenze vincolati, ma che persino quelle basate in competenze discrezionali, quelli che attribuiscono margine di scelta, di interpretazione e di autonomia decisionale, si derivano anche dalla cornice della giuridicità<sup>796</sup> e, pertanto, sono giuridicamente controllabili. Ciò dimostra la piena fattibilità, giuridica e pratica, del controllo della discrezionalità pura o merito amministrativo. Cioè, se quest'ultima può (deve) essere controllata in modo incisivo, al fine di evitare l'arbitrarietà nell'esercizio del potere pubblico, per inerzia si deve concludere che i parametri di effettività, che costituiscono l'esercizio della discrezionalità, devono

---

<sup>795</sup> Sui binari dell'identificazione del controllo con il giudice e della limitazione di quello controllabile all'attività formalizzata, si afferma che *"los calificativos pleno o plenario o el adverbio plenamente añadidos al sustantivo control no tienen apenas implicaciones acerca del hasta dónde..."*. M. Beltrán de Felipe, *op.cit.*, p. 77.

<sup>796</sup> In Spagna, il tentativo di costruzione positiva della discrezionalità ha condotto a proporre che *"todos los actos de la Administración son reglados (aunque admitiendo que unos conforme a tipos preestablecidos de emanación legal y otros conforme a fines o razón justificante). Ello ha conducido a que la discrecionalidad e incluso la oportunidad no sean el límite a la fiscalización del juez, pues van a estar sometidas a control"*. *Ibidem*, p. 75.

(possono) essere controllati in modo incisivo. Esiste solo un tipo di controllo dell'attività amministrativa: quello di conformità delle decisioni e delle gestioni all'ordinamento giuridico<sup>797</sup>.

### **3. Contrasti della validità con l'effettività derivati dal controllo della funzione amministrativa: irregolarità, carica motivazionale e argomentativa**

La debole effettività dell'attività amministrativa e dei controlli che utilizzano parametri diversi da quelli di validità si deriva dalla debole importanza dell'effettività stessa dell'azione amministrativa. Malgrado ad oggi si sia consapevole che quest'ultima non costituisce una semplice conseguenza dell'adempimento delle regole di validità, il regime giuridico non permette un atteggiamento e traguardo diverso perché i controlli del genere si limitano alla valutazione, misurazione e rivelazione dell'ineffettività. Pertanto, il sistema soffre di una patologia congenita che gli impedisce inevitabilmente di essere effettivo. Il percorso di aggiornamento ha implicato l'introduzione di parametri di controllo che permettono disanimi oltre la mera validità, ma ancora non il controllo della sua difformità.

Tutto ciò può spiegare in parte perché ad oggi, e malgrado le riforme avviate sul regime dell'attività e sul regime dei controlli, tutti e due continuano ad avere carenze di effettività. Questa è diventata l'immagine normale dell'azione amministrativa, essa è passata da essere un pregiudizio ad un giudizio, percepibile e verificabile<sup>798</sup>, nel senso che "la pubblica amministrazione è un organismo incorreggibile, che tende alla inefficienza, che spende troppo e male; facile da corrompere, che contrappone alla razionalità dell'impresa una burocrazia sovrabbondante e mal governata; è lenta e imprevedibile; imbrigliata in formalità in cui, ai più, sfugge il senso"<sup>799</sup>. Tuttavia, vi sono diverse situazioni in cui l'azione amministrativa non è conforme ai criteri di validità, ma raggiunge i risultati prefissati e soddisfa le finalità attribuite e, pertanto, caso in cui il controllo è in un dilemma fra l'effettività e la validità<sup>800</sup>.

Dunque, risulta palese che alla base del regime normativo tradizionale degli effetti dei controlli amministrativi non giurisdizionali si trova il dilemma tra legalità-validità e legalità-effettività, che ha portato ad affermare che controlli incisivi su quest'ultimo ambito implicherebbero ritardi, costi più elevati, usurpazione di poteri o di competenza e, in breve,

---

<sup>797</sup> "En todo caso la discrecionalidad (y su esencia, la elección o juicio de oportunidad sobre cómo servir los intereses generales) no se define ya como ámbito administrativo exento de control judicial". *Ibidem*, p. 78.

<sup>798</sup> La dottrina rileva che, in pratica, l'attività amministrativa e i suoi controlli giurisdizionali e non giurisdizionali sono ineffettivi perché, in linea di massima, continuano a privilegiare la validità sulla effettività. Si veda A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., p. 61 a 70.; S. Valaguzza, *op.cit.*, p. 15 a 48.

<sup>799</sup> S. Valaguzza, *op.cit.*, p. 27.

<sup>800</sup> Dilemma che non si presenta tra giustizia e arbitrarietà, nel senso che una decisione arbitraria, nei termini stabiliti, che sia ritenuta giusta deve sempre essere respinta dal diritto. In questa logica, l'elemento che rende obbligatorio rifiutare la decisione giusta, ma arbitraria, è l'assenza di giustificazione razionale, di motivazione, che permetta valutare la presunta giustizia. Pertanto, "arbitrario no significa lo mismo que injusto. Una decisión arbitraria, esto es, infundada, carente de otro soporte que no sea la mera voluntad de quien la adopta, puede no ser materialmente injusta (...) pero tiene que ser necesariamente rechazada por el Derecho porque niega la esencia misma de lo jurídico, que es ante todo un esfuerzo racional dirigido a la justificación de decisiones que aspira a sustituir la fuerza del Poder por la fuerza de la Razón". T.-R. Fernández, *Arbitrario, arbitraire...cit.*, p. 108.

aumento dell'inefficacia dell'azione amministrativa. Tuttavia, si trattava solo di pregiudizi, poiché si perdeva di vista il fatto che anche l'effettività fa parte dello spettro ampliato della legalità-giuridicità e che, pertanto, deve essere sempre perseguita e garantita<sup>801</sup>. Perciò, l'effettività diventa un pilastro dell'azione amministrativa, che ha comportato la positivizzazione normativa dei criteri che la compongono come parametri di azione amministrativa<sup>802</sup>.

In tal senso, lo scenario ideale sarebbe quello in cui l'oggetto controllato sia, allo stesso tempo, valido ed effettivo, cioè, conforme a tutti i parametri che lo regolano, nel caso specifico. Tuttavia, l'equivalenza astratta dei diversi parametri non si traduce in equivalenza pratica, al contrario, vi sono non poche situazioni in cui vi è tensione o collisione tra un oggetto controllato che è valido, ma ineffettivo oppure effettivo, ma non valido<sup>803</sup>, come nel caso in cui si pretende derivare dal controllo fiscale la consecuzione del risultato<sup>804</sup>. Pertanto, è necessario stabilire metodi e parametri per risolvere queste tensioni.

Come detto sopra, la soluzione dovrebbe essere l'assoluta, o almeno tendenziale, prevalenza dell'effettività, nel senso che solo ciò che nell'esercizio del controllo risulti efficace può essere considerato valido<sup>805</sup>, poiché una soluzione contraria (di prevalenza della validità) implicherebbe la ricaduta e il ritorno a scenari in cui l'amministrazione ha concentrato la sua attenzione sul rispetto incondizionato della validità, trascurando la garanzia degli elementi dell'effettività dell'azione amministrativa. Tuttavia, una soluzione di prevalenza dell'effettività implicherebbe una scomposizione inconcepibile del modello amministrativo, in cui la certezza del diritto e la garanzia

---

<sup>801</sup> Occorre sottolineare e ricordare che in occasione del presente indagine si intende l'effettività come concetto in cui si inglobano tutti quei parametri diversi dalla validità (buon andamento, correzione, efficacia, efficienza, economicità, ecc.) In questo senso, tutti quei criteri di azione, rivolti "ad assicurare la rispondenza dell'operazione e dell'atto al risultato di interesse pubblico (...) e perciò la produzione stessa del risultato", possono essere inglobati nell'effettività. Vincenzo Cerulli Irelli, Fabrizio Lucani, «La semplificazione dell'azione amministrativa», *Diritto Amministrativo: Rivista Trimestrale*, fasc. III-IV, 2000, p. 617.

<sup>802</sup> In Colombia, direttamente a livello costituzionale, nell'art. 209 della C.P.c. e a livello infra-costituzionale nell'art. 3 del CPACA. In Italia, come conseguenza dell'art. 97 della C.R.i. e a livello infra-costituzionale nell'art. 1 della L. 241/1990.

<sup>803</sup> Ad esempio, la dottrina italiana ritiene che, malgrado le società pubbliche a volte siano state efficienti, "il legislatore che si è occupato delle società pubbliche non ha mai inteso la semplificazione, l'efficienza e l'efficacia quali parametri per la costruzione e la definizione del relativo quadro normativo di riferimento". Marco Dugato, «Le società pubbliche tra semplificazione, economicità ed efficienza e le valutazioni del Giudice contabile», Franco Mastragostino, Salvatore Pilato (a cura di), *Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione*, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 92.

<sup>804</sup> Sillogismo chiaramente sbagliato, perché non sempre quando viene verificata la corretta gestione fiscale, il risultato atteso viene raggiunto o, paradossalmente, il risultato può essere pienamente soddisfatto tramite una gestione fiscale illegale o errata. Come nei casi, del regime colombiano, del pagamento dei "fatti compiuti", laddove la giurisdizione contenziosa-amministrativa ha ritenuto che, in via eccezionale e nonostante il titolo inesistente per chiedere il corrispettivo contrattuale, deriva per vizi o inesistenza del contratto statale, il diritto di ricevere il pagamento della prestazione erogata. Cioè, in termini pratici, è la convalida di un'esecuzione di bilancio illegale, basata sul riconoscimento della soddisfazione del risultato di interesse pubblico da parte del particolare. In relazione al regime giurisprudenziale dei fatti compiuti, si veda: C.E.c., *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera*, sentenze 5 de luglio 2018, N.: 76001-23-31-000-2011-01141-01.

<sup>805</sup> "Da una concezione in base alla quale tutto ciò che è legale, per ciò stesso, va ritenuto efficiente, attraverso una serie di passaggi, contrassegnati da altrettanti mutamenti di costruzione materiale, si perviene alla convinzione odierna che solo ciò che è efficiente può essere considerato legale e, in maniera più precisa, che è legale solo perché è efficiente". R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza...cit.*, p. 423.

di limitazione e razionalizzazione del potere risiedono proprio nella validità dell'azione. I parametri di validità non devono perdere il suo ruolo di punto di ancoraggio dell'attività amministrativa, cioè, anche se è stata rivendicata l'effettività, risulta palese che la legalità-validità continua ad essere il metro di misurazione della funzionalità dell'attività amministrativa<sup>806</sup>.

Pertanto, riconoscendo l'impossibilità di stabilire una soluzione definitiva o univoca, occorre sottolineare che la prevalenza di uno o di un altro insieme di parametri deve essere risolta in ciascun caso specifico. In questo senso, l'interazione, e talvolta la collisione, tra validità ed effettività può produrre quattro scenari: i) Lo scenario ideale sopra menzionato, in cui non vi è collisione poiché il giudizio di controllo porta alla conclusione che, allo stesso tempo, l'oggetto controllato rispetta entrambi gli insiemi di parametri; ii) lo scenario in cui l'oggetto controllato è invalido e inefficace, evento in cui non si verificherebbero collisioni e la misura di controllo dovrebbe garantire il rispetto di entrambi gli insiemi di parametri; iii) lo scenario in cui l'oggetto controllato risulti valido, ma ineffettivo, evento in cui l'esito del controllo deve prevedere le misure (incisive, dirette, specifiche e certe) volte a garantire il pieno rispetto dei criteri di effettività. Come accennato sopra, ciò non significa co-amministrazione, poiché, di regola, la decisione finale rimarrà nelle mani della parte controllata; iv) lo scenario in cui l'oggetto controllato è invalido, ma effettivo, in cui il dogma secondo il quale il fine non giustifica i mezzi, anche nell'attuale contesto di rivitalizzazione dell'effettività, continua a significare la prevalenza dei vizi di validità e, pertanto, si tratta di una logica che potrebbe impedire la garanzia dell'effettività<sup>807</sup>.

È proprio quest'ultimo scenario quello che interessa a questa parte dell'indagine, poiché la soluzione della collisione non può implicare la preminenza astratta della validità, a scapito dell'effettività, ma neanche la preminenza astratta dello scenario opposto. Ad oggi, nell'esercizio del potere pubblico il fine non giustifica i mezzi, quindi, anche se lo scopo principale è il raggiungimento delle finalità di ciascuna attività amministrativa (il risultato), ciò non potrebbe mai significare che la realizzazione del risultato avalla e/o permette l'uso di mezzi illegittimi. Il principio di legalità continua ad essere il baricentro dell'azione amministrativa. Dunque, si potrebbe affermare che le attività amministrative, prima di essere giudicate come effettive, per aver soddisfatto le sue finalità (ottenere il risultato) e rispettato i criteri del genere, devono essere legittime (valide).

Tuttavia, se in realtà i criteri di effettività hanno acquisito una entità analoga a quella dei criteri di validità, è necessario ponderare ed analizzare la natura del criterio di validità trascurato, per determinare se si tratta di una mera irregolarità<sup>808</sup> o di una violazione formale o

---

<sup>806</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 423 e 424.

<sup>807</sup> Si ritiene che il nuovo diritto amministrativo, in cui il rispetto delle regole di validità non è sufficiente, tuttavia, non *“deja de ser una ciencia jurídica. Esto quiere decir que la preocupación por la eficacia no significará, en ningún caso, que un vicio de legalidad de un acto pueda ser subsanado con el argumento de eficacia porque no todo vale”*. A.F. Ospina Garzón, «La eficacia en el derecho administrativo colombiano...»cit., p. 59.

<sup>808</sup> «L'irregolarità è la condizione del provvedimento caratterizzato da una difformità, rispetto allo schema normativo, il cui rilievo non è tale da viziare il provvedimento. Si tratta, quindi, di una condizione diversa dall'invalidità: ad essa la giurisprudenza fa spesso riferimento proprio per evitare l'annullamento di atti la cui anomalia non sia tale da pregiudicare gli interessi tutelati dalle norme». B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»cit., p. 406.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 334.

procedimentale<sup>809</sup>, non in grado di inficiare la validità dell'oggetto controllato e, quindi, che consente di mantenere il risultato ottenuto e far prevalere la conformità ai criteri di effettività. Evento in cui il dogma delineato sopra sarebbe attenuato, poiché la soddisfazione del fine o il rispetto di quegli altri criteri giustificerebbe i mezzi utilizzati, cioè, l'irregolarità o l'inosservanza di alcuni criteri di validità.

La determinazione del contenuto e della portata degli eventi in cui prevale la conformità a criteri di effettività, vale a dire dei casi in cui i criteri di validità non vengono rispettati ma, allo stesso tempo, i criteri di effettività sono rispettati, può avere come punto di partenza le fattispecie di irrilevanza, ai fini dell'annullamento del provvedimento, dei vizi derivanti dalla violazione delle norme inerenti al procedimento o la forma degli atti, contenute nell'art. 21-*octies* della L. 241/1990. Dunque, la soluzione proposta nell'ordinamento italiano, in logica di conservazione-avanzamento<sup>810</sup>, per i casi di collisione fra efficacia (uno dei criteri di effettività) e validità, può offrire elementi per la soluzione di altri casi di scontro. Chiarendo che i casi di mera irregolarità, né in Colombia<sup>811</sup> né in Italia<sup>812</sup>, costituiscono situazioni in grado di viziare di invalidità l'oggetto controllato: si tratta di "un'imperfezione minore del provvedimento che non determina la lesione di interessi tutelati dalla norma d'azione"<sup>813</sup>.

I casi interessanti, quindi, sono quelli derivati dal riferito art. 21-*octies*. Di regola si ritiene che l'efficacia di un atto presupponga necessariamente la sua validità e che, al contrario, possono essere individuati atti validi, eppure inefficaci. Però, in realtà, costatare che malgrado un atto sia viziato (annullabile) e possa continuare a produrre gli effetti previsti, finché i vizi non siano fatti valere secondo le regole processuali apposite, permette affermare che vi sono atti efficaci e invalidi (anche se in attesa della dichiarazione di invalidità). Fatto che risulta comprovato perché l'azione di annullamento (in Italia non quella di nullità), disapplicando il contenuto assoluto

---

<sup>809</sup> In Italia, "tale criterio si è tradotto, successivamente, nella c.d. regola del "raggiungimento dello scopo", della quale, in giurisprudenza, è stata fatta applicazione precipuamente in materia di comunicazione di avvio del procedimento, per escludere l'annullamento del provvedimento quando il mancato avviso non avesse impedito al privato di venire a conoscenza *aliunde* del procedimento e di parteciparvi". F. Lacava, *op.cit.*, pp. 366 e 367.

<sup>810</sup> Nel senso indicato nell'indagine, in base al quale è necessario effettuare un'analisi periodica degli strumenti giuridici al fine di determinare i loro difetti e correggerli, in modo che possano continuare a svolgere le loro funzioni.

<sup>811</sup> Ai sensi dell'art.45 del C.P.A.C.A. "*Artículo 45. Corrección de errores formales. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda*".

<sup>812</sup> L'irregolarità è "una figura non prevista dalle norme, ma applicata dalla giurisprudenza soprattutto per anomalie relative all'esternazione (difetto dell'intestazione, mancata indicazione dalla data o del numero di protocollo; errore nella citazione dei testi (...)) l'irregolarità non incide sulla validità né sull'efficacia". B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»cit., p. 406.

<sup>813</sup> "Per esempio, l'erronea indicazione di un testo di legge o di una data, un errore nell'intestazione del provvedimento, l'omessa indicazione nell'atto dell'autorità alla quale può essere proposto il ricorso e del relativo termine, la sottoscrizione illeggibile o anche la mancanza di una firma, un errore riconoscibile nell'individuazione dell'oggetto del provvedimento, ecc." M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 213.



dell'inefficacia<sup>814</sup>, prevede la possibilità di conservare e non annullare alcuni effetti già prodotti da un atto invalido o irregolare<sup>815</sup>.

Questo permette affermare che l'attenuazione del rigore della legalità formale, in virtù dell'impossibilità di annullare atti affetti da vizi che non inficiano la sostanza della decisione, rivela una rilettura delle regole procedimentale ispirata alla prevalenza della sostanza sulla forma<sup>816</sup>. Tuttavia, il problema centrale risiede nel trovare i limiti alle forme di illegittimità non invalidanti, con la doppia sfida di, da un lato, continuare a garantire che vi siano difformità formali o procedimentali che non possano viziare il raggiungimento del risultato e, dall'altro, che siffatte difformità abbiano un limite, nel senso che i criteri di validità garantiscano (effettivamente) la limitazione e la razionalità dell'esercizio del potere.

La normativa italiana in cui si privilegia l'efficacia sulla validità, ispirata dal regime tedesco, prevede due fattispecie: prima, uno limitato ai provvedimenti vincolati, nel senso che "il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" e, secondo, uno riferito ai provvedimenti vincolati o discrezionali, nel senso che "il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Questo regime, anche se non sia perfetto<sup>817</sup>, costituisce uno schema migliorabile che materializza la prevalenza della sostanza, nel senso che "le norme sul procedimento non si possono applicare in modo formalistico; la loro violazione non può invalidare il provvedimento amministrativo se il risultato concreto che si raggiunge è lo stesso che si avrebbe avuto in assenza di infrazione"<sup>818</sup>. Si tratta, in concreto, di fattispecie che includono l'attenuazione di garanzie tradizionali, che si pensavano indisponibili, come il principio del "dovuto processo legale"<sup>819</sup>. Occorre rilevare che non si sta affermando che l'azione amministrativa possa essere non conforme ai parametri di validità, pur che oltre ad essere legittima deve anche assicurare, in linea di massima, il rispetto dei parametri di effettività e la correttezza dell'azione amministrativa. In termini più rigorosi, ad oggi, non basta con la proscrizione dell'arbitrarietà dell'azione amministrativa (cioè,

---

<sup>814</sup> Nel senso che è opponibile a tutti perché l'atto non può essere fatto valere né a favore, né contro alcuno e pertanto non se ne può pretendere l'esecuzione.

<sup>815</sup> In Colombia, accade in materia di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 48 della L. 80/1993, in Italia, ai sensi del riferito art. 21 *octies* della L. 241/1990.

<sup>816</sup> La logica antiformalista della L. 241/1990 "ha suggerito una lettura delle nuove regole procedimentali ispirata alla prevalenza della sostanza sulla forma". F. Lacava, *op.cit.*, p. 365. Nell'ordinamento colombiano, detta prevalenza si deriva dall'art. 228 della C.P.c., secondo cui le forme non dovrebbero diventare un ostacolo all'efficacia del diritto sostanziale, ma dovrebbero tendere a soddisfarlo.

<sup>817</sup> Definito, addirittura, come un clone mal riuscito del regime tedesco. Si veda, *Ibidem*, p. 371 a 373.

<sup>818</sup> M. D'Alberti, *Lezioni...cit.*, p. 377.

<sup>819</sup> Che nell'ordinamento colombiano ha portato, ad esempio, ad attenuare il principio del dovuto processo in nome dell'efficacia. "*Se parte de una doble hipótesis: primero, no toda actividad administrativa debe desarrollar el mismo nivel de garantías ya que existen actuaciones administrativas menos rigurosas que otras para los derechos de las personas, y segundo, el nivel de exigencia del debido proceso administrativo no debe ser idéntico al judicial*". A.F. Ospina Garzón, «La justicia administrativa para la paz...»*cit.*, p. 678.

la sua legittimità), altrettanto si deve garantire il rispetto dei criteri di effettività dell'azione amministrativa. E questo non costituisce uno schema del tutto innovativo, anzi, materializza una tendenza avviata da tempo<sup>820</sup>.

Dunque, la sfida è stabilire la cornice in cui, di fronte all'inevitabile collisione e impossibile armonizzazione dell'effettività e la validità, si possa privilegiare la prima senza causare un sacrificio sproporzionato o eccessivo alle garanzie di validità<sup>821</sup>. Si tratta quindi di un progetto di armonizzazione e prevalenza (fra effettività e validità) derivato da una metodologia di approssimazione, di tentativi ed errori, che corrisponde, soprattutto, al legislatore<sup>822</sup>, insieme al prezioso lavoro di giurisprudenza e dottrina<sup>823</sup>.

Ne consegue, dunque, che la portata dei vizi formali e procedurali che, laddove vi sia contrasto con il rispetto dei parametri di effettività, non comportino l'invalidità dell'oggetto controllato esegue determinare una sorta di requisiti minimi e indisponibili, degli elementi essenziali dell'oggetto controllato. Si tratta della determinazione normativa, in sede di validità, degli elementi di formalità sostanziale e formalità non sostanziale, cioè, delle mere irregolarità, che vengono aggiunte a quelle tradizionali dell'istituto dell'irregolarità. Dunque, la prevalenza ponderata dell'effettività presuppone, prima, il riconoscimento del cambio di paradigma del procedimento amministrativo<sup>824</sup> e, secondo, della determinazione degli elementi minimi di validità (forma e procedimento), attraverso un metodo di approssimazione, cui inosservanza non consente la prevalenza degli elementi di effettività.

Oltre a questi elementi minimi, un'applicazione razionalizzata degli scenari di prevalenza dell'effettività sulla validità può essere favorita, da un lato, se si rivendica il ruolo dei ricorsi amministrativi e dei meccanismi di autotutela (come meccanismi di controllo interno) nel senso della sua previsione obbligatoria, come meccanismi al servizio della garanzia dell'ordinamento e della tutela piena ed effettiva del interesse pubblico e, dall'altro, se si stabilisce un regime di sanatoria dei vizi formali e procedurali, al fine di risolverli in sede amministrativa e di impedire la sua ulteriore presentazione in sede giurisdizionale.

---

<sup>820</sup> In relazione con il comma 2 dell'art. 21-*octies* della L.241/1990 si afferma che la sua portata innovativa consiste "non nell'aver introdotto *tout court* il principio della irrilevanza dei vizi formali che non compromettono il risultato dell'azione amministrativa ma, viceversa, nell'aver positivizzato ed esteso un principio già operante nel diritto vivente ed applicato in maniera sempre più frequente dalla giustizia amministrativa". F. Lacava, *op.cit.*, p. 423.

<sup>821</sup> Come nel caso rilevato nell'ordinamento giuridico in relazione al rischio di un sacrificio eccessivo del principio di partecipazione del privato, derivato del comma 2 dell'art. 21-*octies* della L. 241/1990. M. D'Alberti, *Lezioni...cit.*, p. 377.

<sup>822</sup> "Non ci si può nascondere, naturalmente, la possibile collisione in concreto tra amministrazione legale e quella di risultato. Ma quando ciò accade, il problema non è quello di rimettere in discussione in blocco la funzionalizzazione al risultato ma, più limitatamente, di chiedersi *chi* in un sistema come il nostro sia abilitato a sciogliere il contrasto". M. Cammelli, «Amministrazione...»*cit.*, p. 123.

<sup>823</sup> Nel rispetto della funzione dogmatica e politica della teoria sistematica del diritto amministrativo. Si veda, E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 7 a 9.

<sup>824</sup> Nel senso che "*el procedimiento puede servir, bien para resolver qué respuesta ha de dar la Administración en el caso concreto, o bien para determinar cómo ha de decidir cuándo la ley no ha predeterminado un resultado final. El procedimiento, pues, como mecanismo aplicativo del derecho o como método de búsqueda de soluciones no diseñadas por la ley*". J. Barnes, «Sobre el procedimiento administrativo...»*cit.*, p. 271.

In questo modo, nonostante gli elementi minimi di validità non garantiscano l'effettività<sup>825</sup>, sarebbe inconcepibile accettare, in un modello di Stato costituzionale, la garanzia illimitata dell'effettività. Al contrario, essa è plausibile solo se vengono rispettati quegli elementi minimi di validità, che materializzano precisamente lo scopo primario del diritto amministrativo, la limitazione e la razionalizzazione del potere pubblico<sup>826</sup>. Di questo modo, il rischio derivato della perdita o riduzione della tutela del privato, derivata dall'attenuazione del rigore degli elementi di validità, può essere risolta attraverso dell'ascesa della pretesa sostanziale<sup>827</sup>, che amplifica l'ambito di tutela, senza eliminare la funzionalizzazione dei requisiti di validità, poiché ci si esige la determinazione di un insieme di elementi minimi, appunto di validità, non disponibili e irriducibili.

Insomma, è chiaro che attualmente la funzionalizzazione dell'attività amministrativa richiede la sua conformità, sia con i parametri di validità che quelli di effettività. Pertanto, spetta a ciascuno degli attori, in base alla loro competenza, in primo luogo, garantire il pieno e armonioso rispetto di tutti i parametri e, in secondo luogo, ridurre gli scenari di collisione. Se ciò fosse inevitabile, in particolare quando gli elementi di validità sono inosservati, ma quelli di effettività sono rispettati - come nel caso dell'effettivo raggiungimento del risultato-, spetta agli stessi attori, in base alla loro competenza, determinare gli elementi minimi di validità la cui violazione non implica una semplice irregolarità, ma la invalidità.

---

<sup>825</sup> Perché è chiaro che la sola adempimento di elementi di validità non può permettere che si affermi la sua efficacia. Infatti, "oltre che sul piano astratto della idoneità a produrre effetti tipici, l'efficacia è talora presa in esame in termini di capacità effettiva (concreta) di un atto di produrre conseguenze nell'ordinamento: in questa prospettiva evidentemente la durata dell'efficacia finisce con il coincidere con l'esecuzione o la realizzazione degli effetti dell'atto". M.R. Spasiano, *op.cit.*, p. 300.

<sup>826</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 26.

<sup>827</sup> Strumenti come quelli contenuti nel comma 2 dell'art. 21-*octie* della L. 241/1990 implica il superamento "della tradizionale impostazione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto (...) ha rappresentato il precipitato dell'evoluzione del giudizio amministrativo e ha determinato l'ingresso ufficiale della pretesa sostanziale nel processo amministrativo". F. Lacava, *op.cit.*, p. 425.

### **CAPITOLO III. RICOSTRUZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DI CONTROLLO: CONTROLLO AMMINISTRATIVO NON GIURISDIZIONALE**

#### **Premessa**

Questo Capitolo pretende ricostruire il concetto di controllo non giurisdizionale dell'attività amministrativa, in modo tale da passare da una concezione per riferimento (eccezione) al controllo giudiziario, a una in cui il primo sia concepito, da un lato, come una delle attività amministrative, con un regime giuridico specifico (finalità, elementi costitutivi, procedimento, atti, ecc.), ma sempre riconducibile a quello della funzione amministrativa e del sottosistema normativo responsabile del suo studio, vale a dire, diritto amministrativo e, d'altra parte, come un insieme di meccanismi in grado di raggiungere alle aree dell'attività amministrativa a cui il controllo giurisdizionale non arriva o non controlla. In questo modo, la somma di entrambi i tipi di controllo (giurisdizionale e non giurisdizionale) può modellare un sistema di meccanismi complementari, in cui sia risolto il monopolio del controllo giudiziario e in cui sia anche controllata la legalità-effettività: un sistema in grado di proteggere e garantire la pienezza del controllo.

La pietra angolare della proposta di ricostruzione deriva dalla conclusione congiunta dei capitoli precedenti, ovvero dalla verifica che il sistema di controllo delle attività amministrative, giurisdizionale e non giurisdizionale deve essere caratterizzato da effetti incisivi e potenziali correttive. Questo perché la garanzia di pienezza del controllo richiede, da un lato, lo scioglimento del monopolio del controllo giurisdizionale attraverso, precisamente, l'attribuzione al controllo non giurisdizionale degli effetti con un'incisività analoga a quella detenuta dal primo e, dall'altro, superare il modello di controllo limitato ai parametri di legalità - validità, precisamente, attraverso l'attribuzione, al controllo non giurisdizionale, degli effetti che consentano, non solo di verificare, valutare e segnalare deformità, ma controllare efficacemente il rispetto dei parametri riferiti alla legalità - effettività e correggere dette deformità.

Pertanto, nonostante la polisemia del concetto di controllo, una volta che è funzionalizzato dal diritto, e in particolare dal diritto amministrativo, è caratterizzato da effetti (incisivi e correttivi) come un comune denominatore, indipendentemente dal soggetto o dall'oggetto controllato: il controllo è l'antagonista del potere/ competenza amministrativa e, pertanto, come tale deve essere incisivo e correttivo, ovvero deve garantire che le difformità dell'attività amministrativa siano corrette. Ciò si applica al controllo giurisdizionale e non giurisdizionale e richiede che il sistema di controlli sia depurato da quelli meccanismi che soddisfino tale scopo. Per questo motivo, si può affermare che si esercita l'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa (controllo non giurisdizionale) solo e purché tali meccanismi siano dotati di effetti incisivi (diretti, concreti e certi) e correttivi: cioè, il controllo è lo scopo, si decide per controllare, non si controlla per decidere.

Quindi, la pretesa di ricostruire l'attività amministrativa di controllo, oltre alle basi teoriche, dogmatiche e pratiche che sono state esposte, trova supporto nelle semplici scopi di materializzare la piena sottomissione del potere pubblico al diritto e di onorare le aspettative generate nel privato.

Senza un sistema di controllo che raggiunga incisivamente tutte le aree dell'attività amministrativa, ovvero, che oltre a rivelare le deformità le corregga, lo Stato di diritto, e tutti gli sviluppi successivi volti a limitare e razionalizzare il potere pubblico, non si saranno materializzati e, sfortunatamente, costituiranno semplicemente una dichiarazione di buone intenzioni, un'utopia costruita consapevolmente, a scapito della promessa fatta ai privati sin dagli albori della nascita dello Stato di diritto. In effetti, senza il pieno e incisivo controllo, è chiaro che i privati sono stati ingannati, almeno in parte. E questo è affermato non solo a titolo provocatorio, ma dalle prove mostrate in relazione agli spazi ampi e profondi privi di controllo, derivati dal monopolio giudiziario e dalla fissazione con legalità - validità.

Dunque, sulla base della vocazione sistematica del diritto amministrativo, la ricostruzione del concetto dell'attività amministrativa di controllo amministrativo consentirà di stabilire il punto di partenza per l'analisi, nella logica di conservazione – avanzamento, del suo regime giuridico. Cioè, il concetto, il cui nucleo sono gli effetti incisivi, faciliterà la connessione e l'interazione sistematica tra la parte generale (teorica) e la parte speciale (normativa) dell'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa.

Per sviluppare queste idee occorre analizzare i motivi per cui il controllo amministrativo costituisce, oltre a una tipica funzione giurisdizionale, anche un'attività amministrativa e, pertanto, fa parte della funzione amministrativa. In questo senso, questo tipo di controllo cessa di essere un'attività secondaria, accessoria, strumentale e contingente, per diventare un'attività amministrativa propria, il che implica una nuova cornice in primo luogo, per la sinergia tra il controllo e il resto delle attività amministrative (attività controllate) e, in secondo luogo, per l'aggiornamento degli elementi costitutivi della relazione di controllo (I). Questa ricostruzione consentirà, a sua volta, di effettuare un'analisi critica della tipologia dei meccanismi che compongono l'attività di controllo amministrativo, al fine di evidenziare che la garanzia di controllo pieno e incisivo non si esaurisce nei meccanismi che compongono l'attività amministrativa di controllo e, al contrario, richiede la costruzione di un sistema in cui concorrano anche i controlli giurisdizionali e legislativi. Ciò, inoltre, consentirà di depurare, nell'ambito dell'attività amministrativa, quei meccanismi che controllano per decidere (che non controllano) di quelli che decidono di controllare (che controllano) (II).

Infine, seguendo il filo conduttore segnalato, verranno analizzati aspetti concreti e trasversali del regime giuridico dell'attività di controllo amministrativo, come gli atti di controllo, la pianificazione, il procedimento e le questioni successive alla conclusione dell'azione di controllo, tra cui l'impugnabilità degli atti, l'esecuzione delle misure e la diagnosi della loro effettività (III).

## **Sezione I. Controllo amministrativo non giurisdizionale come funzione amministrativa: caratterizzazione e portata dell'attività amministrativa di controllo**

I fallimenti del sistema di controllo dell'attività amministrativa richiede la sua revisione e aggiornamento. Tuttavia, ciò non implica un rinnovo assoluto. Nella logica di conservazione – avanzamento è necessario effettuare una revisione critica della sua natura giuridica, il che determinerà la sua concettualizzazione e il suo regime giuridico. Questa revisione farà leva nel fatto che il controllo, in quanto antagonista del potere pubblico, non può semplicemente costituire un'attività accessoria e strumentale, ma, in realtà, è un'attività amministrativa autonoma, equivalente e differenziabile dalle attività amministrative tradizionali. Ciò deriva fondamentalmente dalle finalità perseguite, che non possono essere confuse con quelle delle attività controllate e che nell'attuale regime, a causa della sua posizione secondaria e strumentale, sono soddisfatte in modo contingente.

Le principali carenze dell'attuale modello di controllo sono state già illustrate. Le ombre teoriche, dogmatiche e normative hanno configurato un modello di controllo monopolizzato dal giudice e con un ambito limitato ai parametri di legalità - validità. Ciò ha comportato, da un lato, aree prive di controllo e, dall'altro, ineffettività dei meccanismi di controllo non giurisdizionali. La congiunzione dei problemi che caratterizzano il controllo dell'attività amministrativa, come affermato sopra, può essere condensata nel fatto che nei sistemi giuridici studiati, consciamente o inconsciamente, alle aree di controllo non giudiziario sono state attribuite quelle aree del attività amministrativa a cui non arriva il controllo giudiziario o, quando arriva, non controlla, ma questi meccanismi mancano, secondo il loro regime normativi, effetti incisivi, quindi il loro potenziale per correggere le diverse criticità riscontrate, in quelle aree, è molto bassa, per non dire nulla.

L'importanza degli effetti reali (risultati), e non solo potenziali, delle attività amministrative e del suo controllo si deriva di concepire allo Stato, in genere, e alla funzione amministrativa, in particolare, non come un fine in sé stessi, invece, da una prospettiva teleologica<sup>828</sup>, come istituzioni indirizzati alla soddisfazione di interessi pubblici<sup>829</sup>. Quindi, l'assenza della realizzazione dei fini previsti, sia per lo Stato sia per la funzione amministrativa, soltanto può significare il fallimento delle attività intraprese. In altre parole, l'unico fondamento del potere pubblico, dell'apparato statale e della funzione amministrativa è la soddisfazione dei diritti e degli interessi dei privati e la realizzazione dei fini attribuiti a ciascuna attività, se questi obiettivi non sono raggiunti l'attività è fallita e la sua ragion di essere è messa in dubbio.

La soluzione di questi problemi, secondo il filo argomentativo presentato, può essere chiara: è necessario attribuire effetti incisivi ai controlli non giurisdizionali, in modo tale da garantire un controllo effettivo delle aree di loro competenza. Tuttavia, questa soluzione solleva diverse

---

<sup>828</sup> Il diritto amministrativo in sé stesso, come insieme normativo, ha una finalità positiva e un'altra negativa. Cioè, *“el derecho administrativo debe satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia u efectividad de la acción administrativa”*. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 26.

<sup>829</sup> Il fondamento medesimo dello Stato era quello di servire al pubblico, secondo la teoria di Léon Duguit. Si veda, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, «Léon Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, fasc. 5, 2011, p. 43 a 83.

questioni derivanti dalla natura del controllo non giurisdizionale (interno ed esterno), che impedirebbe o ostacolerebbe l'accettazione di detto rafforzamento degli effetti. Pertanto, occorre analizzare se e come la natura giuridica del c.d. controllo non giurisdizionale, ai sensi degli ordinamenti giuridici studiati, partendo dalle norme costituzionali, consente l'attribuzione degli effetti incisivi proposti in questa indagine.

Per spiegare come la rilettura della natura giuridica del controllo non giurisdizionale consenta il rafforzamento (maggiore incisività) dei suoi effetti, è necessario identificare ed analizzare le diverse ragioni per cui il controllo non giurisdizionale costituisce un'attività amministrativa principale, e non soltanto accessoria e strumentale, il che implica aggiornare il suo concetto (1). Questa constatazione consentirà di esporre il quadro entro il quale si deve eseguire la sinergia tra il controllo -come attività amministrativa- e le attività controllate, al fine di esporre i motivi per cui la maggiore incisività degli effetti non viola l'autonomia decisionale del controllato, né costituisce co - amministrazione (2). Infine, saranno analizzate le conseguenze della rilettura della natura giuridica del controllo, come attività amministrativa, negli elementi formali che compongono il rapporto di controllo (3).

## **1. Rivendicazione del controllo amministrativo non giurisdizionale come funzione amministrativa**

L'attuale modello di controllo dell'attività amministrativa sembra essere l'unico che si adatta agli ordinamenti giuridici studiati e, più specificamente, ai modelli costituzionali. Ciò è dimostrato perché, a dispetto dei difetti e l'inefficacia comprovati, la sua natura ed essenza sono, in Italia, difese e giustificate espressamente o, in Colombia, scarsamente studiate. Come indicato sopra, in entrambi i sistemi, sebbene abbiano percorso cammini diversi e pieno delle peculiarità di ogni paese, il controllo non giurisdizionale è ritenuto come un'attività di natura collaborativa: ciò spiega, altrettanto, la natura degli effetti che sono in grado di produrre.

In questo contesto, il carattere polisemico del controllo<sup>830</sup> manifesta tutta la sua intensità, poiché non esiste un concetto sostanziale di controllo e, al contrario, vi è una proliferazione di concetti formali equivalenti al numero di controlli esistenti e, fondamentalmente, costruiti secondo gli aspetti formali della relazione (soggetti, oggetto, parametro, giudizio e misura). Il controllo non giurisdizionale, in questo ordine di idee, manca di un concetto dogmatico<sup>831</sup> che lo spieghi in modo generale e al quale i diversi meccanismi possano essere reindirizzati. Quindi, prevale il carattere collaborativo e, in assenza di concettualizzazione generale e dogmatica, il controllo non

---

<sup>830</sup> Nel linguaggio corrente il termine controllo ha un'ampia gamma di significati. Addirittura, in termini giuridici ha un contenuto assai ampio, che viene definito, in line di massima, come la verifica di regolarità di una funzione propria o aliena. Si veda, M.S. Giannini, «Controllo...»cit., p. 724.; G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1342 a 1351.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 113.

<sup>831</sup> *“Los conceptos dogmáticos son herramientas que describen, explican y ordenan la realidad para permitir pensar mejor sobre ella. Para cumplir esas funciones han de ser suficientemente precisos. Ello exige una tarea continua de adaptación o reformulación de los conceptos existentes que se consideran obsoletos –porque las zonas grises han crecido demasiado y ya no son explicativos, exigiendo numerosos matices en su definición.”* S. Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos...»cit., p. 126.

giurisdizionale è solo caratterizzato (non concettualizzato) come un'attività strumentale e accessoria rispetto alle attività amministrative propriamente dette. Paradossalmente, il tipo di controllo studiato è un'attività amministrativa ma, al contempo, non è un destinataria del regime giuridico della funzione amministrativa, una situazione che si evidenzia, ad esempio, nella natura degli atti e nella loro impugnabilità.

Tuttavia, quelle stesse basi costituzionali che fondamentano il regime odierno consentono e, piuttosto, richiedono decostruire<sup>832</sup> e ricostruire la natura del controllo non giurisdizionale dell'attività amministrativa. Come conseguenza, il controllo amministrativo non giurisdizionale transita dalla posizione secondaria, contingente, accessoria e strumentale alla posizione di attività amministrativa principale, in funzione delle finalità che persegue, in modo tale da poter materializzare il suo ruolo di antagonista del potere pubblico, attraverso del controllo pieno ed effettivo dell'azione amministrativa.

Questa riqualificazione non è né capricciosa né banale, piuttosto, ha un'importante utilità pratica, perché permette, tra l'altro, di attribuire la denominazione di "attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa", di proporre un concetto dogmatico nonché di stabilire un regime giuridico generale. Adesso, occorre esporre gli argomenti che permettono di rivendicare il controllo non giurisdizionale come attività amministrativa e che forniscono gli elementi per la loro concettualizzazione dogmatica. Come affermato nei capitoli precedenti, entrambi i sistemi giuridici, dalla stessa configurazione costituzionale, concepiscono il controllo non giudiziario come un'attività accessoria e strumentale, che la rende un'attività secondaria e contingente. Queste caratteristiche possono spiegare la debole incisività degli effetti prodotti da questi meccanismi e, di conseguenza, possono spiegare l'inefficacia dei controlli e la sussistenza di spazi di attività amministrative privi di controllo.

Il carattere accessorio e strumentale significa si manifesta in due sensi: in primo luogo, per la posizione prevalente, primaria e monopolizzata del giudice nell'esercizio del controllo dell'attività amministrativa e, in secondo luogo, per la posizione secondaria e contingente del controllo non giudiziario rispetto alle attività amministrative controllate. Il primo aspetto fu sviluppato in precedenza, enfatizzando le conseguenze negative. Adesso occorre soffermarsi nella seconda manifestazione.

Infatti, secondo la disciplina odierna, il controllo non giurisdizionale costituisce un compito accessorio e strumentale alle attività amministrative, per così dire, principali<sup>833</sup>. Ciò applica per i

---

<sup>832</sup> Nel senso che la decostruzione implica l'eliminazione di un elemento fondante e che costringe a ripensare un certo istituto. Un caso di decostruzione si trova nel diritto amministrativo e nella presunta eliminazione del principio di legalità, si veda: F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità...cit.*, pp. 27 e 28.

<sup>833</sup> Cfr. M. Clarich, *Manuale...cit.*, p. 279.; G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 546.; D. Sorace, *op.cit.*, pp. 264 e 265.



controlli esterni<sup>834</sup>, caso in cui è più evidente, ma anche per i controlli interni<sup>835</sup>. Pertanto, al riguardo di tutti i meccanismi non giurisdizionali, si afferma che “l’accessività dei controlli rispetto dell’attività amministrativa comporta che a ciascun tipo di controllo corrisponda una forma di utilità per l’amministrazione i cui atti o la cui attività sono soggetti a controllo, ovvero per le autorità che hanno, su di essa, poteri di indirizzo o d’intervento. Perciò, di regola, i poteri dell’autorità di controllo corrispondono alle finalità di controllo costituiscono il riflesso del tipo di interesse che l’ordinamento ha inteso di tutelare con la previsione di quello specifico potere di controllo”<sup>836</sup>.

Da ciò si deriva che il controllo sia ritenuto meramente come una tappa strumentale, eventuale, contingente del percorso decisionale delle azioni amministrative. In genere, tutte queste caratteristiche possono essere riassunte nel carattere accessorio del controllo, che descrive il rapporto fra attività controllata e controllo e implica l’impostazione di un assetto centrato sull’utilità o il servizio che quest’ultimo fornisce alla prima. Tuttavia, questo rapporto di utilità si svanisce, anzi, diventa ambiguo e contingente, nel senso che il controllo viene appieno affidato alla volontà dei *referenti* e si ritiene che la sua attuazione “dovrebbe avere come necessaria implicazione che l’autorità cui spetta di adottare la misura è tenuta, quanto meno, a valutare i risultati del controllo eseguito, ferma restando la discrezionalità ad essa eventualmente attribuita nell’adottare i provvedimenti conseguenti”<sup>837</sup>. Infatti, il suo risultato è ritenuto come uno strumento di rendicontazione indirizzato al legislatore, il che attuerebbe, appunto, il controllo amministrativo politico attraverso diverse forme. Cioè, il controllo amministrativo politico sembra assorbire il contenuto degli esiti del controllo non giurisdizionale, essendo il Controllore ritenuto solo come un consulente sia dal Governo, al senso dell’impostazione costituzionale, come organo ausiliario di esso<sup>838</sup>, sia del legislatore, al senso delle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinarie, come ausiliaria del potere legislativo.

---

<sup>834</sup> “Anche se il controllo della Corte dei conti (*agente del controllo*) si esercita nei confronti degli esecutivi (*soggetto agente*), esso si svolge nell’interesse dell’assemblea elettiva che esprime quegli stessi esecutivi (*soggetto principale*), costituendo una funzione di ausilio verso gli organismi politici affinché le amministrazioni controllate possano rendere conto ad essi, in forza del principio di *accountability* (...) Ne deriva che il soggetto principale di tale rapporto triadico non è rappresentato dall’Amministrazione controllata bensì dal soggetto politico “che presiede all’interno del sistema, godendo dei poteri necessari a ristabilire gli equilibri turbati”. È evidente come la caratterizzazione in senso collaborativo si riferisca non già all’Amministrazione controllata (*soggetto agente*) bensì all’assemblea politica – rappresentativa di riferimento (Parlamento, Consiglio regionale, provinciale o comunale), che costituisce il *soggetto principale* destinatario delle relazioni della Corte dei conti”. A.L. Tarasco, *op.cit.*, pp. 178 e 179.

<sup>835</sup> Carattere altresì collaborativo, sebbene non espressamente. Si ritiene che i controlli interni “assolvono, perciò, ad un ruolo di direzione o di indirizzo dell’amministrazione, per assicurare che essa rispetti gli standard stabiliti, ovvero che accresca la sua *performance* in relazione agli obiettivi da conseguire”. G. D’Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 561 a 562.

<sup>836</sup> *Ibidem*, pp. 573 e 574.; G. D’Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1352. Perciò, quest’ultimo spiega come i controlli non giurisdizionali siano contrassegnati dal suo carattere accessorio, vale a dire “di accessività rispetto all’azione amministrativa (l’atto, l’attività, la gestione) di cui valutano la regolarità, ovvero rispetto all’attività di soggetti che hanno, sull’amministrazione, poteri di indirizzo o d’intervento (primi fra tutti, i parlamenti e i governi nazionali o regionali, i consigli e le giunte delle regioni e degli enti locali)”.

<sup>837</sup> G. D’Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1403.

<sup>838</sup> La “funzione di referto-informazione ha origini antiche e ben si spiega storicamente tenendo conto del fatto che tradizionalmente la Corte dei conti è stata considerata la *longa manus* del Parlamento nell’attività di controllo

Dunque, di ausiliare l'esercizio della funzione amministrativa<sup>839</sup>, il che comunque sarebbe riduzionista per il carattere meramente ausiliare, il controllo non giurisdizionale è stato trasformato in ausiliare del controllo politico. Sebbene il legislatore, sia nel modello parlamentare italiano<sup>840</sup> sia nel modello presidenzialista colombiano<sup>841</sup>, sia dotato di competenze di indirizzo, di limitazione e di controllo politico sul governo e sulle pubbliche amministrazioni, non si può accettare che la portata del controllo non giurisdizionale sia ridotta in questa maniera poiché il risultato è, inevitabilmente, la configurazione di spazi sprovvisti di controllo e l'ineffettività di questo tipo di meccanismi di controllo. La natura ausiliaria e strumentale, materializzata nel ruolo dei *referenti*, riduce palesemente la portata dei meccanismi di controllo non giurisdizionale e contribuisce alle difunzioni accennate, tuttavia, quella caratteristica non è messa in discussione, bensì viene normalizzata<sup>842</sup>: questo spiega l'assenza di misure incisive (dirette, concrete e certe) che, tranne nel caso dei controlli di legittimità, caratterizza i meccanismi di controllo non giurisdizionale.

Dunque, il carattere accessorio implica che essi abbiano una funzione meramente strumentale, non sostanziale, rispetto all'amministrare. Cioè, si ritiene, a prescindere del tipo di controllo -interno (intestato e svolto dalla stessa amministrazione) o esterno (intestato e svolto da un soggetto pubblico distinto ed autonomo da quello che svolge l'attività controllata) -, si tratta di un'attività che appartiene all'organizzazione di una funzione principale, a cui è collegata con rapporti di natura meramente procedimentali<sup>843</sup>. Addirittura, questo aspetto strumentale ed accessorio è ritenuto come l'elemento che distingue ai controlli non giurisdizionali e, perciò, che permette distinguerli dai controlli sui privati (autorizzazioni, licenze, ecc.), dall'acquisto o gestione di partecipazione maggioritarie o di controllo in società private (direzione della società), dalla vigilanza della Banca centrale e, infine, dai procedimenti di secondo grado, di revisione e di controllo.

Tuttavia, la rilettura del fondamento costituzionale del controllo non giurisdizionale consente e richiede di ridimensionare la sua natura e rafforzarla, in modo tale di concepirlo come un'attività amministrativa, con tutte le implicazioni che si derivano dal punto di vista sistematico, in relazione al suo regime giuridico. Infatti, questo tipo di controllo ha una posizione più decisiva di quanto

---

sull'operato del Governo riguardo al rispetto delle leggi e all'attuazione delle politiche di bilancio votate dall'assemblea legislativa". Marco Di Marco, «Il controllo sulla gestione», Adriano Gribaudo, Riccardo Patumi (a cura di), *I controlli della Corte dei Conti sugli enti territoriali e gli altri enti pubblici*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2018, p. 428.

<sup>839</sup> "Il controllo sulla gestione è finalizzato, da un lato, a supportare il controllo politico dell'organo rappresentativo e, dall'altro, a suggerire all'organo di governo l'introduzione di correttivi volti a garantire, in futuro, la regolarità e l'economicità della gestione" A. Crismani, *op.cit.*, p. 287.

<sup>840</sup> Cfr. A. Papa, *op.cit.*, p. 231.

<sup>841</sup> "En términos generales, este tipo de control se ha entendido como una forma de limitación para los órganos de carácter político: el Congreso de la República y el Gobierno Nacional -particularmente éste último. Con fundamento en criterios de libertad política". G. Lozano Villegas, *op.cit.*, p. 37.

<sup>842</sup> "Il Parlamento è il destinatario principe dei prodotti di controllo elaborati dalla Corte, sarebbe essenziale che fra Corte e Parlamento si istituisse un rapporto di comunicazione permanente, affinché la prima conoscesse per tempo gli oggetti, le materi, i settori, gli interventi sui quali il Parlamento è più interessato a ricevere dati, informazioni, analisi, ricostruzioni, valutazioni, ecc.". G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, pp. 1403-1404.; Jaime Vidal Perdomo, «El control político en el sistema constitucional colombiano», *La protección jurídica de los administrados*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980, p. 145 a 200.

<sup>843</sup> Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1352.

abbia finora tenuto, che è nutrita, in linea di massima, dai requisiti costituzionali di controllo, dai principi che regolano l'esercizio della funzione amministrativa e dalle finalità che sono attribuiti a questi meccanismi.

In relazione al modello costituzionale di controllo, si rimanda alle considerazioni fatte nei precedenti capitoli sulla decostruzione del monopolio giurisdizionale e della fissazione con la legalità - validità. In questa parte, si ritiene sufficiente sottolineare che il modello di controllo dell'attività amministrativa, previsto nelle Costituzioni di entrambi i paesi studiati, non deriva esclusivamente da determinate norme costituzionali<sup>844</sup> e, al contrario, il controllo costituisce un elemento cardinale dell'intera organizzazione statale<sup>845</sup>. La teoria dello Stato di diritto e la rilettura del principio di separazione dei poteri implicano concepire il controllo come l'antagonista naturale, come l'altra faccia della medaglia del potere e delle competenze pubbliche<sup>846</sup> - e con esse dell'attività amministrativa<sup>847</sup> -. In questo senso, risulta palese che il controllo non deve essere monopolizzato da alcun potere, anzi deve essere esercitato in modo multi-organico<sup>848</sup>, e deve essere pieno nel senso di comprendere tutti gli ambiti dell'attività amministrativa in modo incisivo<sup>849</sup>, sebbene modulato in base alla natura dei parametri. Insomma, non vi è dubbio sul fatto che *“el margen de autonomía y de apreciación que posee la Administración pública debe ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control”*<sup>850</sup>.

Pertanto, si evidenzia come il modello odierno di controllo non giurisdizionale, sebbene si adatti perfettamente alla normativa costituzionale, non è il modello ottimale. Cioè, in uno Stato

---

<sup>844</sup> Il controllo dell'attività amministrativa non si deriva esclusivamente, dalle norme relative al controllo giurisdizionale (in Italia dagli art. 24, 100, 103; in Colombia dal Titolo VII) oppure ai controlli non giurisdizionali (art. 100, commi 2 e 3, 125; in Colombia dagli art. dal Titolo X), ma del complesso sistematico di norme che configurano il modello di Stato costituzionale e democratico.

<sup>845</sup> “L'ordinamento, infatti, pur garantendo di norma ad ogni struttura compiuta il potere di iniziativa in ordine all'attuazione concreta dei suoi fini, si vale dei controlli come appositi mezzi, onde l'azione da essa o i risultati raggiunti siano sottoposti, secondo criteri variabili ma predeterminati, a riscontri e riesame da parte di organi a ciò espressamente deputati”. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, pp. 113 e 114.; L.C. Sachica, *op.cit.*, p. 37. Nel caso dell'ordinamento colombiano, quest'ultima citazione mette in luce che *“toda la construcción ideológica del constitucionalismo desemboca en lograr un ejercicio responsable del poder para protección de los derechos de los gobernados”*.

<sup>846</sup> *“Responsabilidades de la Administración y control constituyen las dos caras de una misma moneda, son elementos fundamentales del orden constitucional democrático. El control, como la división de poderes, tiene por objeto la limitación del poder y la garantía de su racionalidad”*. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»*cit.*, p. 89.

<sup>847</sup> “Il controllo è connaturale al modo stesso di essere della organizzazione amministrativa (con le sue dimensioni e la sua complessità) e si fonda sull'esigenza di verificare la rispondenza dell'attività delle strutture pubbliche alle regole formali ovvero (o anche) al vincolo funzionale”. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 113.

<sup>848</sup> Il controllo è *“una función jurídica con relevancia constitucional (...) cuyo ejercicio no se encuentra monopolizado en un único poder/organización/órgano del Estado”*. J. Agudo González, *op.cit.*, p. 82.; A.F. Ospina Garzón, «L'activité contentieuse de l'administration...»*cit.*, p. 147 a 169.; A. Rinella, *op.cit.*, p. 80.

<sup>849</sup> La pienezza del controllo si deriva dal fatto che, nell'esercizio delle attività amministrative, l'ultima parola corrisponde al diritto e, quindi, tutte le aree di quella sono controllabili, al fine di garantire che siano conformi ai parametri di giuridicità. *“La última palabra, constitucionalmente hablando, no la tiene ni la Administración ni el juez; la tiene el Derecho. (...) Toda decisión de la Administración, por discrecionalidad que sea, es susceptible de control judicial, y ese control no es de mera legalidad (...) sino de juridicidad”*. T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...cit.*, pp. 144 e 145.

<sup>850</sup> E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»*cit.*, p. 89.

costituzionale, come quello dei paesi studiati, il controllo delle attività amministrative deve essere incisivo e correttivo<sup>851</sup>. Ma non solo quello di tipo giurisdizionale<sup>852</sup>, anche quello non giurisdizionale. Solo in questo modo, attraverso il controllo pieno con effetti incisivi, si può garantire la subordinazione del potere pubblico alla legge e al diritto. Dunque, gli elementi che contrassegnano il controllo non giurisdizionale devono passare dal carattere accessorio, ausiliario e strumentale al carattere principale e decisionale, con il legittimo e unico obiettivo di garantire il soddisfacimento delle finalità attribuite a tali meccanismi. Questi caratteri anche permettono distinguere fra i meccanismi che meritano la denominazione di “controllo” (che sono decisioni) e quelli che non lo meritano (che non sono decisioni), come si vedrà nella prossima Sezione.

La garanzia e la materializzazione dei principi che regolano l'attività amministrativa costituiscono il secondo elemento che consente di classificare il controllo non giurisdizionale come attività amministrativa principale. Infatti, il riconoscimento della natura giuridica vincolante delle norme strutturate come principi<sup>853</sup>, che hanno acquisito lo status di criteri di azione amministrativa<sup>854</sup>, ha fatto sì che anche la garanzia del loro rispetto diventasse un oggetto di controllo. Pertanto, i principi che governano l'esercizio dell'attività amministrativa, sia in Italia<sup>855</sup> sia in Colombia<sup>856</sup>, cercano di realizzare l'idea dell'esercizio limitato e razionale del potere, rafforzando il ruolo tradizionale delle norme con struttura di regole. In tal senso, non vi è dubbio che il controllo del loro rispetto faccia parte dell'esercizio stesso dell'attività amministrativa<sup>857</sup>: l'effettiva garanzia dell'osservanza di questi principi richiede meccanismi di controllo, non solo giurisdizionali ma anche non giurisdizionali. Pertanto, quest'ultima tipologia di controllo non può

---

<sup>851</sup> Il controllo giuridicamente rilevante, in funzione dell'attività amministrativa, è quello indirizzato a correggere le criticità ritrovate e le difformità rispetto i parametri giuridici (di validità e di effettività). Si veda, J. Agudo González, *op.cit.*, p. 68 a 122.

<sup>852</sup> Nonostante si possa condividere l'affermazione secondo cui “*juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor*” T.-R. Fernández, De la arbitrariedad...*cit.*, p. 105 a 133., ciò non può comportare la continuità della tendenza di ampliamento dell'ambito di competenza giurisdizionale, quale forma di ampliare l'ambito del controllo perché, in realtà, si cadrebbe di nuovo nella trappola che ha condotto al monopolio giurisdizionale del controllo, trascurando le lacune rilevate di questo modello.

<sup>853</sup> “I principi influenzano gli sviluppi della legislazione amministrativa; ne limitano e correggono le distorsioni indotte dal processo politico, soprattutto attraverso il sindacato di costituzionalità e quello di compatibilità comunitaria; orientano l'interpretazione delle norme, vincolano amministrazioni e giudici; integrano l'ordinamento, colmano lacune giuridiche dovute alla mancanza di disposizioni specifiche”. G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 58.

<sup>854</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 347 a 358.; G. Rossi, *Principi...cit.*, pp. 83 e 84.

<sup>855</sup> Quelli più importanti, anche se non gli unici, sono: legalità, doverosità, giustiziabilità, imparzialità, buon andamento, ragionevolezza, proporzionalità, sussidiarietà, trasparenza e la tutela del legittimo affidamento. In relazione al loro contenuto, si veda, G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 58 a 62.; G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 84 a 105.; S. Cassese, «Il diritto amministrativo...»*cit.*, p. 10 a 24.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 191 a 211.; F. Merloni, *op.cit.*, p. 43 a 52.

<sup>856</sup> Quelli più importanti, anche se non gli unici, sono: *igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, responsabilidad, solidaridad, proporcionalidad*. In relazione al loro contenuto, si veda: J.O. Santofimio Gamboa, *Compendio...cit.*, p. 185 a 202.; Hugo Alberto Marín Hernández, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 13 a 39.; D. Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo...cit.*, p. 8 a 14.

<sup>857</sup> Il controllo non giurisdizionale, come attività amministrativa, “*se caracteriza por perseguir la materialización de los principios de legalidad, eficacia eficiencia y efectividad*”. J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 240.

essere concepita solo come un'attività accessoria e strumentale e, piuttosto, dovrebbe essere ritenuta come un'attività principale e trasversale all'esercizio delle attività amministrative.

I due elementi precedenti (modello di controllo costituzionale e garanzia dei principi che governano l'attività amministrativa) sarebbero sufficienti per verificare la necessità di aggiornare la natura del controllo non giurisdizionale, ad oggi in squilibrio nei confronti di quello di tipo giurisdizionale, e concepirlo come un'attività amministrativa principale e decisionale. Tuttavia, le finalità specifiche ad esso attribuite costituiscono l'elemento determinante, poiché il loro analisi permette di inglobare questi meccanismi nell'ambito delle finalità proprie che la funzione amministrativa deve soddisfare. Dunque, le finalità attribuite al controllo non giurisdizionale sono specifiche e differenziabili rispetto alle finalità delle altre attività amministrative, tuttavia tutte sono finalità strettamente connesse e riconducibili ai fini della funzione amministrativa.

Nonostante la difficoltà di determinare l'oggetto di studio del diritto amministrativo, è possibile affermare che questo sistema normativo viene applicato attraverso di criteri di tipo soggettivo, oggettivo e teleologico<sup>858</sup>. Questi criteri non sono incompatibili ma complementari. Tuttavia, la funzionalizzazione dell'azione amministrativa fa sì che il criterio teleologico abbia una posizione preponderante perché, dal punto di vista soggettivo, l'insieme di regole viene applicato indipendentemente dalla natura del soggetto, sebbene principalmente a soggetti pubblici<sup>859</sup> e, dall'ottica obiettivo, l'insieme di regole viene applicato indipendentemente dall'esercizio del potere pubblico<sup>860</sup>. La preponderanza del criterio teleologico deriva dal fatto che consente di risolvere conflitti e dubbi derivati da criteri soggettivi e oggettivi, perché l'insieme normativo verrà applicato ogni volta che determinate finalità pubbliche siano verificate<sup>861</sup>.

Pertanto, dal concetto comune di attività<sup>862</sup> si può concludere che, in logica teleologica, l'attività amministrativa può essere intesa come “l'insieme di atti (elemento strumentale) che i soggetti pubblici (elemento soggettivo) pongono in essere in vista del raggiungimento dei fini concreti e specifici previsti dall'ordinamento (elemento finalistico)”<sup>863</sup>. Dunque, l'elemento definitorio e di distinzione fra le diverse attività amministrative sono le finalità particolari che

---

<sup>858</sup> Cfr. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, pp. 7 e 8.; S. Cassese, «Il diritto amministrativo...»*cit.*, p. 1 a 6.; J.O. Santofimio Gamboa, *Compendio...cit.*, p. 57 a 131.; D. Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo...cit.*, p. 2 a 4.

<sup>859</sup> È dimostrato dal riconoscimento che, ad esempio, soggetti privati esercitano attività amministrative (funzione amministrativa). Si veda, Claudio Franchini, Giulio Vesperini, «L'organizzazione», Sabino Cassese (a cura di), *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. i, Milano, Giuffrè, 2015, p. 127 a 132.; F. Merloni, *op.cit.*, p. 83 a 85.; J.O. Santofimio Gamboa, *Compendio...cit.*, p. 237 a 266.

<sup>860</sup> È dimostrato dall'applicazione di norme di diritto comune (privato) alle attività amministrative e che evidenzia l'esercizio di attività amministrative senza l'uso del potere pubblico. Ciò richiede l'analisi dei limiti tra diritto amministrativo e diritto privato, concludendo, forse, che il diritto amministrativo è costituito da norme di diritto pubblico e privato. Si veda, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 399 a 445.; G. Corso, *L'attività amministrativa...cit.*, p. 241 a 265.; G. Napolitano, «Le funzioni...»*cit.*, p. 29 a 82.; A. Montaña Plata, *Fundamentos...cit.*, p. 167 a 206.; E. Schmidt-Abmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»*cit.*, p. 38.

<sup>861</sup> “Dire che l'attività della pubblica amministrazione è rivolta a un fine, che coincide con l'interesse pubblico individuato della sfera di competenza della struttura amministrativa equivale ad affermare che l'attività amministrativa è teleologicamente o finalisticamente orientata”. G. Corso, *L'attività amministrativa...cit.*, p. 17.

<sup>862</sup> “L'attività può essere definita come l'insieme di atti che un soggetto volontariamente compie in vista del raggiungimento di fini determinati”. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione...cit.*, p. 15.

<sup>863</sup> *Ibidem*, p. 17.

perseguono, tutte funzionalizzate alla cura di interessi pubblici<sup>864</sup>. In questo ordine di idee, il carattere distinguibile sarà le finalità del controllo non giurisdizionale, si ripete, distinguibile dalle finalità delle altre attività, ma riconducibili alla funzione amministrativa.

In questa logica, se teoricamente è possibile distinguere fra le diverse finalità di ciascuna delle attività amministrative<sup>865</sup> anche è possibile individuare le finalità dell'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa (c.d. controllo non giurisdizionale) nell'effettività, correzione e miglioramento dell'azione amministrativa nella soddisfazione o l'adempimento dei fini previsti per le attività amministrative controllate<sup>866</sup>. Dunque, il controllo non giurisdizionale (antagonista), come attività amministrativa, non è un fine in sé stesso, non è solo uno strumento per decidere, cioè un input dalle altre attività amministrative, ma una decisione a sé stante "*para asegurar que otras funciones, prerrogativas y responsabilidades reconocidas se ajusten al ordenamiento jurídico, que se obtengan los resultados para los que fueron concebidas las diferentes estructuras administrativas, y que se utilicen de la mejor forma posible los recursos con que estás son dotadas*"<sup>867</sup>. Questi meccanismi curano una parte specifica degli interessi pubblici, pertanto, persegue la soddisfazione delle finalità apposite, singolari e differenziabili dalle finalità delle altre attività amministrative. Cioè, la sua finalità, stricto sensu, è correggere le difformità e le criticità<sup>868</sup>, perciò, non può essere soltanto un'attività accessoria e strumentale, ma principale<sup>869</sup>

Ebbene, queste finalità del controllo (come attività amministrativa) sono distinguibili dai fini dell'attività controllata perché, eseguendo l'analisi del diritto positivo<sup>870</sup>, sono stati costruiti in una logica "attiva", che non include obblighi appositi di controllo diretto e, di conseguenza, il controllo è concepito come una diversa forma di amministrazione. Pertanto, si può concludere che le finalità soddisfatte nell'esercizio delle tradizionali attività amministrative sono diverse da quelle soddisfatte con quella del controllo; ad esempio, per quanto riguarda i servizi pubblici, una cosa è

---

<sup>864</sup> Per quello l'attività amministrativa è funzione, è funzionalizzata. "L'essere l'attività volta ad un fine, ossia, nel caso in esame, alla cura di interessi pubblici, evoca la nozione di funzione, intesa peraltro nel suo senso originario, di *deputatio ad finem*". F.G. Scoca, Diritto amministrativo...cit., p. 178.; A. Montaña Plata, Fundamentos...cit., p. 124.

<sup>865</sup> Distinzione che deve essere fatta attraverso dell'analisi del diritto positivo, cioè, solo le norme in vigore permetteranno stabilire quale sono le attività amministrative di un ordinamento giuridico specifico. Dunque, la mera teorizzazione, senza supporto normativo implicherebbe un approccio sbagliato. L'esigenza è quella di rispettare il rapporto di *feedback* dogmatico fra la parte generale e la parte speciale del diritto amministrativo. Cfr. E. Schmidt-Aßmann, La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit., p. 7 a 18.

<sup>866</sup> La finalità dei controlli non giurisdizionali "è quella di migliorare, sotto i diversi profili contemplati dalle norme, l'attività amministrativa ed il modo in cui l'amministrazione cura gli interessi pubblici che è chiamata a perseguire". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 546.

<sup>867</sup> Cfr. J.I. Rincón Córdoba, La teoría de la organización...cit., p. 240.

<sup>868</sup> "*Lo que pretende el control es la consecución de un más alto grado de corrección material de la decisión en sí, introduciendo elementos de racionalización en el seno del proceso de toma de decisiones*". E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 89 a 90.

<sup>869</sup> Nella funzione di controllo stricto sensu, sia giurisdizionale o meno, "*i) la acción de control es manifestación de una actividad jurídica principal y no instrumental de otras distintas; y ii) la finalidad es corregir irregularidades jurídicas u restituir la legalidad con efectos en la validez o, en general, sobre la conformidad a Derecho*". J. Agudo González, *op.cit.*, p. 69.

<sup>870</sup> Perché la determinazione di quelle attività che possono essere catalogate come attività amministrative deve essere derivata dall'analisi del diritto positivo. "*La pesquisa de esta tipología debe tener un origen normativo (...) Esquematizar la actividad administrativa es, entonces, una tarea de análisis de derecho positivo*". A. Montaña Plata, Fundamentos...cit., p. 132.

la soddisfazione dell'interesse generale e, un'altra, la garanzia della sua soddisfazione effettiva, corretta e migliore. Nel contesto precedente è noto che è richiesto un altro strumento che persegua non la finalità dell'attività controllata (generandosi duplicità), ma la sua effettività, correzione e miglioramento. Tale strumento, inoltre, deve detenere la stessa entità e godere della stessa natura dell'attività controllata, in modo tale che sia in grado di influenzare efficacemente l'adattamento delle situazioni critiche che incontra, altrimenti, e come si verifica attualmente, la natura secondaria e accessoria del controllo non giurisdizionale gli impedirà di soddisfare tali scopi.

Inoltre, se si accetta che il controllo amministrativo non giurisdizionale costituisce un'attività amministrativa, si deve concludere che è disciplinato dal diritto amministrativo (come insieme normativo di diritto comune e pubblico). Ciò è coincidente con gli scopi che questo insieme normativo deve perseguire, anche diversi dagli scopi di ciascuna delle attività amministrative. Infatti, il diritto amministrativo ha uno scopo negativo e un altro positivo, il primo, collegato alla tradizionale limitazione e razionalizzazione dell'azione amministrativa, il secondo, relativo alla sua effettività<sup>871</sup>. Proprio la finalità positiva dell'insieme normativo è quella che dà fondamento teorico al controllo amministrativo non giurisdizionale, poiché questo, non limitandosi alla verifica della legalità-validità, deve perseguire, tra l'altro, l'effettività degli oggetti che controlla. Il controllo, in quanto attività amministrativa, materializza la finalità positiva del sistema normativo poiché non è sufficiente agire, né agire nel quadro della legge, è necessario che gli scopi e i risultati previsti siano effettivamente raggiunti. Pertanto, se il controllo non giudiziario persegue l'effettività della funzione amministrativa e che la stessa effettività è lo scopo del diritto amministrativo, è logico dedurre che il controllo amministrativo non giurisdizionale sia disciplinato da questo insieme normativo.

Solo di questa maniera si potrebbe affermare che, sui binari di quanto detto prima, il controllo non giurisdizionale, assieme agli altri meccanismi di controllo, costituisce l'antagonista del potere e delle competenze amministrative, che contribuisce alla tutela dei diritti e degli interessi degli amministrati. Pertanto, la garanzia di soddisfazione delle finalità dell'attività di controllo non si potrebbe realizzare attraverso di esiti debolmente incisivi. A questo punto dell'indagine vengono riprese le conclusioni raggiunte nei capitoli precedenti, che forniscono un fondamento robusto alla necessità di attribuire effetti incisivi (diretti, concreti e certi) ai controlli non giudiziari, al fine di garantire il pieno controllo.

Di questo modo, risulta comprovato che i fondamenti costituzionali, italiani e colombiani, del controllo amministrativo, eseguono la configurazione di un sistema composto da meccanismi incisivi, giurisdizionali e non giurisdizionali, in grado di controllare di forma effettiva e piena l'attività amministrativa, cioè, di essere l'antagonista effettivo del potere, di essere l'altra faccia della medaglia delle responsabilità pubbliche. Su questi binari deve essere configurato, a livello infra – costituzionale, il controllo non giurisdizionale (come attività amministrativa principale), il suo regime giuridico e, naturalmente, il suo concetto giuridico generale.

---

<sup>871</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 23 a 26.; Samuel Baena, Camilo Perdomo Villamil, «La dimensión teleológica del derecho administrativo: en búsqueda de un nuevo paso en la evolución dogmática», Daniel Castaño (a cura di) , *El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 87 a 134.

## 2. Concetto di “attività amministrativa di controllo dell’attività amministrativa” e reimpostazione del rapporto fra essa e le altre attività amministrative: effetti incisivi e presunta co-amministrazione

A questo punto dell’indagine risulta chiaro che i meccanismi di controllo non giurisdizionale dell’attività amministrativa mancano di una costruzione sistematica, nel senso che non vi è una concettualizzazione dogmatica<sup>872</sup>, un’astrazione derivata dal diritto positivo e indipendente di esso<sup>873</sup>, che costituisca la base per ordinare il materiale giuridico e permetta di “*resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, por referencia o relación a un sistema, las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan*”<sup>874</sup>. In altre parole, ad oggi è chiaro che, in relazione al controllo non giurisdizionale dell’attività amministrativa, non esiste una base concettuale astratta che costituisca il comune denominatore dei diversi meccanismi e che consenta un’interpretazione coerente di essi: si ripete, vi sono così tanti concetti e regimi come meccanismi.

Sebbene sia vero che non esiste un unico metodo giuridico<sup>875</sup>, è anche vero che il diritto amministrativo, come tutti gli altri rami del diritto, deve essere sistematizzato per generare un minimo di ordine e certezza giuridica<sup>876</sup>, soprattutto perché la questione metodologica è sempre stata al centro del suo studio<sup>877</sup>. A tal fine, i concetti dogmatici, non nella loro tradizionale concezione della giurisprudenza dei concetti<sup>878</sup> della pandettistica tedesca<sup>879</sup>, rimangono ancora utili

---

<sup>872</sup> “*Los conceptos dogmáticos son herramientas que describen, explican y ordenan la realidad para permitir pensar mejor sobre ella*”. S. Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos...»cit., p. 126.

<sup>873</sup> “Per dogmatica intendo una costruzione di istituti normativi e nessi logici, elaborati sulla base del diritto positivo, ma indipendenti dalle singole norme”. E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 255.

<sup>874</sup> E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 7.

<sup>875</sup> “Il dibattito sul ‘metodo’, che è stato al centro della cultura del ventesimo secolo e ha permeato anche i settori nei quali una tecnica di studio sembrava più definita e stabilmente acquisita, è filtrato anche nel diritto amministrativo. Ormai non pochi autori hanno voluto richiamarsi a questo dibattito, ritenendo insufficiente fondare la loro indagine sulla base rappresentata dai criteri tradizionali di interpretazione del fenomeno giuridico. Nell’ambito del diritto amministrativo la riflessione si è indirizzata così verso il dibattito più generale sul ‘metodo’, che in genere è stato considerato (come si vedrà) alla luce di tre orientamenti fondamentali della cultura del Novecento”. A. Travi, «Il metodo nel diritto amministrativo...»cit., p. 865.; G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 45 a 47.; S. Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos...»cit., p. 107 a 108.; A. Voßkuhle, *op.cit.*, p. 145 a 149.

<sup>876</sup> In relazione alle funzioni dei concetti giuridici nel diritto pubblico, che includono funzioni descrittive, classificanti, analitiche, esplicative, creative, legittimanti, prescrittive, direttive, euristiche e di ponte, si veda, S. Díez Sastre, *La formación de conceptos en el Derecho público...cit.*, p. 144 a 151.

<sup>877</sup> “Se la questione del metodo per la scienza del diritto amministrativo è sempre stata centrale, non c’è da stupirsi che la messa in discussione del diritto amministrativo sia sopraggiunta in un momento di indubbia crisi sul piano metodologico”. M. Ramajoli, «L’esigenza sistematica...»cit., p. 349 a 350.

<sup>878</sup> In relazione al contenuto contemporaneo dei concetti dogmatici, diverso da quello della giurisprudenza dei concetti, si veda, S. Díez Sastre, *La formación de conceptos en el Derecho público...cit.*, p. 68 a 98.

<sup>879</sup> “Il sistema elaborato dalla pandettistica tedesca (...) ha consumato da tempo la propria aura di perfezioni scientifica. (...) Il superamento della dogmatica, con i suoi criteri assoluti di interpretazione delle norme, si è tradotto in una concezione scettica dell’interpretazione giuridica e in un ripiegamento nel descrittivismo”. M. Ramajoli, «L’esigenza sistematica...»cit., pp. 348 e 350.



per questioni metodologiche<sup>880</sup>, di costruzione sistematica<sup>881</sup> e di aggiornamento come risposata alle nuove problematiche<sup>882</sup>. Pertanto, tutte queste ragioni spiegano l'utilità di questo tentativo di costruzione del concetto dogmatico dell'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa o, almeno, della proposta delle basi per la sua costruzione. L'obiettivo, alla fine, è di razionalizzare il regime del tipo di controllo studiato, ovvero di stabilire una base alla quale possano essere ricondotti gli elementi che lo compongono e che ne consenta lo studio coerente nonché l'adozione di decisioni prevedibili.

Nel caso particolare, seguendo una delle possibili metodologie per la costruzione di concetti dogmatici contemporanei<sup>883</sup>, e una volta esposti le circostanze che giustificano e, piuttosto, richiedono la formazione di tale concetto in relazione al controllo non giurisdizionale dell'attività amministrativa, occorre spiegare la sua funzionalità e i suoi attributi.

In relazione con il primo aspetto, la funzione del concetto dogmatico, oltre a determinare il suo grado astrazione<sup>884</sup>, sarà descrittiva, esplicativa o prescrittiva. Tuttavia, riconoscendo la difficoltà di soddisfare tutti e tre in modo contemporaneo, il concetto deve offrire una definizione chiara, quella di fiducia, per consentire l'uso da parte della comunità scientifica e interessata<sup>885</sup>. In questo contesto, si ritiene che il concetto proposto soddisfi, in misura maggiore o minore, le funzioni di descrizione e di spiegazione dei meccanismi giuridici attraverso i quali viene esercitata l'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa, con lo scopo pratico di raggruppare all'interno di questa attività, solo ed esclusivamente, i meccanismi che siano dotati di effetti incisivi (diretti, concreti e certi), cioè, effetti correttivi delle deformità delle attività

---

<sup>880</sup> “Riflettendo, in modo semplice, sulla esperienza, si può dire che diverse ricerche che, in maniera più o meno consapevole, hanno adottato questo metodo, sono pervenute a risultati scientificamente accettabili. Molti dei lavori che la scienza giuridica ha prodotto soprattutto negli ultimi tempi, hanno adottato il metodo di porre a base della ricerca una problematica, di sviluppare in seguito una analisi di tutti gli istituti compresi nelle varie figure che compongono le fattispecie oggetto della ricerca, individuando le differenze e i profili comuni, e di pervenire poi a formulare così una nozione, un concetto giuridico desunto dalla analisi effettuata”. Giampaolo Rossi, «Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari», *Diritto Pubblico*, fasc. 1, 2004: 13.

<sup>881</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...*cit., p. 7.

<sup>882</sup> “I conflitti che caratterizzano lo sviluppo del diritto amministrativo (...) danno luogo a interazioni ripetute. (...) Ogni cambiamento è influenzato – e in qualche modo attutito – dal contesto giuridico - normativo in cui si iscrive e, più in generale, dall'ambiente politico, economico e sociale. Le soluzioni legislative e i meccanismi istituzionali vigenti difficilmente possono essere smantellati; più facile procedere per variazioni e aggiustamenti progressivi”. G. Napolitano, *La logica...*cit., p. 64.; E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 255 a 257.

<sup>883</sup> Cfr. S. Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos...»cit., p. 123 a 131.

<sup>884</sup> “La clave está en determinar el nivel óptimo de abstracción para ordenar cierto material jurídico. Esto hay que medirlo en relación con el fin u objetivo que se persigue: poner la atención sobre una nueva realidad, explicar mejor un problema jurídico, distinguir una realidad de otra con el fin de aplicar un régimen jurídico determinado, legitimar una nueva solución jurídica para ciertos problemas, etc.”. *Ibidem*, pp. 124 e 125.

<sup>885</sup> “Difícilmente un mismo concepto podrá cumplir una función descriptiva, explicativa y prescriptiva. Lo común será que presente debilidades y fortalezas en cada una de ellas. Ahora bien, en cualquier caso, los conceptos deberán ofrecer definiciones claras, que den confianza, con el fin de poder cumplir su función y permitir la comunicación en la comunidad científica de que se trate”. *Ibidem*, p. 128.

controllate<sup>886</sup> e, pertanto, di escludere tutti gli altri meccanismi che, poiché non sono dotati di tali effetti, non possono soddisfare gli scopi dell'attività di controllo<sup>887</sup>.

In tal modo, l'elemento teleologico (determinante per la configurazione del diritto amministrativo, come insieme normativo, e delle attività amministrative che esso regola) appare di nuovo. Cioè, gli effetti incisivi e correttivi accennati, come modo per garantire la piena soddisfazione delle finalità che devono soddisfare i meccanismi di controllo non giurisdizionale, sono l'elemento comune che determina il contenuto del concetto dogmatico e il nucleo della funzione descrittiva e spiegativa che si vuole soddisfare con la sua formulazione. In altre parole, il concetto dogmatico dell'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa svolge una funzione descrittiva ed esplicativa dei meccanismi che, dotati di effetti incisivi e correttivi, sono in grado di soddisfare gli scopi che sono stati attribuiti a tale attività e, di conseguenza, permette di escludere, in modo ragionato, quei meccanismi che, non essendo dotati di tali effetti, non possono soddisfare gli scopi dell'attività e non possono essere inclusi in essa.

Inoltre, se le diverse forme di azione amministrativa sono, ad oggi, forme per produrre risultati<sup>888</sup>, il che include anche il controllo, risulta imperativo che la concettualizzazione dogmatica dell'attività di controllo studiata sia determinata da un fattore funzionale-teleologico: il controllo come l'altro lato delle responsabilità amministrative e come l'antagonista del potere pubblico si può verificare solo nella misura in cui i suoi risultati siano dotati della forza per assicurare la correzione delle irregolarità giuridiche, derivate dal mancato rispetto di parametri di giuridicità (di legalità ed effettività), indipendentemente dalla modulazione di detti effetti (invalidanti o meno)<sup>889</sup>.

---

<sup>886</sup> *“En los controles correctivos se decide para controlar. Controlar es el fin primario de la actuación del sujeto de control y, por tanto, no se controla para decidir en cuanto actividad instrumental de otras funciones jurídicas (...) La consecuencia jurídica de la actividad de control mediante el juicio de contraste no es otra que validar jurídicamente una decisión o actuación (esto es, su conformidad o no a Derecho)”*. J. Agudo González, *op.cit.*, p. 54.

<sup>887</sup> *“Ne discende che se la nozione di controllo fosse ristretta a quella di una funzione a sé stante con un procedimento in sé concluso, mirante alla verifica di regolarità, di una funzione ed alla conseguente rimozione delle irregolarità riscontrate, la conseguenza sarebbe che alcuni dei maggiori controlli sulla gestione delle pubbliche amministrazioni o sugli andamenti della spesa pubblica non sarebbero veri o propri controlli: da una parte, perché privi di una misura interna al procedimento; d'altra parte, e soprattutto, perché aventi carattere ausiliario all'esercizio di funzioni che sono proprie di organi (di indirizzo politico, di amministrazione attiva) diversi da quelli cui è intestata la funzione di controllo”*. G. D'Auria, *«I controlli...»cit.*, p. 1346.

<sup>888</sup> *“Il diritto amministrativo tedesco e quello italiano sono tradizionalmente orientato -come la maggior parte degli ordinamenti giuridici continentali- verso determinate forme di azione amministrativa. Ciò rappresenta, storicamente, una conquista rispetto al principio dello Stato di diritto, perché la forma è “la nemica giurata dell'arbitrarietà” (R. v. Ihering). In vincolo di forma non deve essere abbandonato nemmeno in futuro (...) Le forme di azione devono anche essere considerate come strumenti con i quali l'amministrazione dovrebbe realizzare gli scopi stabiliti dalla legge. Si tratta di cioè di “forme per produrre risultati” (Hofmann-Riem)”*. E. Schmidt-Aßmann, *«La dogmatica del diritto amministrativo...»cit.*, p. 276 a 279.

<sup>889</sup> *In relazione del controllo correttivo si ritiene che “la funcionalizado del control siempre es similar, pues está dirigida a corregir irregularidades jurídicas con el fin de restituir la legalidad (con o sin efectos invalidantes) y/o a resarcir los perjuicios generados. (...) Estos controles se caracterizan, en cuanto a su objeto, porque se concretan en actuaciones o decisiones definitivas, formalizadas (actos, normas de cualquier rango, contratos) o no (actividad material o inactividad), o bien respecto de controversias inter partes existentes y actuales”*. J. Agudo González, *op.cit.*, p. 55.

Seguire questa proposta metodologica ci consente anche di ripetere (conservare<sup>890</sup>) alcune delle analisi teoriche che sono state fatte in relazione alla caratterizzazione dei meccanismi di controllo non giurisdizionale. Infatti, quel carattere strumentale e accessorio si trasforma in un carattere concreto di utilità, certo principale, “nel senso che il valore giuridicamente apprezzabile del controllo è direttamente proporzionale al profitto che l’amministrazione ne può o ne deve trarre per lo svolgimento (o per il sempre migliore svolgimento) della sua attività”<sup>891</sup>. Ciò spiega che la proposta dell’indagine sia il rafforzamento della portata (incisività) degli effetti dei controlli non giurisdizionali, perché “l’esito (la misura) del controllo dev’essere congruente con l’interesse che costituisce la finalità del potere di controllo”<sup>892</sup>, il che esige che la misura di controllo deva avere una portata pari al potere controllato, capace appunto di controllare in senso correttivo.

Ebbene, dopo aver spiegato la funzionalità del concetto dogmatico che verrà proposto e in base alla materia prima sposta, si passa ad esporre i suoi attributi che, inoltre, costituiscono gli elementi che conformano il nocciolo duro del concetto stesso, che implica inevitabilmente l’omissione di una parte della realtà<sup>893</sup>. Per determinare questi attributi, neppure esiste un metodo unico, tuttavia si richiedono alcuni requisiti trasversali: il concetto non deve sostituire la realtà, deve rispettare la sua funzionalità e deve essere formulato in modo argomentato<sup>894</sup>.

In relazione al primo aspetto, con il concetto proposto, la realtà non sarà sostituita e, piuttosto, rivendicherà il ruolo del controllo del potere pubblico, nell’ambito dello Stato costituzionale, della separazione dei poteri e dei principi che governano l’esercizio dell’attività amministrativa. Vale a dire, in una logica critica<sup>895</sup>, il concetto cercherà di ripristinare l’immagine reale di una delle modalità di controllo del potere pubblico, quella decisionale - correttiva, e stabilire le basi per l’aggiornamento del suo regime giuridico, che è stata attualmente falsificata e assorbita per le altre modalità di controllo, non incisive, non correttive, soltanto collaborative e limitate alla verifica. A sua volta, il rispetto per la funzionalità del concetto è verificato con la sua formulazione argomentativa.

È diventato chiaro che il controllo non giurisdizionale, in modo da adempiere alla sua funzione teorica di co-titolarità del controllo, di raggiungere le aree a cui non arriva il controllo

---

<sup>890</sup> Poiché, come indicato, la teoria sistematica del diritto amministrativo richiede l’implementazione di una logica di conservazione – avanzamento. “*En la búsqueda de ese equilibrio entre estabilidad y el cambio, la primera cuestión consiste en determinar cuáles son las fuerzas motrices que materializan las transformaciones necesarias dentro del derecho administrativo*”. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 28.; E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 255.

<sup>891</sup> G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 1353.

<sup>892</sup> G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 574.

<sup>893</sup> “*La formación de conceptos selecciona una parte de la realidad y desecha otra. Es un tipo de “taquigrafía mental” que necesariamente supone una reducción o simplificación de la realidad compleja. El efecto es la configuración de un espacio vacío que es funcionalmente necesario porque no podemos aprehender de una vez toda la realidad*”. S. Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos...»cit., p. 129.

<sup>894</sup> “*La finalidad debe erigirse entonces como filtro de los elementos de análisis de los conceptos: sujeto, objeto, eficacia*”. *Ibidem*, p. 131.

<sup>895</sup> “*El propósito de la investigación crítica es ayudar a que las personas superen las limitaciones sobre su libertad y desarrollo. Las limitaciones se presentan en forma de malos entendidos o creencias falsas sobre la realidad, y pueden hacer que los individuos actúen de maneras que contradicen a sus intereses (...)* En la investigación crítica, el papel de la teoría es la de revelar las limitaciones sobre las acciones y lo que se cree, y hacer que los actores sean capaces de cambiar sus creencias falsas...”. J.D. White, *op.cit.*, pp. 95 e 96.

giurisdizionale e, di conseguenza, consentire la garanzia di pieno controllo dell'attività amministrativa, non può essere limitato (normativamente) alla verifica, monitoraggio, valutazione, rendicontazione<sup>896</sup>, e così via, come è attualmente derivato da alcune delle diverse concettualizzazioni. Infatti, il comune denominatore dei concetti è proprio quello, "la verifica di regolarità di una funzione propria o aliena"<sup>897</sup>. Ciò non significa che il tipo di controllo studiato tralasci queste azioni, al contrario, esse sono una parte essenziale della procedura di controllo, tuttavia la sua portata non può essere limitata a quelli interventi<sup>898</sup>. Le finalità teoriche attribuite a questi meccanismi richiedono che la portata dei meccanismi sia, in ogni caso, incisiva e correttiva. Ciò si traduce nella necessità di attribuzione normativa degli effetti incisivi sopra menzionati e, per ciò che interessa in questa parte, l'importanza di tale aspetto nella concettualizzazione.

Quindi, sebbene il controllo dell'attività amministrativa, in senso lato, possa essere caratterizzato dalla semplice verifica<sup>899</sup> (e gli altri verbi simili), dall'eventualità dell'adozione della misura e della variabilità del suo titolare, nel caso della modalità di controllo studiata, cioè, dell'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa, in senso stricto, deve essere caratterizzata dal suo scopo correttivo - decisionale<sup>900</sup> e, quindi, dall'incisività delle misure di controllo<sup>901</sup>, adottate sempre dal controllore. Inoltre, questa prospettiva fa cenno sulla natura di "potere" del controllo<sup>902</sup>, il che fornisce una legittimazione aggiuntiva all'elemento definitorio del concetto che si sta formulando, nel senso che gli effetti e le misure del controllo devono essere congruenti e proporzionali agli oggetti controllati e le finalità del controllo stesso.

Sulla base di quanto precede, il controllo dell'attività amministrativa è una forma di amministrare, di esercitare la funzione amministrativa e, pertanto, di soddisfare le finalità attribuite alle amministrazioni pubbliche. Dunque, l'attività amministrativa di controllo dell'attività

---

<sup>896</sup> Verbi che potrebbero descrivere il controllo in senso lato, ma non in modo rigoroso, correttivo, di iniziativa ed efficace senso del potere pubblico. Infatti, nella nozione ampia di controllo amministrativo "rientrano operazioni che le norme definiscono come riscontro, verifica, analisi, monitoraggio, misurazione, valutazione, revisione, ispezione, relazione (oppure rapporto, referto) ed altre ancora". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 545.

<sup>897</sup> M.S. Giannini, «Controllo...»cit., p. 724; G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1344.; G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 545.; L.C. Sachica, *op.cit.*, p. 42.; D. Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo...cit.*, p. 361 a 371.; A. Crismani, *op.cit.*, p. 22.

<sup>898</sup> Gli effetti incisivi sono necessari per materializzare la posizione teorica che, da qualche tempo, riconosce che "mentre per moltissimo tempo bastava che la decisione fosse conforme alla legge per considerarla corretta, oggi il sistema chiede la soddisfazione *anche* di altri parametri". M. Cammelli, «Riforme amministrative...»cit., pp. 11 e 12.

<sup>899</sup> "I controlli amministrativi consistono nella verifica di atti o attività di pubbliche amministrazioni. La verifica è svolta da autorità che valutano la conformità o meno di quegli atti o attività a determinate regole e che adottano gli interventi o misure conseguenti, ovvero che sollecitano altre autorità (compresa quella ha eventualmente posto in essere l'atto o l'attività) ad assumere le misure che ad esse spettano nella sfera delle loro attribuzioni". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 545.

<sup>900</sup> Cfr. J. Agudo González, *op.cit.*, p. 54 a 57.

<sup>901</sup> Il controllo dell'attività amministrativa, giurisdizionale e non giurisdizionale, oltre a rapportare un oggetto ad un parametro per verificare la coerenza, richiede che "in caso di difformità, adottare una misura, cioè l'annullamento, dell'atto, la rimozione di chi ha agito, una sanzione, e così via". M. Cammelli, *La pubblica amministrazione...cit.*, p. 120.

<sup>902</sup> Al riguardo dei controlli giuridici dell'attività amministrativa si ritiene che "gli elementi comuni a tutti non possono essere che assolutamente generici. I principali sono tre: il primo è l'esistenza di un rapporto fra un soggetto -il controllore- ed un altro soggetto, (...) il secondo è il potere o il dovere, in capo al controllore, di esercitare l'attività mediante la quale si svolge il controllo; il terzo è lo scopo per il quale il controllo viene esercitato". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1344.

amministrativa (c.d. controllo amministrativo non giurisdizionale) costituisce l'insieme dei meccanismi giuridici, complementari ai controlli giurisdizionali, attraverso i quali, in primo luogo, viene verificata la conformità ai parametri giuridici (validità ed effettività) che reggono l'esercizio dell'attività amministrativa controllata e, in secondo luogo, nel caso in cui non siano stati rispettati, forniscono il potere decisionale di adottare le misure correttive (dirette, concrete e certe) e modulabili, in base al tipo di competenza amministrativa controllata (vincolata o discrezionale), con l'obiettivo di soddisfare i fini pubblici dello Stato, in particolare, garantire la conformità ai parametri d'azione, l'effettività, la correzione e il miglioramento dell'azione amministrativa nell'adempimento degli appositi fini attribuiti alle attività amministrative controllate.

In questo modo, il concetto proposto, in una logica di connessione sistematica, riflette l'immagine teorica del controllo non giurisdizionale dell'attività amministrativa, caratterizzato dai suoi scopi, e stabilisce le basi per la costruzione, lo studio e l'analisi critica del suo regime normativo, caratterizzato dagli effetti incisivi e correttivi. Inoltre, questa concettualizzazione, come materializzazione della funzione dogmatica del diritto amministrativo, nel senso di fornire le basi per l'interpretazione ordinata e coerente del regime di questo tipo di controllo<sup>903</sup>, consente di dimostrare con molta più chiarezza la necessità di riformare la normativa relativa agli effetti dei controlli non giurisdizionali<sup>904</sup>, al fine di non limitarli alla verifica del rispetto dei parametri e, piuttosto, di focalizzare la loro utilità/scopo sulla produzione di effetti incisivi e correttivi (misure di controllo).

Pertanto, la sfida teorica diventa più importante, nella misura in cui una Parte generale coerente e solida, fondata su un concetto dogmatico come quello proposto, irradierebbe il diritto positivo e, sulla base dei denominatori comuni, richiederebbe il rinnovo normativo di quei dogmi tradizionali che, proprio a livello teorico, erano stati già aggiornati o smantellati. Quindi, è importante sottolineare che la formulazione del concetto dogmatico non era capricciosa, poiché la sua utilità<sup>905</sup> e funzionalità sono palpabili. Infatti, esso consente di descrivere, spiegare e ordinare coerentemente una realtà specifica dell'azione amministrativa, il che, a sua volta, ha profonde conseguenze nel regime giuridico del controllo e nella sua fase operativa<sup>906</sup>.

---

<sup>903</sup> *“Con la ayuda de los consabidos conceptos e instituciones jurídicas de la Parte general se interpretan y entienden las normas de la parte especial”*. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 7.

<sup>904</sup> Una parte fondamentale della visione sistemica del diritto amministrativo è il feedback legislativo, nella misura che *“la legislación vigente debería estar abierta a la revisión en la mayor medida posible, de modo que puedan potenciarse y facilitarse eventuales revisiones y reformas”*. A. Voßkuhle, *op.cit.*, p. 170.

<sup>905</sup> *“L'esigenza di ricostruire una chiarezza di fondo sulle nozioni che usiamo nel diritto amministrativo aiuta a cogliere una dimensione diversa del dibattito sul metodo. Fra i vari modi di concepire l'interpretazione giuridica si sono inserite, nella seconda metà del Novecento, alcune voci che sembrano superare l'alternativa fra pensiero ‘forte’ e pensiero ‘debole’, attraverso il recupero della ‘ragion pratica’. Al centro di esse vi è la riflessione sull'argomentazione, intesa come procedimento razionale per arrivare a una verità, ancorché provvisoria, perché «tra la verità assoluta e la non-verità c'è posto per la verità da sottoporsi a continua revisione mercé la tecnica dell'addurre ragioni pro e contro”*. A. Travi, *«Il metodo nel diritto amministrativo...»cit.*, p. 883.

<sup>906</sup> La pretesa di utilità pratica della proposta si è soddisfatta, l'analisi non è stata solo normativa, si è studiato il contesto e l'ambiente in cui il concetto deve essere formulato ed è nato nonché la ricerca non si sofferma *“solo sugli strumenti concettuali del costruzionismo proprio della tradizione dogmatica”*. S. Cassese, L. Torchia, *op.cit.*, p. 20.

Tuttavia, questo concetto dogmatico non è, né può essere, immutabile, al contrario, perché sia conforme alle esigenze della teoria del diritto amministrativo come sistema<sup>907</sup>, occorre accettare la fatalità della sua costante mutazione, della sua necessaria adattabilità, della sua costante messa in discussione<sup>908</sup>, al fine che sia in grado di continuare a soddisfare uno scopo utile nella pratica. Pertanto, la revisione e l'aggiornamento del concetto non è altro che una caratteristica naturale dei concetti dogmatici contemporanei<sup>909</sup>.

A questo punto, è possibile analizzare l'influenza che la delimitazione concettuale dell'attività amministrativa di controllo studiata ha sull'interazione tra questa attività e le attività controllate, in particolare a causa del problema relativo ai timori di co-amministrazione che deriveranno dal rafforzamento del effetti giuridici dei meccanismi che compongono l'attività di controllo.

Pertanto, se si accetta la proposta esposta, il ruolo secondario dei controlli non giurisdizionali, che deriva dalla sua natura accessoria e strumentale, deve ora essere sostituito da un ruolo principale<sup>910</sup>, che si traduce in una relazione di equidistanza tra l'attività di controllo e le attività controllate. Tuttavia, la ridefinizione della natura e del concetto di controllo non giurisdizionale, materializzata principalmente nel rafforzamento degli effetti degli esiti del controllo, più in linea con la garanzia di non arbitrarietà, di limitazione e razionalizzazione del potere pubblico, potrebbe scontrarsi con la garanzia di indipendenza, sulla base della separazione dei poteri, come elemento che ha tradizionalmente caratterizzato l'interazione tra le autorità pubbliche e garantito l'esercizio dei rispettivi poteri.

Sin dall'origine dell'idea teorica di sottomissione del potere al diritto (Stato di diritto<sup>911</sup>), che supposeva un transito del potere assoluto al potere sotto il diritto<sup>912</sup>, il modello conteneva una contraddizione nel senso che il "nucleo di autorità e di privilegio, di poteri "esorbitanti" come dicono i francesi, rimarrà uno degli elementi costitutivi del diritto amministrativo (...) questa "riserva di forza" rimane un nucleo fondamentale del diritto amministrativo, che si cercherà sempre più

---

<sup>907</sup> Nel quadro della funzione dogmatica del diritto amministrativo si afferma che *"los conceptos y las categorías de la teoría general habrá de someterse a una constante revisión a resultas de la continua evolución que los sectores especiales del Derecho administrativo experimentan. En consecuencia, la dogmática supone a un tiempo la utilización del sistema establecido, de un lado, y su construcción y revisión, de otro"*. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...*cit., p. 7.

<sup>908</sup> "Una volta individuato il nucleo essenziale o la soglia - base di un concetto, è sbagliato utilizzarlo, senza rimmetterlo in discussione, al di fuori dell'ambito che gli è proprio". G. Rossi, *«Metodo giuridico e diritto amministrativo...»*cit., p. 14.

<sup>909</sup> *"La formación de conceptos y el interés en la misma no puede verse inexorablemente como una resurrección de la jurisprudencia de conceptos; sino como una exigencia fundamental de la metodología jurídica que debe someterse a un proceso de adaptación a las exigencias de la comunidad científica contemporánea"*. S. Díez Sastre, *«La formación de conceptos dogmáticos...»*cit., p. 117.

<sup>910</sup> *"El control administrativo no es un principio sino una función o actividad administrativa. No se trata de una labor complementaria de aquellas funciones que conllevan ejecución, sino de una tarea principal en el modelo de Estado social de derecho, pues en un entramado organizacional complejo como el que se adopta en la sociedad actual resulta ilusorio creer que la intervención judicial es la única alternativa para ajustar el obrar administrativo al ordenamiento jurídico"*. J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...*cit., pp. 247 e 248.

<sup>911</sup> Transito dallo Stato sotto la forza allo Stato sotto il diritto, si veda G. Zagrebelsky, *Il diritto mite...*cit., p. 21.

<sup>912</sup> Il che non significa che non fosse diritto amministrativo prima dell'insorgere dello Stato di diritto, si veda A.F. Ospina Garzón, *«Separación de poderes...»*cit., p. 135.

di ricondurre anch'esso al principio di legalità<sup>913</sup>. Così, l'inosservanza del principio di uguaglianza trovava supporto nel fatto che le prerogative costituivano strumenti necessarie per il raggiungimento delle finalità attribuite all'apparato statale e, nello specifico, alla pubblica amministrazione<sup>914</sup>. Ciò, come accennato più volte, anche dall'origine, implicava l'accettazione di spazi incontrollati: allo stesso tempo che si affermava uno dei più importanti avanzamenti nell'esercizio del potere, si consentiva, con normalità, la permanenza di spazi oltre il diritto.

In questo scenario sembra, almeno, discutibili la proposta di esiti di controllo incisivi poiché, appunto, trascurerebbero gli ambiti di libera scelta dell'amministrazione, della sua autonomia decisionale. Tuttavia, occorre fare una chiarezza fondamentale, che risolve gran parte del problema. Infatti, il quesito o il rischio di co-amministrazione sorgerebbe solo nel caso di controlli che ricadono sull'esercizio di competenze discrezionali, non nel caso di quelle vincolate perché, come indicato nel capitolo precedente, tutti i parametri o criteri dell'azione amministrativa configura un unico insieme di parametri di giuridicità e, pertanto, la questione, nel caso specifico, è quella di analizzare se i diversi criteri (legalità-validità o legalità-effettività) sono parametri rivolti all'esercizio di una competenza vincolata oppure discrezionale.

La questione fondamentale si trova, anche come spiegato sopra, nel determinare il *quantum* (finalità, densità e perimetro della competenza) della discrezionalità, il margine di apprezzamento, di opportunità e di merito. Il controllo di ciò che è conforme al *quantum*, nel caso specifico, è controllo di legalità tradizionale, puro e semplice. Solo dopo inizia l'ambito discrezionale che, in ogni caso, non è un'area di assoluta libertà, anzi, è anche controllabile attraverso dell'analisi di adempimento dell'onere motivazionale e dell'analisi della sua ragionevolezza e proporzionalità<sup>915</sup>, altrimenti sarebbe un'approvazione dell'arbitrarietà<sup>916</sup>. Ecco la ragione per cui si è affermato che gli effetti del controllo devono essere sempre incisivi, ma anche devono essere sempre modulati in base al tipo di competenze da controllare.

Dal punto di vista del tipo di competenze e della ridefinizione del principio di separazione dei poteri, erano già stati presentati elementi per rispondere alle possibili critiche in relazione ai rischi di co-amministrazione. Pertanto, la soluzione si deriva dall'estensione degli argomenti che supportano la necessità di attribuire effetti incisivi, a questi meccanismi, per garantire il pieno controllo delle attività amministrative. In particolare, si ricorda che, nel caso del controllo delle competenze vincolate, la mancata osservanza del criterio di esercizio, in tutti i casi, che il risultato del controllo sia l'invalidità dell'oggetto controllato, senza implicare la co-amministrazione, poiché la natura di queste competenze non lascia margini di interpretazione o di libero apprezzamento, bensì, il loro contenuto è espressamente tipizzato dalle norme, perciò, la loro

---

<sup>913</sup> F. Merloni, *op.cit.*, p. 6.

<sup>914</sup> Cfr. J.I. Rincón Córdoba, *Las generaciones de los derechos fundamentales...cit.*, pp. 59 e 60.

<sup>915</sup> Cfr. H.A. Marín Hernández, *El principio de proporcionalidad...cit.*, p. 81 a 88.; M. D'Alberti, *Lezioni...cit.*, p. 40 a 43.; S. Cassese, «Il diritto amministrativo...»*cit.*, pp. 19 e 20.

<sup>916</sup> «*Discrecionalidad no es arbitrariedad. (...) El poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental*». T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...cit.*, pp. 81 e 83.

violazione o inosservanza è oggettivamente riconoscibile. Mentre, nel caso di esercizio di competenze discrezionali, l'inosservanza dei criteri comporterà l'invalidità, solo nei casi in cui la parte controllata abbia violato l'onere motivazionale che supporta la scelta che ha preso, nell'ambito delle opzioni concesse dalla discrezionalità<sup>917</sup>, che non solo implica fornire le ragioni per cui ha scelto una certa opzione, ma anche la spiegazione del perché le altre opzioni non erano praticabili<sup>918</sup>.

A sua volta, la questione dell'estensione dell'incisività del controllo fino ad attribuire al controllore la facoltà, oltre a invalidare, di adottare la decisione nel caso specifico (la mal chiamata "sostituzione") sarà possibile solo quando la discrezionalità possa essere ridotta a zero (situazione assolutamente eccezionale). Pertanto, l'autonomia decisionale sarà al sicuro poiché, di regola, il controllato sarà responsabile dell'esercizio autonomo dei suoi poteri e competenze, anche dopo che l'attività di controllo sia stata esercitata ed a prescindere della natura delle competenze controllate. In ogni caso, il rischio di co – amministrazione verrà scongiurato dal fatto che la scelta del modo più adatto per gestire l'interesse pubblico e decidere nel caso specifico spetterà al controllato e, inoltre, il risultato negativo del controllo, sia vincolante (quando le competenze controllate siano vincolate) o obbligatorio (quando siano discrezionali), sarà sindacabile davanti al giudice (classico controllo amministrativo giurisdizionale), come materializzazione del suo ruolo come *ultima ratio* di controllo.

Se si accetta che i poteri e le competenze attribuite alle differenti autorità di controllo dipendono, ovvero stano in funzione, delle finalità perseguite, cioè significa che i primi (poteri e competenze) costituiscono un riflesso del tipo di interesse che l'ordinamento giuridico cerca di tutelare con il controllo. Di conseguenza, la gamma di possibili esiti del controllo dipende altrettanto degli appositi poteri e finalità, dovendo adempirsi una regola di proporzionalità, nel senso che "l'esito (la misura) del controllo non potrà eccedere la misura della adeguatezza o della proporzionalità rispetto all'interesse che costituisce la finalità del potere di controllo"<sup>919</sup>. In altre parole, la misura di controllo deve essere adatta e conforme ai poteri di controllo, essa deve essere inquadrata rigorosamente nei poteri e, a sua volta, questi ultimi devono essere compatibili o, meglio, permettere di soddisfare le finalità attribuite al controllo.

Da ciò si derivano alcune conseguenze in prospettiva positiva e negativa. Quella positiva implica che i controlli devano essere impostati, normativamente, in forma tale che nel suo esercizio sia possibile raggiungere le finalità attribuite; ovverosia, i controlli devono essere impostati in funzione del conseguimento effettivo delle finalità stabilite dall'ordinamento. Cioè, le misure devono permettere soddisfare le finalità previste e ciò influisce nell'impostazione del rapporto fra

---

<sup>917</sup> "Porque, si ésta se ha movido dentro de los límites de la libertad recibida, todo lo que puede exigírsele es que la opción por ella tomada en uso de esa libertad esté debidamente justificada". T.-R. Fernández, *Del arbitrio...*cit., p. 70.

<sup>918</sup> La scelta di una delle opzioni implica l'adempimento dell'onere motivazionale e la necessità di esporre la giustificazione obiettiva della decisione. "La Administración dispone de una libertad, mayor o menor, para elegir la solución que considere más apropiada de entre las varias posibles, libertad que es suya y solo suya, pero, como esa libertad no es ni puede ser total supuesto que el poder que la otorga es un poder jurídico y su otorgamiento por la Ley se hace en consideración de intereses que no son propios del órgano competente para ejercerlo, éste debe razonar por qué estima que tal solución y no otra distinta es la que mejor satisface los intereses a los que el poder ejercitado se ordena". T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...*cit., p. 85.; J.M. Rodríguez de Santiago, *op.cit.*, p. 196.

<sup>919</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1401.



controllore e controllato. Ciò significa che le finalità attribuite a questi meccanismi di controllo possono essere soddisfatte solo attraverso del rafforzamento dell'incisività dei risultati del controllo. Tale potenziamento non genererà né consentirà aree di co-amministrazione, che violerebbero l'autonomia decisionale dei controllati, poiché le stesse finalità, che sono alla base dei poteri di controllo, costituiscono il loro limite: l'esito e la misura, come elementi del rapporto di controllo, hanno come limite (non potranno eccedere), dalla prospettiva teleologica, l'interesse che il controllo deve tutelare.

A sua volta, dalla prospettiva negativa, la portata del controllo, principalmente dei suoi effetti, deve essere limitata solo nella misura necessaria e sufficiente, di nuovo, in forma tale che l'impostazione normativa permetta la consecuzione delle finalità del controllo.

Tuttavia, quello che accade fin ad oggi è del tutto diverso, non perché gli esiti e le misure di controllo eccedano i limiti della corrispondenza o proporzionalità con le finalità perseguiti però, invece, perché essi non sono in grado di raggiungerle. Si tratta di una contraddizione sistematica grande e profonda. Se di regola le risultanze di questi controlli, tranne quello di legittimità, vengono materializzate in relazioni, referti o rapporti, richiedendosi dell'azione (successiva) di soggetti altrui per risolvere le criticità, appare abbastanza chiaro che controlli con misure di questo tipo (collaborativo) difficilmente raggiungeranno (soddisfaranno) le finalità attribuite. Sia nell'ordinamento colombiano che in quello italiano vi è un palese sbilancio e assenza di impostazione sistemica fra quello che si aspetta dei controlli non giurisdizionali (i suoi scopi teorici e, addirittura, normativi) e quello che sono in grado di fare (le competenze previste nel diritto positivo e settoriale).

Insomma, il rapporto fra il controllo amministrativo e le tradizionali attività amministrative, a lungo, è stato segnato per la relegazione del primo al rango di attività secondaria e contingente, derivato dall'impostazione e contenuto del carattere accessorio e strumentale attribuito. Tuttavia, vi sono diversi argomenti, inglobabili nella necessità di attuare la garanzia di controllo pieno dell'attività amministrativa, che fondamentano il cambiamento della logica di quella sinergia. Ciò comporta la rivendicazione del controllo amministrativo non giurisdizionale, che acquisisce il ruolo di attività amministrativa principale, equidistante dalle attività controllate, e il cui concetto dogmatico è costruito sulla base degli effetti incisivi dei meccanismi che la compongono, necessari per garantire la pienezza del controllo.

Il concetto proposto di attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa costituisce solo il primo passo nel processo di rivendicazione del controllo non giurisdizionale e di materializzazione del controllo pieno. Tuttavia, il suo merito è che, in conformità con la funzione dogmatica del diritto amministrativo, costituisce la base per analizzare e (ri)costruire (conservazione – avanzamento) gli altri elementi del suo regime giuridico.

### 3. Aggiornamento del contenuto e della portata degli elementi costitutivi del rapporto di controllo amministrativo dell'attività amministrativa

La rivendicazione della natura dell'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa e la concettualizzazione proposta costituiscono la base per l'analisi critica del suo regime giuridico. Ora, in questa parte, occorre analizzare la sua influenza sugli elementi che caratterizzano il rapporto interorganico o intersoggettivo di controllo, al fine di stabilire il loro contenuto generale, dogmatico e sistematico, che, sebbene a seconda del caso avranno particolarità che lo precisino, costituirà il suo nucleo duro e irriducibile.

In primo luogo, è necessario sottolineare che si fa cenno agli elementi della relazione di controllo perché questa, nell'ambito dell'organizzazione amministrativa, costituisce una delle manifestazioni delle relazioni organizzative tra le diverse componenti della struttura amministrativa<sup>920</sup>. Questa relazione organizzativa è caratterizzata, di regola, da elementi strutturali come i soggetti, l'oggetto, i parametri, il giudizio e la misura<sup>921</sup>. Tuttavia, per aggirare i problemi di contraddizione, ambiguità e lacune, derivati dalla polisemia e dall'elasticità del concetto ampio di controllo<sup>922</sup>, il contenuto di questi elementi, sui binari della logica sistematica e teleologica, nel caso dell'attività amministrativa di controllo oggetto di studio, dipenderà dalla funzione e dallo scopo specifico perseguito dai meccanismi<sup>923</sup>, secondo la concettualizzazione esposta. Dunque, ora la pretesa è concretizzare il contenuto generale di questi elementi nel caso specifico della tipologia di controllo che è stato concettualizzato: il contenuto degli elementi del rapporto è conseguenza del concetto.

In relazione dei soggetti, a prescindere della posizione del controllore e della natura della relazione con il controllato (subordinazione, equiordinazione, autonomia, reciproca indipendenza<sup>924</sup>), si è ritenuto che nel regime della democrazia rappresentativa, le parti della relazione di controllo sono, fondamentalmente, tre: il controllore, il controllato e il referente o

---

<sup>920</sup> “L'organizzazione è uno strumento (*organon* significa strumento in greco), e ogni strumento è congegnato e impiegato in vista di uno o più fini. È naturale che all'interno dell'organizzazione vi siano dei meccanismi di controllo -sistematico, periodico, saltuario- sulla funzionalità dell'organizzazione rispetto ai suoi fini. Sotto questo profilo l'organizzazione non si distingue da una qualsiasi macchina munita di congegni di controllo della sua funzionalità”. G. Corso, *L'attività amministrativa...cit.*, p. 44.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, pp. 239 e 240.

<sup>921</sup> Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, pp. 1351-1367.; G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 546 a 553.; J. Agudo González, *op.cit.*, p. 123 a 557.; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, pp. 51 e 52.; D. Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo...cit.*, p. 377 a 380.

<sup>922</sup> “La dottrina ha incontrato non poche difficoltà nell'opera di definizione della nozione giuridica di controllo, anche in ragione della notevole elasticità di significato connaturale al termine stesso di controllo (già nel linguaggio comune). (...) Lo studioso a cui si deve la più vasta trattazione organica dell'argomento aveva giustamente posto in luce l'appartenenza dei controlli giuridici alla categoria dei fenomeni logici contraddistinti come riesame o revisione di attività altrui, per cui la caratteristica fondamentale dell'attività di controllo sarebbe da individuarsi nel suo contesto logico”. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 113.

<sup>923</sup> I fini perseguiti da una apposita attività amministrativa determinano tutti gli altri elementi del suo regime giuridico. La teoria del diritto amministrativo come sistema afferma che *el derecho sólo puede desarrollar satisfactoriamente su función si la organización administrativa se adecua a las funciones de la Administración*. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 262.

<sup>924</sup> Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 546 a 549.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 240 a 242.

destinatario del controllo. Il primo è il soggetto incaricato di attuare il controllo (soggetto attivo), il secondo è il soggetto su di cui ricade il controllo e il terzo è il soggetto a cui interessa l'esito del controllo e l'incaricato di attuare la misura, quando sia richiesta<sup>925</sup>. Le basi proposte, condensate nel concetto di controllo, implicano aggiornare o precisare l'aspetto soggettivo del rapporto di controllo, almeno, in quattro aspetti.

Primo, la natura giuridica del controllore e del controllato non modifica, incide o snatura l'attività amministrativa di controllo. Ovvero i soggetti del rapporto di controllo possono essere amministrazioni pubbliche, altri soggetti pubblici o, addirittura, soggetti privati e il loro ruolo di controllore o controllato sarà determinato, da una prospettiva funzionale, dal fatto che vi è un'attività amministrativa, eseguita dal primo e controllata dal secondo, poiché in virtù della garanzia di pienezza del controllo, si deve controllare il rispetto dei parametri che garantiscono la sua *funzionalizzazione* (legame alle finalità e la loro soddisfazione). Questo chiarimento è importante perché mette in luce che, nel diritto amministrativo contemporaneo, il criterio soggettivo è insufficiente per determinare e delineare chiaramente che cos'è la pubblica amministrazione<sup>926</sup>, pertanto è stata utilizzata una prospettiva materiale<sup>927</sup>, in cui il carattere teleologico e funzionale dell'attività amministrativa acquisisce tutto il rilievo<sup>928</sup>: per tale motivo il diritto amministrativo non è l'insieme normativo che regola determinati soggetti pubblici (pubblica amministrazione), ma quello che regola l'esercizio di determinate attività e i rapporti che ne derivano<sup>929</sup>, indipendentemente dalla natura dei soggetti coinvolti. Questo spiega perché è l'attività che è chiamata a condizionare, influenzare e delimitare tutte le altre componenti dei rapporti giuridici amministrativi e, per quanto riguarda questa indagine, spiega che la presenza di soggetti di diversa natura nella relazione di controllo non denaturalizza l'attività e, pertanto, essa non perde

---

<sup>925</sup> “La distinzione fra controlli interni e controlli esterni è importante per due motivi. Anzitutto, perché essa mette in rilievo che il controllo ha suoi referenti, secondo i casi, all'interno o all'esterno dell'amministrazione, nel senso che la responsabilità di attivare la misura del controllo compete, rispettivamente, ad un organo dell'amministrazione (eventualmente diverso da quello che ha eseguito il controllo) o a soggetti ad essa estranei (anche se potrà essere un organo dell'amministrazione ad attuare concretamente la misura)”. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1368.

<sup>926</sup> “Per lungo tempo si è cercato di definire unitariamente la pubblica amministrazione, come potere esecutivo o esecuzione di leggi e come cura concreta di interessi pubblici (distinta dalla cura astratta, rimessa al Parlamento). Ma la verità delle amministrazioni pubbliche è tale, che esse sfuggono a una nozione unitaria”. S. Cassese, «Il diritto amministrativo...»cit., p. 3.; A. Montaña Plata, *Fundamentos...cit.*, p. 61 a 85.

<sup>927</sup> “Una primera aproximación al concepto de función administrativa nos lleva a identificarlo con la perspectiva material (verbo9 de la administración pública, es decir, a concebirla como “actividad” o “conjunto de actividades. Ésta, de este modo, pero sin descuidar su referente subjetivo, es decir, señalándola como una actividad que es desarrollada por la administración pública, aunque en algunas oportunidades y de manera excepcional lo es también por otras instancias públicas e inclusive por particulares”. A. Montaña Plata, *Fundamentos...cit.*, p. 85.

<sup>928</sup> “Cuando se habla de organización como sujeto, se piensa en organismos o entidades que adelantan función administrativa, por lo que el concepto se dinamiza y hace la Administración Pública sea entendida de forma material, pues para la comprensión de la misma (...) debe tenerse en cuenta que su ámbito o radio de acción comprende prácticamente a todo el Estado e incluso desdibuja las fronteras entre el sector público y privado”. J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 149.

<sup>929</sup> “Allí donde surjan o aparezcan instancias, individuos o grupos que directa o indirectamente resulten incardinables o reconducibles a la organización administrativa, estaremos entonces ante relaciones de naturaleza jurídico-administrativa. En este sentido, las estructuras influyentes; las posiciones sociales de dominio; o el poder de disposición presupuestaria resultan indiciarios de que la relación jurídica posee carácter administrativo”. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 39.

il suo status di attività amministrativa. In breve, è l'attività a determinare la natura dei soggetti nel rapporto di controllo, e non quest'ultimi a determinare la natura dell'attività.

Secondo, e derivato dal primo punto, il controllore è il titolare dell'attività di controllo e può essere un soggetto di natura pubblica o privata, un'amministrazione pubblica o meno, posizionato all'interno o all'esterno del controllato, secondo la decisione normativa<sup>930</sup>. La cosa rilevante del suo ruolo è che, oltre ad essere il responsabile dell'attuazione del procedimento di controllo, è il responsabile dell'adozione e dell'esecuzione della misura di controllo. Cioè, il referente, inteso come soggetto a cui compete attivare la misura di controllo, non può essere un soggetto diverso dal controllore, il quale deve attuare la misura, altrimenti il controllo rimarrebbe senza essere incisivo e decisionale. Questo ragionamento permetterà concludere che, perfino nel caso in cui l'attività di controllo non sia eseguita dalla pubblica amministrazione, ad esempio dalla Corte dei Conti<sup>931</sup> in diritto italiano, ovvero della "*Contraloría General de la República*" in diritto colombiano, non smarrirà sua natura di attività amministrativa e, in senso ampio, di funzione amministrativa. Il caso dei controlli esterni sarà, insomma, l'esempio perfetto di titolarità ed esercizio di una attività amministrativa da un soggetto diverso alla pubblica amministrazione, il che non significa una snaturalizzazione dell'attività di controllo.

In terzo luogo, il controllato è, a prescindere della sua natura (pubblica o privata), il soggetto che esercita una qualsiasi attività amministrativa, sia o meno il suo titolare. Infine, in quarto luogo, il referente, inteso come il destinatario degli esiti del controllo, non è esclusivamente un soggetto (Parlamento e assemblee elettive), ma una varietà di soggetti in funzione di diversi interessi, fra di cui il controllato e i privati (i cittadini, gli amministrati) sono i principali referenti. Ciò non implica ignorare che gli esiti del controllo possano risultare utili per il controllo amministrativo politico e per il controllo amministrativo giurisdizionale, ma si mette in luce che l'attività amministrativa di controllo è un'attività principale, decisionale – correttiva e non solo accessoria – strumentale. Inoltre, il destinatario del controllo non deve aver subito necessariamente una lesione o un danno diretto in occasione dell'attività amministrativa controllata, altrimenti, il controllo continuerebbe ad essere limitato agli scenari di conflitto, perpetuando gli spazi privi di controllo. Tuttavia, la presenza di un soggetto leso applica, soltanto, per la modalità di attività di controllo contenziosa, cioè, i tradizionali ricorsi amministrativi e anche le procedure di autotutela. In questo senso, la

---

<sup>930</sup> "*El control puede realizarse por entidades que orgánicamente pertenecen a la rama ejecutiva (sin importar el nivel territorial al que pertenezcan) o por estructuras administrativas que no hacen parte de esta*". J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...*cit., p. 245.

<sup>931</sup> "Se cambia la Pubblica amministrazione, il diritto amministrativo, la Corte dei conti non può rimanere ferma e, quindi, cambia ovviamente anche la Corte ed il ruolo che essa svolge di garanzia verso i cittadini, nonché di ausilio rispetto alla stessa amministrazione. Il ruolo svolto dalla Corte è importantissimo. Giuste alcune volte le critiche ad alcuni interventi o alla scarsa incisività rispetto ad alcuni comportamenti; giuste le preoccupazioni su come costruire una funzione di garanzia o di controllo obiettivizzato ed indipendente che non invada l'autonomia delle amministrazioni o, peggio, ne annulli la valenza di amministrazione attiva. Rimane, però, il gatto che la sua partecipazione al sistema delle garanzie pubbliche non può essere né banalizzato né barattato, in nome della modernità e dell'efficienza, con altri meccanismi alternativi di tipo aziendale o privato". G. Piperata, *op.cit.*, p. 21.

legittimazione di richiedere l'attivazione del controllo è ampia e sarà limitata solo quando la pretesa è precisamente la soluzione del conflitto o dello scontro<sup>932</sup>.

In relazione dell'oggetto di controllo, l'evoluzione dell'attività amministrativa, in concreto la riferita ascesa dell'amministrazione di risultato, ha comportato che l'oggetto del controllo non è più, esclusivamente, gli atti e le decisioni specifici e, ora, quel posto è occupato dall'attività nel suo insieme. In questo senso, è stata affermata l'esistenza del principio di generalizzazione del controllo, nel senso che "in linea di massima, tutti gli atti e attività delle pubbliche amministrazioni possono formare oggetto di controllo. (...) Di qui, da una parte, l'estensione dei controlli a tutti gli ambiti di attività amministrativa"<sup>933</sup>, che comunque si ritiene limitata dalla Costituzione e dalla legge, al fine di evitare la materializzazione di un potere illimitato. In relazione a questo elemento, le basi proposte in precedenza implicano aggiornare o precisare, almeno, le seguenti aspetti.

Anzitutto, il principio di generalizzazione implica che "tutto" nell'attività amministrativa è soggetto a controllo, nel senso che tutti gli aspetti sono soggetti a verifica. Tuttavia, ciò non significa pienezza del controllo, quindi il contenuto di questo principio deve essere esteso, nel senso che la generalizzazione si riferisca anche all'incisività, cioè, non solo che tutti gli ambiti dell'attività possono essere oggetto di controllo, ma che le deformità verificate, nel procedimento di controllo, devono essere corrette in modo efficace. Pertanto, il principio di generalizzazione del controllo, come garanzia della pienezza del controllo, deve fare riferimento al fatto che tutte le aree dell'attività amministrativa sono controllate in modo incisivo. Altrimenti, l'affermazione secondo cui vi è generalizzazione del controllo perché "l'attività amministrativa è rilevante in tutti i suoi aspetti per i fini che persegue"<sup>934</sup>, viene svuotata: sarà inutile, o solo aneddótico, controllare ogni angolo dell'attività amministrativa se, quando siano verificate difformità, non si garantisce l'esecuzione di incisive misure correttive.

In secondo luogo, a titolo puramente esplicativo, il principio di generalizzazione non può riferirsi solo all'attività delle pubbliche amministrazioni ma, piuttosto, all'attività amministrativa in senso materiale, indipendentemente dal soggetto che la esegue. Ciò, in linea con il carattere di un soggetto controllato, spiegato sopra, implica che il controllo ricade su attività che sono funzionalmente connesse al soddisfacimento delle finalità pubbliche. In terzo luogo, occorre sottolineare che l'allargamento della prospettiva dell'oggetto del controllo non implica rinunciare al controllo di singoli atti, piuttosto, significa riconoscere che questi si producono nella cornice di apposite attività, che non sono strumenti isolati, vaganti e sconnessi, anzi, sono sempre collegati (funzionalizzati) ad un'attività. Allorché si controllano singoli atti, infatti, si sta controllando l'intera attività in cui essi sono stati emanati, poiché il suo esito positivo o negativo non si riferisce solo a esso, però irradia le sue conseguenze all'intera attività.

Quarto, sebbene l'attività di controllo non costituisca un potere illimitato, né con la presente indagine si intenda costituirlo in tale, in realtà, il limite costituzionale al controllo non si trova nella

---

<sup>932</sup> Recente dottrina spagnola, all'interno dell'elemento soggettivo del controllo, include il soggetto leso, in una logica contenziosa e giudiziaria, inteso come colui che si trova in una posizione di confronto con il controllato. Cfr. J. Agudo González, *op.cit.*, pp. 201-219.

<sup>933</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 545.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 242 a 244.

<sup>934</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 545.

specifica elencazione di oggetti controllabili (atti e attività specifica, come l'azione di bilancio), ma nella natura dello Stato come costituzionale, soggetto al Diritto e in cui sono vietati l'arbitrarietà e l'esercizio di poteri privi di controllo (separazione dei poteri). Pertanto, l'unico limite del controllo è la conformità dell'oggetto controllato al Diritto<sup>935</sup>, ovverosia, "l'oggetto di controllo non ha, a rigore, altro limite se non quello che deriva dalla tutela di interessi estranei allo scopo per il quale è stato attribuito il relativo potere"<sup>936</sup>. Quindi, la portata e i limiti apposti del controllo (parametri, procedimento, misure, controllati, controllore) saranno specificati normativamente, volta a volta, a seconda dei meccanismi.

Infine, anche in linea con il principio di generalizzazione del controllo, gli oggetti di controllo non possono essere limitati alla prospettiva attiva - positiva e formale dell'attività amministrativa (atti o attività), ma devono includere anche la loro prospettiva passiva - negativa e informale<sup>937</sup>, vale a dire le omissioni e le azioni non formalizzate (decisioni, operazioni e omissioni)<sup>938</sup>. Solo in questo modo il controllo sarà generalizzato, includerà tutte le aree dell'attività amministrativa e la pienezza del controllo potrà essere garantita. In tal senso, se l'oggetto del controllo viene aggiornato (allargato) e spostato verso l'intera attività amministrativa, ne consegue la possibilità di controllare appieno le fattispecie non tradizionali: omissione e attività non formalizzata.

In relazione con i parametri di controllo, la tradizionale distinzione tra controlli sugli atti e controlli sulle attività comporta la distinzione correlativa tra i parametri destinati al controllo di ciascuno di questi oggetti. In questo senso, si afferma chiaramente che i primi devono conformarsi ai parametri di legittimità, mentre i secondi, sebbene possano essere confrontati con parametri di questo tipo, devono confrontarsi con una gamma più ampia di parametri, in modo tale da consentire un giudizio sull'attività nel suo insieme e su tutti i suoi aspetti<sup>939</sup>. Dunque, si afferma che, nonostante la generalizzazione del controllo, i parametri del confronto possono essere differenziati "in ragione delle varietà di conoscenze (non solo giuridiche, ma scientifiche, tecniche, di esperienza) da applicare nei diversi settori (per fare un esempio, i controlli in materia di qualità

---

<sup>935</sup> Cfr. T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...cit.*, p. 144 a 145.

<sup>936</sup> G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1357.

<sup>937</sup> Ambito composto da azioni dell'amministrazione che non sono soggette a regole procedurali formali o di decisioni prive di carattere imperativo. Che si oppone al modello idealizzato dell'amministrazione (contrario alla realtà e alla storia), secondo il quale essa agisce solo attraverso di mezzi formali, la cui unica manifestazione è l'atto amministrativo. Cfr. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»*cit.*, pp. 37 e 38.; J. Barnes, «Sobre el procedimiento administrativo...»*cit.*, p. 319 a 321.

<sup>938</sup> Cfr. J. Agudo González, *op.cit.*, p. 219 a 225.

<sup>939</sup> "Il parametro del controllo preventivo su atti è -di regola- la legittimità, cioè, la conformità sia alla legge, sia alla trama di normazione (anche diversa da quella primaria) che compone l'ordinamento: quindi, regolamenti, atti generali, (direttive, piani, programmi), circolari, istruzioni, ecc. (...) Il controllo sull'attività si estende, per sua natura, ad ogni manifestazione dell'attività amministrativa ed anche a comportamenti di persone (come quando si valuta la qualità dei dirigenti, la loro capacità di organizzare un ufficio, di motivare i dipendenti al lavoro o di intrattenere relazione pubbliche, ecc.) (...) Dell'attività amministrativa può essere sindacato il contenuto giuridico, economico, tecnico, come anche l'impatto nella realtà economica, sociale, ecc.; se ne può verificare una quota, definita per lo scopo o per il programma perseguito, un aspetto o una componente specifica (il costo del personale, la speditezza dei procedimenti, l'economicità degli approvvigionamenti, l'efficienza dei servizi, la capacità di soddisfare le esigenze degli utenti, ecc.) in genere, con valutazioni che attengono alla qualità dell'azione svolta e dei risultati conseguiti". G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, pp. 1359 e 1361.; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, pp. 200 e 201.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, pp. 242 e 243.

dell'istruzione scolastica richiedono di essere svolti con tecniche e parametri diversi da quelli che occorrono per valutare la qualità del trasporto urbano)<sup>940</sup>. Di nuovo, le basi proposte implicano aggiornare o precisare i seguenti aspetti del contenuto dei parametri di controllo.

Anzitutto, sollevare una distinzione tra i parametri in virtù dell'oggetto controllato, delle particolarità del settore o delle diverse prospettive e aree controllabili è, al momento, una fallacia argomentativa. A questo punto non è necessario estendere la spiegazione, già fatta in precedenza, tuttavia è necessario ricordare che l'evoluzione dell'azione amministrativa ha fatto sì che i parametri, inizialmente divisi in quelli di legittimità (validità) e quelli di effettività (tutti gli altri parametri), convergano ora sul concetto ampio di legalità: la giuridicità. L'attività amministrativa, in quanto manifestazione del potere e delle competenze pubblici, funzionalizzata verso il soddisfacimento di determinati scopi pubblici, è soggetta al Diritto, ciò costituisce il suo parametro di azione e di controllo perché, indubbiamente, in uno Stato costituzionale esso costituisce il loro limite: dunque, il Diritto costituisce il limite naturale della suddetta autonomia decisionale<sup>941</sup>.

In questo ordine di idee, dalla base della teoria dello Stato di diritto, è indiscutibile che il principio di legalità dovrebbe essere preservato, come derivazione della sottomissione del potere pubblico alla legge, tuttavia, è indiscutibile anche che la tradizionale rigidità teorica del legame esistenti tra la legge e il potere esecutivo e giudiziario deve essere aggiustato<sup>942</sup>. Infatti, l'idea teorica che spiega la natura onnipotente della legge, derivata dalla teoria dello Stato di diritto, e che si trova alla base dei ruoli tradizionali dell'esecutivo e della magistratura, ha iniziato a essere rivalutato, conferendo al principio di la legalità un senso più globale<sup>943</sup>, riferito al principio di giuridicità<sup>944</sup>. La realtà mostra che il potere esecutivo non esegue semplicemente la legge e che la magistratura non si limita a proteggere le deviazioni dai parametri di legge. Questa situazione ha un enorme impatto sulla questione in esame perché, se i criteri (parametri) di azione amministrativa non si esauriscono nella programmazione di livello legale e, a sua volta, il giudice non si limita a garantire il rispetto della legge<sup>945</sup>, risulta evidente che l'azione amministrativa deve rispettare, in tutti i casi, anche la programmazione non legale, compresi quelli parametri di tipo sostanziale

---

<sup>940</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., pp. 545 e 546.

<sup>941</sup> L'autonomia dell'amministrazione deriva dalla distribuzione delle competenze fatta dalla Costituzione ed è garantita attraverso il principio di separazione dei poteri. Pertanto, l'autonomia decisionale è limitata dall'attribuzione di competenze derivata dal Diritto. Cfr. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, pp. 211-226.

<sup>942</sup> L'attenuazione del legame rigido, e originale, dell'attività amministrativa con la legge non implica la rottura del legame di giuridicità. Cfr. H. Santaella Quintero, *op.cit.*, p. 79 a 115.

<sup>943</sup> Non sempre visto come un cambiamento plausibile, perché parte della dottrina lo qualifica come una "*crisis de la racionalidad jurídica*". J. Chevallier, *El Estado posmoderno...cit.*, p. 180 a 182.

<sup>944</sup> "*De una rígida sujeción a la ley formal o del parlamento se ha pasado a una idea más amplia de sometimiento de la administración al derecho, entendido como el conjunto de normas de distinto rango que regulan tanto lo concerniente a la atribución de la competencia, como los procedimientos a seguir y los contenidos materiales o las orientaciones finales que deben guiar sus determinaciones*". H. Santaella Quintero, *op.cit.*, p. 87.

<sup>945</sup> "*Las transformaciones que sufre el derecho pueden en efecto ser objeto de varias interpretaciones (...) mientras que el derecho moderno está basado en un modelo piramidal, en el cual el Estado es el núcleo de toda juridicidad (derecho "jupiteriano"), un nuevo modelo tiende a surgir: el de un "derecho en red", en el cual el campo jurídico se presenta con la forma de una multitud de puntos en interrelaciones (derecho "de Hermes"); abierto, flexible, inestable, el derecho tiene a convertirse en el producto aleatorio de un conjunto de sistemas en interacción*". J. Chevallier, *El Estado posmoderno...cit.*, pp. 184 e 185.

(parametri di effettività, a seconda dell'oggetto), e non solo quelli relativi a criteri formali (validità-legittimità). Dunque, nel caso specifico l'insieme delle "regole di controllo"<sup>946</sup> sarà costituito da una varietà di parametri che, tuttavia, condividono la loro natura giuridica di criteri giuridici. Ancora una volta, solo in questo modo è possibile garantire la pienezza del controllo.

In secondo luogo, la configurazione astratta dei parametri può arrivare solo a questo ampio punto: tutti i criteri di azione amministrativa, a seconda dei casi, sono parametri giuridici e, quindi, esigibili. La loro concrezione verrà fatta caso per caso, a seconda di vari aspetti, come l'oggetto e lo scopo del controllo. Pertanto, affermare che i parametri devono essere adeguati in base all'oggetto è ovvio e non costituisce una ragione sufficiente per proporre una separazione astratta dei criteri dell'azione amministrativa. Sarebbe assurdo, illogico e contrario al minimo di oggettività, che il controllo di un determinato oggetto (qualità delle scuole) sia effettuato con gli stessi parametri di qualità riferiti a un altro oggetto (qualità del trasporto urbano), sono ovviamente aree diverse, quindi, richiedono dei propri parametri adatti a quell'oggetto.

In relazione con il giudizio del controllo, esso è concepito come il momento culmine del procedimento di controllo e, malgrado la varietà dei parametri controllabili (raggruppabili, di regola, in parametri di legalità - validità e di legalità -effettività) si afferma che "siccome il giudizio ha come parametro una regola prestabilita, esso può essere di conformità o difformità, ovvero di parziale conformità o difformità rispetto alla regola"<sup>947</sup>. A questo proposito, sarebbe solo necessario evidenziare che questa prospettiva, ampia e astratta del giudizio di controllo, è pienamente coincidente con le basi esposte (concetto dogmatico), perché nonostante la varietà di elementi che possono costituire parametri di controllo. In realtà, una volta, nel caso specifico e sempre in anticipo dell'esercizio del controllo<sup>948</sup>, si determina che l'attività amministrativa deve essere esercitata attraverso nel rispetto di questi diversi criteri, non solo quelli di tipo legale, essi acquisiscono la natura dei criteri di azione amministrativa<sup>949</sup>, che sono resi comprensibili e obiettivi per tutti gli attori, attraverso la sua trasformazione in regole concrete: ecco perché il giudizio il giudizio, in tutti i casi, indipendentemente dalla natura specifica del parametro, può essere solo di conformità o di difformità.

In ogni caso, è necessario sottolineare, con particolare enfasi, che se i parametri, concretati in regole, devono essere controllati in occasione dell'esercizio di poteri/competenze vincolanti, il confronto deve essere fatto attraverso la tradizionale sussunzione, mentre nel caso in cui siano controllati in occasione dell'esercizio di poteri/competenze discrezionali (discrezionalità pura, merito o opportunità), il confronto deve essere fatto attraverso un'analisi di proporzionalità e ragionevolezza; nei termini indicati nei capitoli precedenti.

---

<sup>946</sup> Anche nel caso specifico, in anticipo, devono essere stabilite le norme di controllo, ovvero l'insieme di parametri che serviranno a confrontare l'oggetto controllato. J. Agudo González, *op.cit.*, p. 434 a 470.; J.M. Rodríguez de Santiago, *op.cit.*, p. 149 a 196.

<sup>947</sup> G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1361.

<sup>948</sup> "L'ordinamento, infatti, pur garantendo di norma ad ogni struttura compiuta il potere di iniziativa in ordine all'attuazione concreta dei suoi fini, si vale dei controlli come appositi mezzi, onde l'azione da essa o i risultati raggiunti siano sottoposti, secondo criteri variabili ma predeterminati, a riscontri e riesame da parte di organi a ciò espressamente deputati". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, pp. 113 e 114.

<sup>949</sup> Cfr. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 347 a 358.; D. Crocco, *op.cit.*, p. 13 a 26.



Infine, in relazione alla misura, come ultimo elemento che caratterizza il rapporto di controllo, si ritiene che essa costituisca la tappa procedimentale ulteriore al giudizio, “cioè, all’intervento (alla reazione) che, secondo le norme, deve far séguito al giudizio”<sup>950</sup>. Come indicato nel corso dell’indagine, questo elemento, che si materializza negli effetti giuridici che possono produrre (previsione normativa) e che producono (in pratica), costituisce, prima, il tallone d’Achille dei meccanismi che compongono l’attività di controllo studiata, perché questi meccanismi, in senso stricto, non controllano, ma semplicemente collaborano nel verificare il rispetto dei parametri<sup>951</sup> e, secondo, la causa per cui si è consolidato il monopolio giurisdizionale del controllo. Il regime giuridico attuale (diritto positivo) ha ostacolato la potenza che questi meccanismi dovrebbero avere naturalmente. Così come la misura deve, in modo obbligatorio, rispettare i limiti del potere di controllo attribuito e, pertanto, è considerata illegittima la misura che li esorbitano<sup>952</sup>, sarebbe illegittimo stabilire e conformarsi con delle misure che non siano in grado di soddisfare le finalità: ecco perché le basi esposte per rivendicare l’attività amministrativa di controllo dell’attività amministrativa implicano un profondo aggiornamento di questo elemento.

In termini generali, gli effetti conseguenti alle misure non si producono o non provengono dall’atto di controllo, poiché è necessaria l’azione del referente, e gli effetti ricadono sull’efficacia giuridica (impedimenti, approvazione, sanzioni, sostituti, eliminatori e così via), nel caso di parametri di legittimità, o collaborativa<sup>953</sup> (relazioni, inviti, comunicazioni), nel resto dei casi.

In questo contesto, la particolarità del contenuto delle misure, attualmente e nei due ordinamenti giuridici studiati, è la natura collaborativa dei loro effetti. Sebbene questo carattere trovi un’eccezione nel caso dei controlli di legittimità -evento in cui il controllo giurisdizionale e l’attività amministrativa di controllo studiata si incontrano e si assomigliano-, il fatto è che tutti i fattori che hanno guidato la trasformazione dell’attività amministrativa e che hanno messo in evidenza l’importanza del raggiungimento del risultato (soddisfazione dei fini), hanno implicato la riduzione dei controlli di legittimità e, di conseguenza, la riduzione dell’unica modalità di controllo dotata di effetti incisivi. Con ciò non si propone il ritorno al monopolio dei controlli di legittimità, al contrario, al fine di rivendicare l’utilità degli altri tipi di controlli e di garantire che le aree ad essi attribuite siano effettivamente controllate è stato proposto il rafforzamento degli effetti: incisivi e decisionali.

Insomma, la fase finale del controllo amministrativo deve l’adottare e l’attuazione della misura, non solo il giudizio e la comunicazione dell’esito. In quest’ottica, ad oggi, la formulazione e l’attuazione della misura, in un certo senso, vanno ben oltre la portata dell’attività di controllo. Pertanto, il contenuto della misura deve essere aggiornato, in modo tale che sia adottata dallo stesso

---

<sup>950</sup> G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 552.; G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 1366.

<sup>951</sup> “Il controllo collaborativo (come tale non accompagnato da alcuna misura giuridicamente efficace sul piano amministrativo) è inefficace sia al fine di garantire la legittimità dell’azione amministrativa, sia al fine di assicurare il buon andamento, sia più specificamente al fine di eliminare (o ridurre) i fenomeni di corruzione o di *maladministration*”. V. Cerulli Irelli, «Per una politica dell’etica pubblica...»cit., p. 41.

<sup>952</sup> “Le misure del controllo non possono eccedere i limiti della *corrispondenza o proporzionalità* rispetto all’interesse che costituisce la finalità del potere di controllo (...) Si debbono ritenere, pertanto, illegittime le misure che esorbitano da tali limiti”. G. D’Auria, «I controlli...»cit., pp. 574 e 575.

<sup>953</sup> Le conseguenze dei controlli collaborativi sono state spiegate in dettaglio, a titolo illustrativo del loro contenuto, si veda: *Ibidem*, pp. 552 e 553.; D. Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo...cit.*, p. 349 a 380.

controllore e che produca effetti incisivi, nel senso spiegato nei capitoli precedenti. Di questo modo, semplicemente, si materializza il ruolo di potere dell'attività di controllo<sup>954</sup>, altrimenti, una misura non incisiva, trascura e impedisce che il controllore eserciti la sua capacità di soddisfare le finalità per cui si svolge l'apposito controllo.

---

<sup>954</sup> “La situazione dell'autorità di controllo rispetto al soggetto (pubblico o privato) sul quale il controllo si esercita ha le caratteristiche proprie del potere, nel senso che l'autorità di controllo ha la capacità di realizzare, all'interno del rapporto, l'interesse specifico per il quale è ad essa intestata l'attribuzione di controllo”. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 546.

## **Sezione II. Costruzione sistematica e depurazione della tipologia dell'attività amministrativa di controllo: decidere per controllare e controllare per decidere**

La dottrina ha messo in luce, all'unanimità, come l'originaria polisemia del termine "controllo", del linguaggio corrente, si è trasferita all'uso del termine nella scienza giuridica. Ciò è particolarmente evidente nell'argomento di questa ricerca, poiché il controllo delle competenze e dei poteri pubblici, esercitati attraverso delle attività amministrative, include una vasta e variegata gamma di meccanismi dotati di contenuti, regimi e scopi molto diversi<sup>955</sup>.

Tuttavia, questo ampio insieme di meccanismi di controllo, che sembra materializzare con successo le basi teoriche che richiedono la limitazione e la razionalizzazione dell'esercizio dell'attività amministrativa, in realtà, non è riuscito a garantirne l'effettiva e piena sottomissione di questa al Diritto. In particolare, la polisemia naturale ha contribuito al fatto che la principale manifestazione del controllo dell'attività amministrativa, quella del tipo correttivo che, come manifestazione naturale dello Stato costituzionale, dovrebbe materializzare e garantire le suddette limitazione e razionalizzazione, sia stata esercitata attraverso della sua fedele, reverenziale e dogmatica configurazione originale<sup>956</sup>, il che ha portato ad un modello catturato nelle mani del giudice e limitato al controllo incisivo dei parametri di legalità-validità, lasciando diverse aree dell'attività amministrativa sprovviste di controllo di tipo correttivo. Pertanto, la promessa di piena sottomissione al Diritto, le cui origini risalgono al tempo della transizione tra *l'Ancien Régim* e lo Stato di diritto, è stata infranta, almeno in parte.

In questo contesto, è necessario evidenziare che la previsione, in tutti e due gli ordinamenti studiati (praticamente come in tutti i sistemi occidentali), di vari meccanismi giuridici per controllare l'attività amministrativa con diverso contenuto, regime e scopo non è una situazione affatto anomala<sup>957</sup>. Tuttavia, lo è la confusione generata dall'assenza di sistematizzazione e di differenziazione dei meccanismi di controllo, a seconda dei diversi scopi che effettivamente soddisfano: quelli correttivi, che limitano e razionalizzano il potere attraverso di decisioni e, gli altri, solo strumentali, che cercano di raggiungere quegli stessi scopi attraverso la collaborazione nel processo decisionale. Questa confusione fa sì che i soggetti interessati percepiscano, in modo errato, che la portata di tutti i meccanismi è la stessa.

Ecco perché è necessario e utile sistematizzare i meccanismi di controllo, al fine di creare un sistema in cui i diversi strumenti siano distinguibili e raggruppati in base al loro scopo e portata

---

<sup>955</sup> Cfr. M.S. Giannini, «Controllo...»cit., pp. 723 e 724.; G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1343 a 1351.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 113.; J. Agudo González, *op.cit.*, p. 24 a 30.; D. Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo...cit.*, p. 349 a 351.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 240.

<sup>956</sup> Ad esempio, si afferma che la trascuratezza del controllo successivo nell'ordinamento italiano si deve, fra l'altro, al fatto che il legislatore non aveva colto il valore innovativo della norma Costituzionale e aveva lasciato praticamente immutato lo statuto normativo della Corte dei Conti. Pertanto, "è accaduto, così, che la funzione di controllo attribuita alla Corte dei conti abbia continuato a svolgersi, per molti decenni, dopo la Costituzione esattamente come si svolgeva nel regime pre-costituzionale". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1378.

<sup>957</sup> "Tra gli strumenti, oltre alle misure organizzative e funzionali legislative adottate per ottimizzare l'amministrazione pubblica, rilevano anche i sistemi di valutazione e misurazione della capacità dell'attore pubblico di conseguire il risultato prefissato, ma soprattutto quelli di controllo che variano per tipologia e oggetto". G. Piperata, *op.cit.*, p. 17.

comuni, in modo che tutte le parti interessate abbiano una percezione omogenea e, soprattutto, reale della portata di ognuno di essi. A tal fine due istituzioni strettamente legate sono importanti, in primo luogo, la sistematizzazione e, in secondo luogo, la concettualizzazione. Infatti, nell'introduzione sono state illustrati i motivi per cui, nell'ambito delle diverse metodologie per lo studio del diritto amministrativo, questa indagine ne ha adottato una di tipo sistematico, in cui il diritto amministrativo viene concepito come la somma di una Parte Generale e di una Parte Speciale, interconnesse tra loro, in costante revisione e in cui la formazione di concetti giuridici (per il caso in esame, il concetto dogmatico dell'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa) costituisce il punto di ancoraggio per lo studio e l'analisi (in logica di conservazione – avanzamento) dell'intero regime giuridico dell'attività.

Pertanto, se l'obiettivo principale dell'indagine è di materializzare la garanzia della piena soggezione dell'attività amministrativa al Diritto e, quindi, del pieno controllo, la rivendicazione dell'attività amministrativa di controllo, in particolare dei meccanismi qui concettualizzati -dotati di effetti incisivi-, deve essere accompagnato dalla costruzione di un sistema che consenta di differenziare i diversi gruppi di meccanismi che lo compongono e, quindi, garantire la trasparenza e la certezza del diritto, poiché non sempre quando un meccanismo è formalmente catalogato come controllo, i suoi effetti saranno incisivi e questo dovrebbe essere chiaro per tutti gli interessati (1).

Sulla base di ciò, sarà possibile soffermarsi sui meccanismi che compongono l'attività di controllo amministrativo che è stata concettualizzata, al fine di garantire che la denominazione di "controllo" sia riservato a quegli strumenti che controllano in senso correttivo - decisivo e, in questo modo, esporre una proposta di tipologia (2). E, infine, sarà possibile soffermarsi, in termini generali, sugli altri meccanismi che, sebbene facciano parte del sistema di controlli delle attività amministrative e siano formalmente denominati "controlli", non hanno effetti correttivi - decisivi, ma strumentali per il processo decisionale (controllo per decidere). Essi comprendono tutti i meccanismi che attualmente hanno una natura collaborativa (3).

### **1. Sistema di controllo dell'attività amministrativa: controllo pieno e prevedibile**

Il concetto giuridico proposto si basa sul comune denominatore dei diversi meccanismi che compongono l'attività di controllo studiata, cioè, nella sua caratteristica trasversale, materializzata nel contenuto e nella portata (incisiva) della misura di controllo. Ora, in questa parte dell'indagine, quello stesso concetto servirà come punto di partenza per esporre forma in cui si potrebbe costruire un sistema dei meccanismi di controllo dell'attività amministrativa, conformato da strumenti di diversa natura, portata e scopo e, di conseguenza, mettere in luce che, anche se tutti convergono nel perseguimento del controllo pieno dell'attività amministrativa, non tutti hanno una vocazione correttiva – decisionale.

La constatazione che gli ordinamenti giuridici studiati prevedono meccanismi di controllo di diversa natura, portata e finalità<sup>958</sup> potrebbe condurre ad uno scenario in cui si soccombe a tale ampiezza e varietà e, di conseguenza, si rinunci alla possibilità del loro studio e comprensione sistematici, vale a dire di considerarli come un insieme di strumenti (naturalmente molto diversi) strettamente collegati da una finalità (ampia) comune, che sono quindi strettamente connessi e devono agire congiuntamente. Questo è precisamente lo scenario attuale, in cui non si può parlare di un sistema<sup>959</sup> di controlli e, al contrario, è evidente che il regime di meccanismi volti a garantire la limitazione e la razionalizzazione dell'attività amministrativa è ambiguo, disordinato, asistemico, limitativo<sup>960</sup>, poco prevedibile e governato dall'atipicità<sup>961</sup>, il che è facilmente dimostrato verificando che ogni meccanismo di controllo funziona come uno strumento isolato, senza che sia chiaro il suo ruolo specifico (controllo non sempre correttivo - incisivo), né il suo contributo allo scopo comune, né il modo in cui interagiscono con il resto degli strumenti<sup>962</sup>.

Pertanto, nella logica della scienza il diritto amministrativo come sistema, come scienza dell'indirizzo e ordine dell'azione amministrativa<sup>963</sup>, è evidente la necessità di proporre le basi del sistema dell'attività di controllo dell'attività amministrativa (parte generale), le quali devono essere strettamente connesse alla realtà pratica e normativa (parte speciale). La connessione sistematica tra le parti che compongono il diritto amministrativo, al fine di garantire il loro reciproco riscontro,

---

<sup>958</sup> Il fabbisogno di controllare il potere pubblico, che tende ad essere abusato, perciò il costituzionalismo europeo ed americano ha inventato a questo fine una serie di congegni che vanno dalla separazione dei poteri al sindacato di costituzionalità delle leggi, dai controlli di legittimità sugli atti amministrativi ai procedimenti per la copertura dei pubblici uffici, dal sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi a quelle forme di controllo di base che sono costituite da elezioni svolte con frequenza predeterminata (con conseguente temporaneità delle cariche elettive), dalla iniziativa popolare delle leggi ai referendum, etc.". G. Corso, *Manuale...cit.*, p. 131.

<sup>959</sup> "In un contesto di smaterializzazione, mobilità e frantumazione, i criteri ordinatori possono essere individuati facendo ricorso alla nozione di sistema, spesso implicitamente utilizzato del resto dalla scienza giuridica (A. Falzca, F. Mudungo, H.L.A. Hart, R. Orestano, E. Schmidt Assman, R. Barra)". G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 46.

<sup>960</sup> Perché sebbene la dottrina affermi l'esistenza di "rimedi" che nel complesso costituiscono il "sistema della giustizia amministrativa", in realtà, quel insieme si riferisce soltanto ai rimedi contenziosi, cioè, quelli diretti a tutelare ai privati allorché vi sia un conflitto, lasciando al di fuori un'ampia porzione dell'attività amministrativa, che comunque richiede di essere controllata, a prescindere dell'esistenza di conflitto o meno. Si veda: A. Sandulli, *op.cit.*, p. 635 a 649.; G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 311 a 315.; J.O. Santofimio Gamboa, *Compendio...cit.*, p. 267 a 269, 456 463, 835 a 922.

<sup>961</sup> "Con riguardo ai controlli amministrativi, non più di quelli or detti sono gli elementi comuni, essendo del tutto variabili e disomogenei, da un tipo ad altro ed anche fra controlli dello stesso tipo (...) Si dice, perciò, che, nella materia dei controlli domina il principio di atipicità". G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1345.

<sup>962</sup> "Non c'è alcun dubbio che vi sia la necessità di una certa omogeneizzazione – uniformizzazione degli strumenti di controllo soprattutto a livello e nell'ambito comunitario, in quanto in molti settori, per esempio, in quello delle finanze, dell'economia, delle frodi, ma anche in altri quali la concorrenza, la tutela dei consumatori, le telecomunicazioni, c'è la richiesta, per effetto dei vincoli comunitari, di una certa armonizzazione normativa". A. Crismani, *op.cit.*, pp. 39 e 40.

<sup>963</sup> "Il diritto amministrativo ha un compito duplice: deve proteggere il cittadino dalle ingerenze illegittime dell'esercizio e deve consentire all'amministrazione di svolgere effettivamente i suoi compiti. Queste due missioni vanno di pari passo. Tutto il diritto aspira a diventare effettivo nella realtà sociale. Il diritto amministrativo deve essere implementato *in quanto diritto*. Questo è il suo più generale obiettivo di indirizzo. La scienza del diritto amministrativo deve quindi essere concepita come scienza dell'indirizzo". E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»*cit.*, pp. 263 e 264.; E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»*cit.*, p. 43 a 51.; A. Voßkuhle, *op.cit.*, p. 150 a 160.; G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 46.; F. Merusi, «Divagazioni su di una pretesa...»*cit.*, p. 20.

revisione e aggiornamento, è solo un requisito naturale che mira a garantire che, da un lato, i presupposti teorici rispondano efficacemente alla realtà pratica e, dall'altro, che quest'ultima abbia un supporto che la diriga e che fornisca coerenza, prevedibilità e unità.

Questo requisito, di sistematicità, ordine e coerenza, è un comune denominatore di tutte le posizioni teoriche in relazione all'argomento, compresi i critici della teoria sistematica che disapprovano, anche, "l'erronea impostazione secondo la quale il diritto amministrativo è il diritto sull'amministrazione (le leggi che la riguardano), e non anche il diritto dell'amministrazione. Il positivismo legalistico ragiona in questo modo: l'amministrazione è sottoposta alla legge; la legge è il diritto dell'amministrazione; lo studio giuridico dell'amministrazione è studio della legge amministrativa. (...) lo studioso di diritto amministrativo dovrebbe conoscere e studiare le pratiche amministrative, che sono il vero diritto amministrativo, senza lasciarle come patrimonio proprio alla scienza dell'amministrazione (come sta avvenendo in Francia, dove nella fase iniziale scienza e pratica erano legate, poi, a causa della critica liberale al diritto amministrativo, il diritto amministrativo si è allontanato dalla pratica".<sup>964</sup>

Pertanto, la dogmatica e la scienza del diritto amministrativo non devono essere separate perché "la dogmatica costituisce la forma di comunicazione comune di scienze giuridica e prassi giuridica. (...) Si tratta di una dogmatica aperta e spinte riformistiche, che sia sempre capace, ma in modo nuovo, di contemperare al suo interno esigenze di stabilità e flessibilità"<sup>965</sup>.

In sintesi, indipendentemente dalla posizione ideologica o metodologica sullo studio del diritto amministrativo, la verità è che il requisito della connessione tra postulati teorici e realtà è un elemento trasversale a tutti loro. Siffatta connessione porta, quasi per inerzia, alla formulazione di un sistema giuridico, che funge da struttura di ordine per l'interazione coerente dei diversi elementi che lo compongono e per la soluzione di situazioni specifiche, anche in modo coerente, con riferimento al sistema. Infatti, "il sistema si regge nella complessità perché individua le interrelazioni fra figure, vicende, accadimenti che per un profilo determinato ne fanno parte e per altri profili compongono altri sistemi con altre figure con le quali hanno specifiche omogeneità (...) è in grado di unire la complessità per quanto è possibile nel contesto dato"<sup>966</sup>.

In altre parole, concepire i controlli dell'attività amministrativa come un sistema soddisferebbe fondamentalmente la pretesa di pienezza di controllo, perché se i diversi meccanismi sono sistematicamente collegati, ciò consentirà un'interazione coerente e armoniosa tra tutti loro, al fine di coprire effettivamente (in lungo e in largo) l'intera azione amministrativa<sup>967</sup>. In questo modo, i diversi meccanismi formeranno una sorta di puzzle, i cui pezzi si adattano armonicamente, risolvendo le carenze, integrando i loro ambiti e portate, garantendo coerenza e prevedibilità delle decisioni di controllo.

---

<sup>964</sup> S. Cassese, L. Torchia, *op.cit.*, pp. 17 e 18.

<sup>965</sup> E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»*cit.*, p. 289 a 290.

<sup>966</sup> G. Rossi, *Principi...cit.*, p. 46.

<sup>967</sup> "La teoría de la atribución funcional permite identificar en la función de control una función constituida y ordenada jurídicamente por la Constitución, cuyo ejercicio no se encuentra monopolizado en un único poder/organización/órgano del Estado. Conformar, por tanto, un complejo sistema de control desplegado por distintas instancias y a través de diferentes instrumentos". M. Domínguez Marín, *op.cit.*, p. 82.

Questa interazione, portata al problema principale dei meccanismi di controllo non giurisdizionali, implicherebbe che i diversi meccanismi, con diversi effetti e incisività, debbano concordare armoniosamente, in modo che dal loro ambito specifico (alcuni correttivi e altri strumentali) si completino a vicenda al fine di garantire la desiderata sottoposizione dell'attività amministrativa al Diritto. Insomma, il sistema permette che i diversi meccanismi si coordinino sistematicamente fra di loro.

Pertanto, sottolineando che il pensiero sistematico nel diritto amministrativo e la dogmatica rinnovata non intendono limitarsi a concettualizzare, come faceva la dogmatica tradizionale<sup>968</sup> e che solo in questo modo saranno in grado di resistere alle critiche ricevute<sup>969</sup>, è chiaro che l'utilità della costruzione di un sistema dei controlli, che comprenda tutti gli strumenti, che consenta di differenziare i loro diversi scopi e che renda possibile il loro esercizio congiunto e complementare, deriva da concepire il diritto amministrativo, e certo la parte rivolta ai meccanismi di controllo, come uno strumento per l'effettiva direzione dell'azione amministrativa di controllo, attraverso la connessione sistematica dei diversi elementi (incluso il concetto delineato), per garantire la materializzazione della sua funzionalizzazione, ovvero per garantire l'effettivo raggiungimento, in pratica, degli obiettivi perseguiti: effettiva sottoposizione dei poteri pubblici e delle competenze amministrative al Diritto.

Quindi, se le ragioni di cui sopra supportano la necessità e l'utilità di concretizzare un sistema di controlli delle attività amministrative, è possibile risolvere il problema principale di questo punto, cioè, la composizione di tale sistema. Come è stato dimostrato, gli ordinamenti studiati prevedono meccanismi di diversa natura, portata e scopo, pertanto, il primo filtro è di tipo teleologico, nel senso che il sistema sarà composto da tutti quegli strumenti che, in termini generali, hanno lo scopo di garantire la limitazione e la razionalizzazione del potere pubblico. Di conseguenza, saranno esclusi i meccanismi che non perseguano questa finalità.

Una volta sia attuato questo filtro, occorre raggruppare i diversi meccanismi in funzione dell'incisività dei propri effetti al fine di, prima, evidenziare la parte dell'attività amministrativa che corrisponde a ciascun insieme di meccanismi, secondo, mettere in luce la reale portata e la reale contribuzione dei diversi meccanismi alla soddisfazione della finalità generale (limitazione e razionalizzazione) e, terzo, ancora più importante, che le parti interessate, principalmente i privati, abbiano chiara la portata specifica di ciascun insieme di meccanismi (prevedibilità e trasparenza).

In questo contesto, è chiaro che il sistema non può essere integrato solo da meccanismi di controllo di natura amministrativa o di tipo contenzioso, ciò andrebbe contro lo scopo della

---

<sup>968</sup> “La dogmatica applicata al diritto amministrativo presenta le stesse caratteristiche della dogmatica applicata all'intero diritto pubblico: partenza da materiali di diritto pubblico positivo, creati dallo Stato od intrinseci alla struttura dello Stato, per elaborare, in via deduttiva, concetti astratti per poi coordinarli sistematicamente fra di loro, creando così un diritto che ha una sua autonomia produttiva rispetto alla produzione legislativa o costituzionale”. F. Merusi, «Divagazioni su di una pretesa...»cit., p. 19.

<sup>969</sup> Pertanto, giustamente, si afferma che i dogmatici non possono limitarsi alla concettualizzazione o all'abuso di esso. “La questione della sistematicità della scienza giuridica (...) confina e spesso si confonde con altre questioni, quelle del concettualismo e del carattere costruttivo della scienza giuridica. La circostanza che la scienza abbia necessariamente una componente sistematica e che possa valersi del ragionamento sistematico per stabilire tassonomie, analogie, differenze, ordini di concetti, non deve autorizzare ad abusare dei concetti stessi, scivolando verso il concettualismo, che è una malattia conducente all'astrattismo”. S. Cassese, L. Torchia, *op.cit.*, p. 23.

pienezza del controllo. Quindi, occorre evidenziare che il sistema, ora sì della giustizia amministrativa, poiché intende l'effettiva limitazione e razionalizzazione dell'attività amministrativa<sup>970</sup> e include anche dei meccanismi non contenziosi<sup>971</sup>, sarà composto da meccanismi di natura giurisdizionale, legislativa e amministrativa.

Per quanto riguarda i meccanismi di tipo legislativo - politico e giurisdizionale è chiaro che, nell'ambito dello Stato costituzionale e del principio di separazione dei poteri<sup>972</sup>, il sistema di controllo delle attività amministrative dovrebbe includerli, perché solo in questo modo sarà garantito l'esercizio costituzionale e democratico del potere, poiché quella è un'attività, in termini delle scienze politiche ed economiche, con molteplici committenti (legislatore, esecutivo e cittadini)<sup>973</sup>. In questo senso, i diversi meccanismi legislativi e giurisdizionali che mirano alla limitazione e alla razionalizzazione dell'attività amministrativa faranno parte del sistema accennato e, pertanto, in base alla loro diverso ambito materiale, portata e incisività dovrebbero contribuire alla materializzazione della garanzia di pienezza del controllo<sup>974</sup>.

Nell'ambito di questo sistema, alla presente ricerca interessa il sottoinsieme costituito dai controlli di tipo amministrativo, all'interno dei quali non vi è neppure uniformità e, piuttosto, esistono due sottoinsiemi, in funzione dell'incisività degli effetti degli esiti del controllo, composti da una parte, dai meccanismi attraverso i quali si "decide per controllare" e che fanno parte

---

<sup>970</sup> "L'amministrazione pubblica tenuta, per espressa previsione costituzionale, ad operare secondo imparzialità e buon andamento, nel rispetto del diritto e senza imporre, in modo arbitrario, sacrifici alla sfera giuridica dei soggetti che subiscono gli effetti della sua azione. Non sempre ciò accade. Nonostante le garanzie di tipo preventivo assicurate dall'ordinamento al cittadino (ad esempio, la partecipazione procedimentale) e le forme di controllo amministrativo volte a valutare la legittimità dell'azione (ad esempio, i residui controlli preventivi di integrazione sull'efficacia degli atti o quelli successivi in risultati dell'azione), può verificarsi che la pubblica amministrazione, scientemente o in modo inconsapevole, agisca *contra legem* o faccia uso non concreto della propria discrezionalità amministrativa ovvero provochi un danno ingiusto ad altri soggetti". A. Sandulli, *op.cit.*, p. 635.

<sup>971</sup> Al riguardo dell'ordinamento spagnolo, ma certamente estendibile a quelli italiano e colombiano, si ritiene che il sistema di giustizia debba essere costituito da meccanismi contenziosi e non contenziosi, giudiziari e non giudiziari, sempre con finalità correttive. In concreto, si ritiene che "*es compatible con nuestro sistema constitucional la configuración de mecanismos administrativo de control efectivos, plenos, adaptados y, en todo caso, no excluyentes o impeditivos del control jurisdiccional, que puedan ser tan eficaces en términos de provisión de justicia en el caso concreto como el control jurisdiccional. (...) Un sistema de justicia administrativa integrado y no monopolizado en sede judicial, construido sobre la flexibilidad que define al concepto de función de control correctivo*". J. Agudo González, *op.cit.*, p. 108.

<sup>972</sup> "*Una de las características propias del Estado constitucional actual, consiste precisamente en la adopción de sistemas y mecanismos de control como forma de autorregulación del poder. (...) el hecho de ser la norma jurídica suprema la que distribuye el poder en órganos constitucionales destinados para dicho fin, comporta a su vez, y necesariamente, la creación de límites jurídicos, como quiera que a cada cual se le ha atribuido una función específica sin que pueda reemplazar o desconocer la órbita de los demás*". G. Lozano Villegas, *op.cit.*, pp. 29 e 30.

<sup>973</sup> "Gli apparati pubblici, infatti operano al servizio di molteplici committenti, i quali possono essere portatori di indirizzi politici divergenti, a seconda della dialettica che, nei vari ordinamenti, scandisce i rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo. (...) Parlamenti e governi, ad esempio, pretendono entrambi i guidare l'amministrazione. E talora operano in conflitto gli uni con gli altri. Le amministrazioni, inoltre, non hanno soltanto "committenti" politici. Esse operano ance al servizio della nazione e dei suoi cittadini, ai quali sono conferiti specifici diritti relativi al buon funzionamento dell'amministrazione e all'assunzione delle singole decisioni". G. Napolitano, *La logica...cit.*, pp. 36 e 37.

<sup>974</sup> Approfondire sul tema travalica i limiti della ricerca, ma si rinvia al primo capitolo, comma 3, dove si è fatto riferimento agli effetti dei controlli legislativi, che per la loro portata poco incisiva e contingente, contribuiscono alla monopolizzazione del controllo da parte del giudice. Tuttavia, devono far parte del sistema di controllo delle attività amministrative.



dell'attività amministrativa di controllo, che è stata qui concettualizzata e, dall'altro, dai meccanismi mediante i quali si “controlla per decidere” e che hanno un ruolo strumentale e collaborativo.

Nel primo caso, il controllo è lo scopo principale dell'attività e, pertanto, i meccanismi di controllo non vengono esercitati a fini strumentali e accessori di altre attività. Da qui che questo tipo di controlli deva concludersi con un atto che costituisce una decisione e che ha effetti incisivi a fini correttivi<sup>975</sup>. Nel secondo caso, il controllo non è lo scopo principale dell'attività e, pertanto, i meccanismi sono esercitati esclusivamente a fini strumentali, accessori, di ottimizzazione e di supporto al processo decisionale di altre attività. Pertanto, questo tipo di controlli non si concludono con un atto decisionale e, pertanto, i suoi effetti non sono incisivi né hanno uno scopo correttivo<sup>976</sup>. In questo modo, ogni strumento, dalle sue particolarità, con maggiore o minore incisività a seconda dei suoi effetti, è funzionalizzato verso l'effettiva realizzazione della garanzia di piena sottomissione dell'attività amministrativa al diritto e del suo pieno controllo.

L'appartenenza al sistema dei meccanismi di entrambi i sottoinsiemi implica, per definizione, che sono finalizzati a garantire la limitazione e la razionalizzazione dell'attività amministrativa, tuttavia, la differenza nell'incisività dei loro effetti implica, chiaramente, che il loro contributo alla soddisfazione di quelle finalità varia, si produce da diverse prospettive (decidere o servire come strumento per decidere) ed esegue che devano agire in modo coordinato, coerente e armonioso, a tal fine la fase di pianificazione del controllo (che verrà analizzata in seguito) è essenziale.

Infine, in relazione a questi due sottoinsiemi del sistema di controllo, resta da risolvere, in particolare, il problema relativo alla loro tipologia, un problema che dipende, fondamentale, dagli effetti che possono produrre i diversi meccanismi. Determinare, in astratto, gli strumenti che devono appartenere all'uno o all'altro sottoinsieme è una questione di difficile soluzione, qualsiasi proposta, sicuramente, sarà soggetta a critiche immediate, poiché è chiaro che i soggetti controllati non saranno a favore di quei meccanismi incisivi - correttivo e sicuramente sosterranno il loro disaccordo nell'autonomia decisionale e nei rischi di co - amministrazione. Tuttavia, nelle pagine precedenti sono stati delineati alcuni argomenti che consentono di rispondere queste critiche e, al contrario, supportano l'urgente necessità di rafforzare gli effetti dei meccanismi di controllo. Altrimenti, la garanzia del pieno controllo rimarrà una promessa non mantenuta e, anzi, un'utopia.

Inoltre, indipendentemente dal fatto che la proposta di rafforzare gli effetti sia accettata o meno, la verità è che il modello attuale è ambiguo e suscita false aspettative. In questo modo, se si intendesse almeno soddisfare lo scopo di trasparenza e prevedibilità dei meccanismi di controllo, sarebbe indispensabile introdurre modifiche volte ad eliminare le ambiguità ed a garantire che i diversi meccanismi, indipendentemente dalla loro denominazione, evocino e trasmettano (in teoria e in pratica) la reale portata dei suoi effetti, che non saranno sempre incisivi - correttivi. In questo modo, per tutte le parti interessate, per tutti gli interessati sarà chiara il potenziale di ciascun meccanismo e non ci si aspetterà che con il suo esercizio le deformità rilevate vengano corrette,

---

<sup>975</sup> In relazione ai controlli correttivi, si veda: J. Agudo González, *op.cit.*, p. 54 a 57.

<sup>976</sup> In relazione ai controlli strumentali. *Ibidem*, p. 41 a 54, 57 a 67. Tuttavia, si ritiene che i controlli che il suddetto autore considera “operativo – estratégico” siano anche controlli strumentali che, come lo stesso autore indica, sono finalizzati all'adattamento, all'aggiustamento e all'ottimizzazione del processo decisionale: sono strumenti.

quando è chiaro che intendono solo, in logica strumentale e collaborativa, informare, rilevare, monitorare, ecc. le situazioni critiche.

Pertanto, in questo caso, se si decide di non rafforzare gli effetti, saranno necessari adeguamenti teorici e normativi, sempre in linea con la pretesa di costruzione sistemica del sistema, al fine di ridimensionare la finalità di questi meccanismi di controllo ed allineare l'assetto teorico - normativo con quello che accade in prassi, cioè, attribuendoli le finalità di mera rilevazione delle criticità (rilievo, rapporto, monitoraggio, valutazione, rendiconto) e togliere tutte quelle riguardanti alla correzione.

Tuttavia, coerentemente con la pretesa dell'indagine, che non è altra che materializzare la pienezza del controllo attraverso il suddetto rafforzamento degli effetti, si passa a spiegare una proposta delle tipologie di meccanismi che compongono ciascuno di questi sottoinsiemi. Ciò consentirà di dimostrare i tipi di controllo che fanno parte dell'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa e quei meccanismi che non ne fanno parte e, piuttosto, soddisfano l'importante, ma diverso, scopo strumentale – collaborativa del processo decisionale. Il punto di partenza della proposta saranno le attuali classificazioni, che partono dal regime normativo in vigore, ma si cercherà che le tipologie rispondano alla vocazione di ciascun meccanismo. Vale a dire che il loro contributo alla garanzia di pienezza di controllo sia effettiva e, pertanto, che il meccanismo sia correttivo quando le circostanze pratiche e concrete lo richiedano, in modo tale che la determinazione della loro appartenenza o meno all'attività di controllo non sia una decisione arbitraria.

## **2. Tipologia dell'attività amministrativa di controllo dell'attività amministrativa: decidere per controllare**

La polisemia del termine controllo nel linguaggio comune si riflette nella varietà dei meccanismi giuridici che ricadono sull'attività amministrativa e che, nonostante perseguano diversi scopi, sono uniformemente catalogati come "controlli". In questo contesto, la presente indagine focalizza la sua attenzione sull'analisi di un particolare insieme di questi meccanismi, quello di tipo correttivo, che è attività amministrativa, che non è esercitato dal giudice, ma che integra la sua attività assumendo le aree che le si sfuggono e, quindi, che è necessario al fine di garantire la piena sottomissione dell'attività amministrativa al Diritto, la sua limitazione e razionalizzazione e, in breve, la pienezza del controllo<sup>977</sup>.

In questo contesto, l'attività di controllo studiata è stata definita come l'insieme dei meccanismi giuridici, complementari ai controlli giurisdizionali, attraverso i quali, in primo luogo, viene verificata la conformità ai parametri giuridici (validità ed effettività) che reggono l'esercizio dell'attività amministrativa controllata e, in secondo luogo, nel caso in cui non siano stati rispettati, forniscono il potere decisionale di adottare le misure correttive (dirette, concrete e certe) e

---

<sup>977</sup> Come indicato sopra, la pienezza si riferisce a una questione quantitativa, come la possibilità di controllare tutte le manifestazioni dell'attività amministrativa, e non a una questione qualitativa, che si riferisce all'incisività, alla sua portata, una circostanza che può variare.

modulabili, in base al tipo di competenza amministrativa controllata (vincolata o discrezionale), con l'obiettivo di soddisfare i fini pubblici dello Stato, in particolare, garantire la conformità ai parametri d'azione, l'effettività, la correzione e il miglioramento dell'azione amministrativa nell'adempimento degli appositi fini attribuiti alle attività amministrative controllate.

Quindi, questi meccanismi hanno due caratteristiche fondamentali: in primo luogo, devono raggiungere quelle aree in cui, per definizione e natura, i controlli giurisdizionali non sono in grado di arrivare (scenari non contenziosi, parametri di effettività e discrezionalità pura) e, in secondo luogo, le loro misure ed effetti devono essere dotati di un'incisività simile a quella dei controlli giurisdizionali, al fine di assicurarne l'effettività. Queste due caratteristiche sono decisive per razionalizzare la costruzione della tipologia dell'attività perché sottolineano che questi meccanismi, dotati di grande incisività, devono essere complementari ai controlli giurisdizionali, non duplicarli, e mirare ad attendere i settori dell'azione amministrativa, nell'attuale regime, sono privi di controllo correttivo.

Pertanto, la tipologia proposta non intende costituire l'ultima parola, non è definitiva, può essere modulata, modificata, ridotta o estesa a seconda delle particolari esigenze di controllo incisivo e correttivo di natura amministrativa. Occorre sottolineare che, in base a quanto esposto nella ricerca, la natura dei parametri non costituisce un elemento differenziatore per la classificazione, in quanto, una volta divenuti criteri di azione amministrativa, acquisiscono la stessa natura giuridica (sostenuta dal principio della giuridicità) e detengono la stessa forza vincolante. Per tutto ciò, la tipologia cercherà di rispondere all'esigenza di pienezza di controllo ed è costituita da meccanismi secondo: i) la natura degli effetti contenuti nella misura di controllo; ii) il momento dell'implementazione, iii) la natura della relazione interorganica o intersoggettiva tra il controllore e il controllato e, iv) l'oggetto del controllo.

In relazione alla natura degli effetti che essi producono, come illustrato nei capitoli precedenti (in particolare il capitolo 2, comma 2), le misure di controllo dei meccanismi esaminati hanno effetti diversi e i controlli possono, pertanto, essere vincolanti oppure obbligatori. Il suo fondamento e il suo contenuto sono già stati spiegati, quindi in questa parte è sufficiente ricordare e sottolineare che la pienezza del controllo non significa che tutti i meccanismi abbiano la stessa incisività, al contrario, quella varia ed è modulata in funzione del tipo di competenza o potere che è controllato: nel caso di competenze vincolate, il risultato del controllo sarà vincolante, cioè il controllato non potrà discostarsi dal risultato, mentre nel caso di competenze discrezionali, il risultato sarà obbligatorio, poiché il controllato potrà discostarsi a condizione che soddisfi in modo adeguato e ponderato l'onere motivazionale che sostiene la decisione, cioè, quando giustifichi la scelta di una determinata opzione rispetto ad altre, ugualmente valide. Se questo onere non viene soddisfatto, prevarrà la posizione del controllore. Questa configurazione, principalmente a causa della maggiore incisività degli effetti, potrebbe comportare l'emergere di conflitti, che devono essere risolti dinanzi al giudice (il controllore del controllo), attraverso l'impugnazione dell'atto conclusivo del controllo, secondo i dettagli che saranno fatti nel comma 3, Sezione 3 di questo Capitolo.

In relazione con il momento dell'implementazione, i meccanismi di controllo possono essere divisi in preventivi (ex ante), concomitanti e successivi (ex post). La tipologia è costruita in

funzione della variabile di tempo, cioè, del momento in cui si deve attuare il controllo. In realtà, sia l'ordinamento colombiano sia l'italiano, il baricentro dei controlli dalla prospettiva temporale, ancor di più dopo le riforme introdotte negli anni 90<sup>978</sup>, solo ha avuto una faccia, quella successiva. Elementi come la piena garanzia di autonomia decisionale del controllato, la discrezionalità amministrativa, la tradizionale concezione del principio di separazione dei poteri pubblici e la classica configurazione teorica del diritto amministrativo (tutti i quanti studiate sopra) hanno ridotto, nel caso italiano, oppure hanno ostacolato, nel caso colombiano, le modalità preventive e concomitante.

Infatti, una delle principali motivazioni della riforma italiana introdotta attraverso la L. 20/1994 si trovava nel fatto che, fino ad essa, il sistema dei controlli si limitava al controllo di tipo preventivo di legittimità su atti, nella rigorosa osservanza delle previsioni costituzionali (art. 100, 125 e 130 C.R.i.). Ciò è stata leva per proporre, in sostegno delle proposte della stessa Corte dei Conti, fra l'altro, “la limitazione del controllo preventivo -da esercitare dentro prefissati limiti temporali- e per l'introduzione di controlli successivi valutativi dei risultati dell'attività amministrativa più che dei singoli atti. Sicché (...) l'azione amministrativa e di spesa richieda oggi verifica di risultati concreti”<sup>979</sup>.

A sua volta, nell'ordinamento colombiano, la recente riforma costituzionale (A.I. 4 del 18 settembre 2019) in relazione del controllo fiscale è stato oggetto di molteplici critiche e ha suscitato non pochi dibattiti, poiché prevede poiché, tra le diverse modifiche, ha incluso le modalità di controllo preventivo e concomitante in materia, ma che hanno voluto essere presentate come modalità che non hanno a che fare con il fattore temporale o con il momento in cui viene eseguito il controllo nonché ad affermare che è diverso “preventivo” e “previo”, il che non è vero<sup>980</sup>. Questa discussione ha origine nei timori di violazione dell'autonomia decisionale, della co-amministrazione e dell'ineffettività derivata dal rallentamento delle decisioni, che hanno portato il costituente dell'anno 91 a vietare queste modalità di controllo<sup>981</sup> e che, nella riforma costituzionale menzionata, lo ha portato a includere una dichiarazione testuale che indica che il controllo preventivo e concomitante non costituisce co – amministrazione: “Art. 1 (...) *El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real (...)*”. Nei termini indicati nella presente ricerca, questi timori sono infondati e risolvibili, perché l'unico limite del controllo è il Diritto, il che implica vietare spazi privi o inaccessibili ai controlli.

Ebbene, utilizzando come criterio di classificazione il momento in cui interviene il controllore o quando viene esercitato il meccanismo, il controllo è preventivo o previo quando

---

<sup>978</sup> In Colombia, l'entrata in vigore della Costituzione Politica di 1991, che ha introdotto importanti modifiche a livello organizzativo e sostanziale per i controlli amministrativi non giudiziali. In Italia, la riforma introdotta con la nota Legge 20/1994, che implicò modifiche sia per gli controlli interni che per quelli esterni; o la riforma al titolo V de la Costituzione, che implicò una riforma delle basi del controllo delle regioni e degli altri enti locali.

<sup>979</sup> Infatti, già dal noto “Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato” (c.d. Rapporto Giannini) di novembre del 1979, si affermava che il tema dei controlli è “purtroppo (...) inchiodato da disposizioni costituzionali che codificano e impongono l'antiquata figura del controllo preventivo di legittimità su atti”. M.S. Giannini, Rapporto sui principali problemi...cit., p. 27.

<sup>980</sup> Anche se il carattere preventivo si riferisce al momento in cui viene esercitato il controllo, ciò fa anche riferimento ad una funzione di prevenzione o di avvertenza delle deformità. Cfr. J. Agudo González, *op.cit.*, p. 49.

<sup>981</sup> Cfr. D. Younes Moreno, Derecho del control...cit., p. 191 a 194.

viene esercitato prima o in precedenza di un momento specifico, che può essere l'adozione della decisione finale o di un punto specifico dell'attività (prima di una fase del procedimento, della sua conclusione o di un punto dell'esecuzione materiale dell'attività)<sup>982</sup>. A sua volta, il controllo concomitante è quello che viene esercitato in modo contemporaneo o parallelo all'esecuzione dell'oggetto controllato<sup>983</sup>. E, infine, il controllo successivo è quello che viene effettuato dopo un momento nel tempo, che può essere la presa della decisione o un punto nel tempo dell'esecuzione dell'attività controllata o, in termini generali, dell'oggetto controllato<sup>984</sup>. In tutti e tre i casi, e come indicato sopra, il risultato del controllo (atto di controllo) può avere effetti vincolante oppure obbligatori, che ricadono sull'efficacia o sulla validità dell'oggetto controllato, secondo la determinazione normativa<sup>985</sup>.

In relazione con la tipologia in funzione dalla natura del rapporto interorganico o intersoggettivo tra il controllore e il controllato, i meccanismi di controllo possono essere classificati in controlli interni e controlli esterni<sup>986</sup>. In questa tipologia il controllo è ritenuto come una delle relazioni organizzative della pubblica amministrazione, ovverosia, come un rapporto intersoggettivo e intraorganico, vale a dire un rapporto giuridico che può instaurarsi tra soggetti o tra organi diversi della pubblica amministrazione<sup>987</sup>.

Inoltre, questa è la classificazione più diffusa e più ricca, in virtù delle molteplici ambiti che la compongono, come l'organizzazione, l'autonomia decisionale, gli oggetti di controllo, la natura degli atti, ecc. Anzitutto occorre sottolineare che la distinzione è importante perché "essa mette in rilievo che il controllo ha i suoi "referenti", secondo i casi, all'interno o all'esterno dell'amministrazione, nel senso che la responsabilità di attivare la misura del controllo ad un organo dell'amministrazione (...) o a soggetti ad essa estranei"<sup>988</sup>. Tuttavia, si deve chiarire e ricordare che, come spiegato, l'adozione della misura corrisponde in ogni caso al controllore, che esercita un'attività con grado decisionale, al fine di garantire l'effettività della sua missione.

---

<sup>982</sup> "En algunas ocasiones se trata del desarrollo de una función preventiva, por lo que la intervención de la estructura que controla se realiza antes de que se tome una decisión o se desarrolle una actividad". J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 244 a 245.; G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1376.; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, pp. 191 e 192.

<sup>983</sup> Che la dottrina italiana ritiene come manifestazione del controllo successivo. "Una specie del controllo successivo è il controllo "in corso di esercizio" (o "concomitante"), che viene effettuato, anziché al termine di un'attività o di una gestione (in genere di durata annuale), durante il suo svolgimento". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 599.; J. Gómez Buitrago, *op.cit.*, p. 157.

<sup>984</sup> "En otras ocasiones el control es posterior pues se despliega una vez se ha tomado la decisión o se ha adelantado la actividad; se trata entonces de una verificación sobre un hecho ya desarrollado, un contrato ya ejecutado o una decisión ya asumida". J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 245.; G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 558.; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, p. 195.

<sup>985</sup> Ad esempio, il risultato negativo del controllo preventivo della legittimità può avere un ostacolo all'acquisizione dell'efficacia, sebbene i regolamenti possano anche riferirsi alla validità. Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»cit., pp. 558 e 559.

<sup>986</sup> La Costituzione colombiana fa espresso riferimento sia al controllo interno, come obbligo per la pubblica amministrazione (art. 209) sia al controllo esterno, dalla prospettiva soggettiva dei controllori (Titolo X). A sua volta, la Costituzione italiana fa riferimento ai controlli esterni, anche dalla prospettiva soggettiva dei controllori (art. 100 e 130) e, di forma implicita i controlli interni (art. 28, 81 e 97).

<sup>987</sup> Cfr. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 114.; A. Crismani, *op.cit.*, p. 105 a 116.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 239.

<sup>988</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1368.

Pertanto, sia nel controllo interno che in quello esterno, il responsabile dell'attivazione della misura è sempre lo stesso controllore. In questo contesto, tradizionalmente si considera, in entrambi gli ordinamenti studiati, che la differenza tra controllo interno e controllo esterno risiede nel fatto della sua appartenenza o meno alla struttura del controllato<sup>989</sup> o, in genere, all'amministrazione pubblica.

Dunque, il controllo si considera interno quando si presenta come attività interne dell'organizzazione amministrativa i cui atti o la cui l'attività sono oggetto di controllo<sup>990</sup>; questo controllo è svolto da uffici della stessa amministrazione<sup>991</sup> o dello stesso insieme di amministrazioni, "che può comprendere anche amministrazioni fra loro non omogenee"<sup>992</sup>. Inoltre, il controllo interno, può assumere diverse forme, come spiegato, fra i quali sono incluse anche i meccanismi di autotutela o i ricorsi amministrativi e che permettono di controllare oltre la legalità – validità da tempo, fino a raggiungere elementi di opportunità, merito e discrezionalità. A sua volta, il controllo esterno si presenta come attività di autorità o di organi esterni al controllato, cioè, il titolare (controllore) si ritiene come un soggetto non appartenenti all'amministrazione<sup>993</sup>, non necessariamente fondato su un rapporto gerarchico, ma sull'idea dogmatica secondo cui la terzietà del controllore garantisce indipendenza e maggior effettività<sup>994</sup>. Ecco perché la dottrina attribuisce ai controlli esterni molti pregi, fra i quali uno dei principali risiede nel fatto che "essendo affidato ad organo esterno agli apparati amministrativi, romperebbe le molte in pratica possibili collusioni interni di questi: essendo di efficienza, verrebbe ad estendersi a numerosi settori nei quali la legittimità formale di atti ha scarso rilievo, e invece il comportamento gestorio può essere illegittimo per omissione"<sup>995</sup>.

Tuttavia, la concettualizzazione proposta dell'attività di controllo implica un aggiornamento fondamentale in questa tipologia: il fattore determinante della tipologia non è quello riferito alla posizione del controllore all'interno del controllato o all'interno dell'amministrazione. Infatti, se la prospettiva soggettiva non è sufficiente per definire la pubblica amministrazione e, quindi, da un criterio materiale e funzionale è necessario ritenerla, non come un sostantivo, ma come un verbo<sup>996</sup>,

---

<sup>989</sup> "El control es interno o externo dependiendo de si este se realiza en el interior de un organismo o entidad administrativa (intra - orgánico) o si, por el contrario, es llevado a cabo por un sujeto público distinto (extra - orgánico)". J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 241.

<sup>990</sup> Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 561.

<sup>991</sup> "Se trata de la asignación de competencias a empleos públicos y dependencias de una estructura administrativa a efectos de que estás vigilen, fiscalicen, adviertan e incluso sancionen comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico". J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 241.; G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1367.

<sup>992</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 561.

<sup>993</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 566.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 242.

<sup>994</sup> Nel caso del controllo esterno "más que ante una relación de jerarquía, se está ante una estructuración funcional en la que la "externalización" se fundamenta en la necesidad de buscar mayor protección a la legalidad o simplemente a la posibilidad (...) de que se presente la figura de la delegación entre estructuras administrativas, pues en este caso quien es el titular tiene (...) un deber de vigilancia constante sobre el modo como el delegatario ejecuta la competencia o prerrogativa". J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 242.

<sup>995</sup> M.S. Giannini, *Rapporto sui principali problemi...cit.*, p. 27.

<sup>996</sup> "L'amministrazione, dal punto di vista soggettivo, può allora essere complessivamente considerata alla stregua di una articolata struttura tecnica, autonoma rispetto agli organi (e alle funzioni) di governo, ma ad essa collegata. Mentre dal punto di vista soggettivo gli apparati amministrativi sono molteplici, dal punto di vista oggettivo la funzione amministrativa si presenta in modo unitario, in quanto avente i medesimi contenuti essenziali ed essendo disciplinata nell'identico modo, ossia nel rispetto dei medesimi principi": il diritto amministrativo. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 5.; A. Montaña Plata, *Fundamentos...cit.*, p. 61 a 125.

come un'attività, è chiaro che sia il controllore interno che il controllore esterno sono amministrazione pubblica<sup>997</sup>. Ciò non perché essi appartengano soggettivamente ad un determinato ramo del potere, ma perché sono soggetti che, indipendentemente dalla loro natura e dalla loro posizione organizzativa, esercitano e sono titolari di un'attività amministrativa. In tal modo, non sarebbe più possibile distinguere il controllo interno ed esterno in funzione della sua ubicazione all'interno o all'esterno della pubblica amministrazione<sup>998</sup>.

Quindi, in linea con quanto sopra, se i meccanismi di controllo studiati formano un'attività amministrativa, indipendentemente dalla natura dei soggetti coinvolti nella relazione di controllo e dalla natura della loro relazione, risulta chiaro che sia il controllo interno che il controllo esterno sono attività amministrative, in cui sono coinvolti soggetti di diversa natura (pubblici e privati), in cui tutti i parametri di giuridicità sono controllati indifferentemente. Ne consegue un aggiornamento o precisazione fondamentale: il controllo sarà interno o esterno, non in funzione della posizione del controllore all'interno o all'esterno della struttura organica del controllato o dell'amministrazione pubblica, ma in funzione di due elementi: prima, le garanzie organizzative di indipendenza (appartenenza o meno ad alcuna delle rami del poter pubblico) e, secondo, l'oggetto di controllo. Quest'ultimo costituisce un criterio autonomo per configurare la tipologia e si studia come ultimo argomento di questo comma.

In relazione al primo aspetto, è sufficiente fare riferimento ai motivi che hanno ispirato, fin dall'origine, la configurazione del controllore esterno, nel senso che la sua indipendenza organica, il riconoscimento costituzionale e la sua non appartenenza a nessuno dei rami del potere, consente l'esercizio efficace della sua attività, in posizione di terzietà. Tuttavia, nonostante tutti i vantaggi derivanti dal modello di controllo esterno, ciò non implica l'eliminazione o la mitigazione dell'obbligo di autocontrollo, materializzato nei controlli interni. In tal modo, il controllo sarà esterno quando il controllore detiene, almeno, le garanzie costituzionali di indipendenza organica dei rami di potere, in tutti gli altri casi il controllo sarà interno.

Ciò implica e consente un'ulteriore precisione, che riguarda l'organizzazione del controllore (che verrà sviluppata in seguito): sebbene nei controlli interni il controllore possa appartenere alla struttura interna del controllato, come nell'ordinamento colombiano con gli uffici di controllo interno (L. 87/1993), o non appartenente alla sua struttura interna, ma costituire un corpo diverso dal controllato, dotato di autonomia, ma senza caratteristiche di indipendenza, come nell'ordinamento italiano con gli organismi indipendenti di valutazione - OIV (D.lgs. 286 / 1999 e

---

<sup>997</sup> A questo proposito, si veda il comma 2, della Sezione I di questo Capitolo; in particolare ciò che riguarda l'aggiornamento dell'elemento relativo alla natura dei soggetti coinvolti nel controllo.

<sup>998</sup> Ciò spiega che, dal punto di vista materiale della pubblica amministrazione, nell'ordinamento colombiano, sia la dottrina che la giurisprudenza, ritengono che i controllori esterni, esercitando un'attività amministrativa, siano pubbliche amministrazioni. *“La ley 489 de 1998 que, al señalar cómo se integra la Administración Pública colombiana, deja claro que esta no se agota en la rama ejecutiva, sino que se extiende a cualquier organismo o entidad de naturaleza pública que de manera permanente tenga a su cargo el ejercicio de actividades y funciones administrativa o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano. Así, dentro de las posibilidades que ofrece esta disposición se encuentran: (...) 2. Los llamados órganos de control (Contraloría, Procuraduría y Registraduría), que orgánicamente, dada la independencia e imparcialidad que deben caracterizarlos, no pueden pertenecer a ninguna de las ramas del poder público sobre la que recae su actividad; al respecto hay varios pronunciamientos de los jueces constitucional y administrativo”*. J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 146.

D.lgs. 150/2009), l'attuazione della proposta della presente inchiesta, in particolare al fine di garantire il "controllo del controllore", attraverso il controllo giurisdizionale degli atti di controllo, richiede l'adozione della seconda possibilità, cioè il controllore interno non dovrebbe essere un ufficio dello stesso controllato, ma un organismo separato da esso e dotato di autonomia.

I chiarimenti di cui sopra consentono, inoltre, di fare un riferimento critico alle misure che possono essere adottate in ciascun tipo di controllo. Se tali tipologie non si differenziano per la natura dell'attività (attività amministrativa), né per i parametri che esse controllano (parametri di giuridicità), né per il tipo di misure (sempre incisive, a seconda del tipo di competenze controllate), ciò comporta che, come spiegato, questa tipologia condivide il comune denominatore dei meccanismi ingolati nell'attività di controllo amministrativo: i suoi effetti incisivi e correttivi.

Tuttavia, tradizionalmente e quasi senza critiche, è stato accettato che gli effetti dei controlli interni siano eminentemente collaborativi, con una debole incisività. Ciò è dovuto, tra l'altro, alle ragioni storiche, dogmatiche, teoriche e normative di ogni ordinamento giuridico interno (come quelle sopra menzionate) e all'influenza delle organizzazioni internazionali che hanno portato i controlli interni ad essere semplicemente strumenti di verifica, monitoraggio, valutazione, analisi<sup>999</sup>, ma senza possibilità di contribuire efficacemente alla garanzia di presentazione delle attività amministrative al Diritto e, tanto meno, alla pienezza del controllo. Infatti, malgrado la grande importanza della finalità perseguita<sup>1000</sup> e gli importanti riscontri fatti nell'esercizio del controllo<sup>1001</sup>, si attribuisce alla misura degli effetti poco incisivi, stimolanti e meramente collaborativi<sup>1002</sup>.

Si ritiene che "le «misure» dei controlli interni si collocano su due versanti. Il primo è quello dei rapporti fra organi di controllo e organi cui questi riferiscono l'esito dei riscontri eseguiti. Una volta, infatti, che il servizio di controllo (comunque denominato) abbia rassegnato l'esito della sua verifica al titolare -secondo i casi - del potere di indirizzo o di gestione (eventualmente prospettandoli gli interventi e i rimedi del caso), spetta a questi di decidere riordini organizzativi, migliori allocazioni di risorse, semplificazioni procedurali, eliminazione di disfunzioni, sostituzione di dirigenti, ecc. (...) L'altro versante guarda al controllo esterno della Corte dei conti, col quale i controlli interni sono collegati per una duplice finalità: quella di consentire alla Corte

---

<sup>999</sup> L'*International Organization of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI) ha influenzato pesantemente il regime dei controlli, soprattutto quelli interni, in cui lo scopo non è decidere per controllare, ma controllare (come strumento di valutazione) per decidere. Si veda, A. Crismani, *op.cit.*, p. 42 a 116.

<sup>1000</sup> "I controlli interni si fondano, dunque, sul presupposto che le amministrazioni, per impiegare le risorse loro assegnate, debbano essere organizzate nella maniera -come detto- più economica (al minor costo possibile rispetto ai risultati), efficiente (con il miglior rapporto fra mezzi impiegati e risultati conseguiti) ed efficace (con il miglior rapporto fra obiettivi previsti e risultati conseguiti). Essi assolvono, perciò, al ruolo di migliorare tutti e tre i «rapporti» dai quali dipendono -rispettivamente- l'economicità, l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa; donde, sostanzialmente, loro funzione di direzione dell'amministrazione, allo scopo di conseguire sempre migliori *performances* in relazione ai parametri o detti". G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1370.; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, p. 531 a 537.

<sup>1001</sup> Ciò è dimostrato dall'ampiezza degli oggetti che possono, devono e sono controllati, secondo le disposizioni normative, in ciascuno degli ordinamenti studiati: regolarità fiscale, gestione, performance, i dirigenti, ecc. Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 562 a 566.; D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, p. 540 a 579.

<sup>1002</sup> Al riguardo dei controlli interni si afferma che la loro finalità è "*medir y evaluar*", ma non controllare. Cfr. J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 241.



di riferire al Parlamento ed ai consigli regionali sui risultati di gestione delle pubbliche amministrazioni e quella di «validare» l'efficienza dei controlli interni alle singole amministrazioni"<sup>1003</sup>. Questa impostazione è palesemente indirizzata all'ineffettività, la realtà pratica rileva che difficilmente si avvierà quel stimolo autocorrettivo, che le misure del genere non sono congruenti con le finalità previste, che non sono in grado di raggiungerli e, la cosa più grave, che lasciano queste aree dell'attività amministrativa sprovviste di controllo, poiché le situazioni saranno controllabili da giudice solo se vi è un conflitto: il controllo pieno e la limitazione e razionalizzazione, attraverso i controlli interni, si rivelano garantiti da una cortina fumogena.

Pertanto, sui binari del baricentro della ricerca, si sottolinea che la soluzione al problema dell'inefficacia e dei meccanismi di controllo interno, da cui scaturisce un'infinità di problemi, sta nel rafforzarne i suoi effetti (maggiore incisività), ma che può essere una decisione politica, che non sarà facilmente recepita, ma che si fonda negli argomenti esposti in precedenza. Tuttavia, se si decide di non procedere all'adeguamento (rafforzamento) è necessario che, in virtù dei principi di trasparenza e di certezza del diritto, siano attuate le modifiche necessarie per far sì che tali meccanismi evocino e trasmettano chiaramente le loro finalità e la loro portata, eliminando le false aspettative che generano attualmente.

A sua volta, al riguardo dei controlli esterni e delle misure che ne possono derivare, nonostante l'immagine e la prospettiva di maggiore potenzialità, in realtà ai controllori esterni li si attribuisce un ruolo accessorio e ausiliario di altri soggetti, cioè, non si considera che il controllo sia una decisione, ma soltanto uno strumento. Infatti, si afferma che, i controlli successivi esterni (di gestione), in cui non sono controllati solo i parametri di mera legittimità, ma anche quelli di effettività, "hanno, sempre, la finalità di acquisire dati, informazioni, analisi, valutazioni ecc. per fondare su di essi le decisioni degli organi (lo stesso controllore o, più spesso, un organo diverso) che debbono o possono assumere iniziative conseguenti, sul piano amministrativo (in tal caso, l'autorità decidente può essere la stessa che ha posto in essere l'attività sottoposta a controllo o un'altra autorità) o anche legislativo (il Parlamento, il consiglio regionale) o di indirizzo politico – amministrativo (il ministro, il presidente della regione, il sindaco, ecc.)"<sup>1004</sup>. Ciò implica che solo quando il controllo ricada su parametri di legittimità ci saranno effetti incisivi, che ricadono sull'efficacia o sulla validità.

Quest'impostazione, nonostante possa influire nella limitazione e razionalizzazione dell'attività amministrativa, non fornisce una garanzia concreta di controllo correttivo. Infatti, ciò si riflette nel regime della misura dei controlli esterni, poiché la sua incisività è debole, si riduce in larga misura la potenzialità di controllo fornita dalla posizione indipendente ed estranea, il che si materializza nell'ineffettività dei controlli. La soluzione è anche chiara in questa parte. Sulla base di quanto affermato nell'inchiesta, gli effetti di tali controlli dovrebbero essere rafforzati, il che non genera co-amministrazione o viola l'autonomia decisionale delle parti controllate, ma piuttosto consente di materializzare e garantire l'obbligo di controllo effettivo e pieno dell'attività amministrativa. Tale rafforzamento può avvenire nei termini già esposti, attraverso l'attribuzione

---

<sup>1003</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1371.

<sup>1004</sup> *Ibidem*, pp. 1373 e 1374.

di effetti incisivi, vincolanti o vincolanti, in funzione delle competenze da controllare. Di nuovo, se introducono questi adeguamenti (rafforzamento) è necessario che, in virtù dei principi di trasparenza e di certezza del diritto, siano attuate le modifiche necessarie per far sì che tali meccanismi, alla stregua dei controlli interni, evocano e trasmettano chiaramente le loro finalità e la loro portata, eliminando le false aspettative che generano attualmente<sup>1005</sup>.

Questa tipologia di controllo interno ed esterno, ora caratterizzata dall'indipendenza organica del controllore esterno e dai diversi oggetti sui quali possono ricadere, può essere specificata di più, essere più dettagliata, a seconda della natura della relazione tra controllore e controllato. In questo modo, la tipologia può essere suddivisa se, alla posizione esterna o interna, si aggiunge la natura della relazione tra le parti: di subordinazione (gerarchia<sup>1006</sup>, direzione<sup>1007</sup>, delegazione<sup>1008</sup>), di equiordinazione, di autonomia o anche di reciproca indipendenza<sup>1009</sup>. La natura del rapporto di controllo influisce profondamente sulla natura della misura e degli effetti. Infatti, nel caso della subordinazione il soggetto o l'autorità sopraordinato ha un potere di controllo sul soggetto o sull'autorità subordinata<sup>1010</sup>. A sua volta, i rapporti di equiordinazione, di reciproca indipendenza o di autonomia impedirebbero l'esistenza di un rapporto di controllo, poiché quelli comportano che i soggetti del rapporto si trovano allo stesso livello, tuttavia, normativamente si può decidere che fra autorità equiordinate o indipendenti vi sia un rapporto di controllo, in ragione della necessità di fornire maggiore garanzia al rispetto dei parametri<sup>1011</sup>. In questi casi il principio di competenza, che anche attenua la rigidità del vincolo di legalità, risulta determinante perché permette di scavalcare

---

<sup>1005</sup> Si tratta di una lotta fra certezza e verità. "In che modo l'amministrazione debba conoscere (e, più precisamente: come e quanto, in estensione ed in profondità, essa debba accertare) la situazione di fatto sulla quale interviene, è, almeno per quanto concerne la sua impostazione di fondo, uno dei problemi più trascurati nella letteratura di diritto amministrativo, anche se -o forse: proprio perché- all'attività conoscitiva della p. A. è dedicato un assoluto capolavoro della scienza giuridica italiana del Novecento (alludo, ovviamente, al tuttora prezioso studio di Franco Levi). (...) si può ricorrere all'immagine di un moto pendolare, che dalla "ricerca della verità" si sosta verso la "produzione di certezza", per poi, in tempi più recenti, postulare nuovamente (...) un'esigenza di "verità". A. Romano Tassone, *op.cit.*, pp. 183 e 184.

<sup>1006</sup> "Oggi la gerarchia non attiene più, in alcun modo, alle relazioni interistituzionali e alle relazioni intersoggettive, ma trova residua applicazione soltanto nell'ambito delle relazioni tra uffici della medesima amministrazione". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 106.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, pp. 207 e 208.

<sup>1007</sup> "Una relazione organizzativa che può ricorrere sia tra uffici della medesima struttura organizzativa sia tra strutture e tra persone giuridiche è la relazione di direzione. Questa relazione contempla in capo all'ufficio (a la struttura, o la persona) sovraordinato il potere di emanare atti con i quali -a differenza di quanto accade nel potere di ordine, che impone comportamenti- indica gli scopi medesimi, e lascia all'ufficio (o alla struttura o a la persona giuridica) subordinato la scelta dei modi per raggiungere gli scopi indicati. Tali atti sono denominati direttive". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 109.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 199 a 207.

<sup>1008</sup> Si presenta quando "la figura soggettiva, che è titolare di un potere o una funzione, ne trasferisce l'esercizio ad altra figura soggettiva. Il delegante, rimanendo titolare dei poteri o delle funzioni, conserva il potere di indirizzo e di controllo sull'attività del delegato". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, pp. 117 e 118.; J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 166 a 179.

<sup>1009</sup> G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1354 a 1357.

<sup>1010</sup> "L'autorità superiore può annullare, modificare, revocare gli atti dell'autorità inferiore; può verificare l'osservanza di ordini o direttive, l'organizzazione e la gestione di uffici, la loro adeguatezza a svolgere determinate funzioni, ecc.; può chiedere informazioni sui modi di esercizio delle funzioni, sull'impiego delle risorse finanziarie, sui risultati conseguiti (è quanto fanno, di regola, i servizi di controllo interno); può sanzionare (o proporre ad altra autorità che vengano sanzionati) comportamenti di titolari di uffici, ecc." G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 547.

<sup>1011</sup> Ad esempio, il controllo esterno può supportarsi "en la necesidad de buscar mayor protección a la legalidad". J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 242.

la rigidità dei rapporti di equiordinazione e di indipendenza, al fine di proteggere un interesse pubblico di maggior rilievo e attribuito a un soggetto specifico<sup>1012</sup>.

Allora, la tipologia dei controlli interni ed esterni può essere più specificata quando combinata con le forme di relazione di cui sopra. Il controllo interno può quindi essere gerarchico, di direzione, di delega, tra soggetti equiordinati; mentre il controllo esterno può essere gerarchico, di direzione, di delega, tra soggetti equiordinati e, forse il più rilevante per la posizione del controllato, tra soggetti reciprocamente autonomi o indipendenti.

In tutti questi casi, la competenza attribuita al controllore gli permette di controllare in forma incisiva, senza che il controllato possa resistere o contestare la misura, nemmeno facendo leva della sua posizione di equiordinazione o di indipendenza. Pertanto, è possibile accettare la possibilità di rafforzare le misure e gli effetti dei controllori interni ed esterni che, tradizionalmente, detengono un carattere accessorio, strumentale e collaborativo. È semplice, si tratta di una posizione consolidata nelle radici del diritto amministrativo: le finalità pubbliche possono essere soddisfatte soltanto se si forniscono i poteri, le competenze, e le funzioni adeguati. Pertanto, se in questo caso si deve controllare una determinata area dell'attività amministrativa, il controllore deve essere provvisto delle competenze e dei poteri specifici e correlati che gli permettano di adempiere le loro finalità<sup>1013</sup>. Altrimenti, si generano delle false aspettative, poiché i controllori non saranno mai in grado di soddisfare, appieno ed effettivamente, le finalità attribuite.

In questo punto è necessario fare cenno specificamente al controllo finanziario delle autonomie territoriali, in cui si vede molto più chiaramente il conflitto che può derivarsi da dotare di maggiore incisività, nel caso concreto, ai controlli esterni<sup>1014</sup>. Infatti, il percorso storico di armonizzazione fra autonomia e controllo ha portato, nell'ordinamento italiano, "all'abolizione dei controlli di merito, al potenziamento dell'apparato dei controlli interni alle singole amministrazioni e, in generale, ad un maggiore snellimento delle procedure, limitando i casi di impedimento preventivo all'efficacia dei provvedimenti dell'amministrazione. Purtroppo, il controllo preventivo di legittimità mantiene una propria validità"<sup>1015</sup>. Sebbene questo scenario, derivato di un insieme di riforme normative (L. cost. 3/2001, L. 266/2005, L. 131/2003, D.l. 174/2012, D.lgs. 175/2016) sembrerebbe allargare il margine di autonomia e, quindi, ridurre la portata del controllo esterno e consolidare il suo carattere accessorio, strumentale e collaborativo, la verità è che è successo il contrario. Nel caso specifico del controllo finanziario svolto dalla Corte dei Conti, le risultanze hanno perso il loro carattere collaborativo, stimolante e autocorrettivo.

---

<sup>1012</sup> Questo può essere verificato negli esempi di controlli che vengono esercitati tra soggetti la cui relazione è di equiordinazione o di indipendenza. Ministeri nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze, Corte dei Conti – Governo, Corte dei Conti – enti locali. Si veda, G. D'Auria, «I controlli...»cit., pp. 547 e 548.

<sup>1013</sup> "La situazione dell'autorità di controllo rispetto al soggetto (pubblico o privato) sul quale il controllo si esercita ha le caratteristiche proprie del potere, nel senso che l'autorità di controllo ha la capacità di realizzare, all'interno del rapporto, l'interesse specifico per il quale è ad essa intestata l'attribuzione di controllo. Ove, poi, questo potere sia esercitato da un'autorità che ha, per Costituzione, prerogative di indipendenza dall'amministrazione e dalle autorità che hanno poteri di indirizzo o d'intervento sull'amministrazione, essa è anche legittimata a difendere tali sue prerogative, nei casi in cui le ritenga violate o che ritenga violato l'interesse che è chiamata a tutelare". *Ibidem*, p. 546.

<sup>1014</sup> Poiché in materia di controlli interni le norme del livello statale sono di principio e ogni ente territoriale esercita la propria autonomia per organizzare i propri controlli interni. Cfr. *Ibidem*, p. 588 a 591.

<sup>1015</sup> S. Siragusa, G. Pizziconi, *op.cit.*, p. 65.

Infatti, le normative suggeriscono “ora, l’idea di un controllo da parte della Corte dei conti, i cui esiti finali non sono necessariamente collaborativi, bensì cogenti (contemplando cioè ipotesi interdittive dell’efficacia degli atti e, financo, sanzionatorie) ove emergano risultanze in contrasto con fondamentali valori di matrice comunitaria e costituzionale (art. 148 bis del TUEL)”<sup>1016</sup>.

Questo riferimento, che costituisce solo una piccola fattispecie all’interno della vasta gamma di controlli che possono ricadere sulle Regioni e sugli enti locali, è sufficiente per dimostrare che i controlli possono avere misure ed effetti più incisivi<sup>1017</sup>, essi non sono intesi in contrasto con l’autonomia decisionale delle parti controllate, né molto meno configurare co - amministrazione. Forse in questo ambito, del controllo finanziario e di bilancio, la resistenza è più debole e più difficile in virtù dei vincoli europei<sup>1018</sup>: situazione che si evidenzia dal fatto che la maggior parte dei controlli girano attorno della gestione delle risorse pubbliche, del patto di stabilità, e della gestione del bilancio. In questi casi l’autonomia decisionale del controllato viene garantita, sia dal procedimento di controllo<sup>1019</sup> sia dalla possibilità di ricorrere l’atto di controllo davanti il giudice<sup>1020</sup>.

A sua volta, nell’ordinamento colombiano, gli enti territoriali anche godono di autonomia, protetta a livello Costituzionale. Questa situazione implica anche una tensione tra l’autonomia e l’incisività del controllo, essenzialmente quello di tipo esterno<sup>1021</sup>. Tuttavia, in questi casi, analogamente al regime italiano, il principio delle competenze attribuite a livello costituzionale o derivate da essa (non esplicitamente), consente di attenuare la forza dell’autonomia degli enti territoriali e di armonizzarla con la necessità di controllo esterno ed incisivo di talune situazioni. Ciò è dimostrato, in particolare, nei casi dei controlli esterni di tipo finanziario, disciplinare o che

---

<sup>1016</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>1017</sup> “Le nuove attribuzioni limitative della sfera giuridica degli enti territoriali, ricondotte all’esercizio della potestà legislativa di coordinamento della finanza pubblica, non sono giunte d’altronde inaspettate nel panorama legislativo italiano. La ragione è duplice, interna ed esterna. È interna nel senso che da tempo in Italia era avvertita l’esigenza di anticipare i controlli ad un’epoca precedente alla decisione amministrativa di spesa, nonché, si potrebbe aggiungere, antecedente al momento in cui viene organizzata la spesa da deliberare. (...) Ma la ragione dei nuovi controlli è anche esterna, perché, come appunto si notava più sopra, va ricondotta ad una sorta di “anticamera della condizionalità” nella quale vengono a trovarsi tutti gli Stati membri della Unione Europea”. M. Magri, *op.cit.*, pp. 166 e 167.

<sup>1018</sup> Si ritiene che le misure indotte dalla crisi economica e finanziaria, volte a contenere il debito pubblico, sono state un’opportunità per ridurre i margini di autonomia degli enti territoriali italiani e, quindi, riportare le funzioni al centro, a livello statale, senza tener conto degli effetti sulla crescita economica. Cfr. Michele Belletti, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale: tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma, Aracne, 2012; Ornella Spataro, «Crisi del regionalismo e macroregioni. Spunti di riflessione», *Federalismi*, fasc. 6, 2018, p. 15.

<sup>1019</sup> “Con l’attribuzione alla Corte dei conti di nuovi poteri di decisione sulla sorte dell’ente controllato deficitario o dissestato, prende tuttavia consistenza giuridica anche l’interesse degli enti territoriali a che il controllo preventivo della Corte di conti, così come quello “correttivo”, rispetti le regole che lo presidono”. M. Magri, *op.cit.*, p. 183.

<sup>1020</sup> Cfr. G. D’Auria, «I controlli...»*cit.*, pp. 592 e 593.

<sup>1021</sup> A livello costituzionale è stabilito, nell’art. 209, che “*La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley*”. Nel caso particolare, l’attuazione spetta a ogni ente territoriale, sulla base della normativa di livello statale (L. 87/1993). Cfr. D. Younes Moreno, *Derecho del control...cit.*, p. 581 a 585.

proteggono il regime di uno dei tipi di dipendenti pubblici (*carrera administrativa*)<sup>1022</sup>, in cui gli organi esterni di controllo hanno competenza incisiva e trasversale a tutti i livelli territoriali.

Questi spunti servono per sollevare, come conclusione congiunta degli elementi delle due ordinamenti studiati, la possibilità di estendere ad altre aree dell'attività amministrativa la stessa logica, che nell'ambito delle finanze pubbliche o del regime disciplinare degli enti territoriali autonomi, ha permesso e spinto al rafforzamento degli effetti dei controlli.

Per ultimo, la tipologia può configurarsi in funzione dell'oggetto controllato. Questo criterio, tradizionalmente, ha inteso come oggetti controllabili siano gli atti sia l'attività nel suo complesso, tuttavia, l'aggiornamento del modello tradizionale del diritto amministrativo ha comportato una vera generalizzazione del controllo, nel senso che adesso si deve controllare anche le fattispecie di omissione dell'attività o di attività informale, come spiegato nel capitolo precedente. Ciò implica che, in astratto, sia impossibile stabilire tutte le fattispecie di oggetti controllabili. Pertanto, si può solo rilevare che l'ampiezza delle aree controllabili e la difficoltà di arrivare a tutte di forma effettiva e incisiva, anche se possano essere ritenute come un grande problema, in realtà deve essere ritenuto come una sfida che, in logica sistemica (conservazione – avanzamento), solleva l'obbligo di analizzare continuamente l'effettività del sistema di controlli e la sua pienezza.

In questa logica, e tornando ai controlli interni ed esterni, è possibile affermare che gli oggetti controllabili con l'uno o l'altro tipo di controlli sono diversi, ad esempio, il controllo interno è stato definito come un controllo “di gestione”, mentre il controllo esterno è il controllo “sulla gestione”. Da un lato, il controllo esterno dovrebbe controllare gli oggetti da una prospettiva macro, dando priorità alle aree sensibili e ai risultati specifici; mentre il controllo interno deve controllare oggetti specifici ed inerenti al soggetto controllato, la sua gestione interna, la sua organizzazione, il rispetto delle linee guida del vertice politico. A questo proposito, il *corpus* (normativo, dottrinario e giurisprudenziale) che è stato integrato in entrambi gli ordinamenti giuridici è utile poiché, finora, ha permesso di separare il loro ambito di azione in funzione dell'oggetto controllato.

Ebbene, è rilevante fare menzione a una delle modalità più importanti dalla prospettiva dell'oggetto controllato: il controllo finanziario, fiscale, di bilancio e il controllo di gestione, di risultato. Proprio la tradizionale limitazione del controllo ai parametri di legalità – validità (Capitolo II) ha fatto sì che il controllo di gestione o di risultato<sup>1023</sup>, che deve controllare

---

<sup>1022</sup> Si tratta di controlli eseguiti da “*organismos que por expresa disposición constitucional no deben hacer parte de ninguna de las clásicas ramas del poder público. La razón no es la naturaleza de la actividad desarrollada, pues materialmente se trata de una actividad administrativa, sino de las características que se pretenden de los sujetos encargados de adelantar el control administrativo, específicamente las de autonomía, independencia e imparcialidad, a efecto de que sus competencias no se vean contaminadas por las contiendas políticas, pues se trata del ejercicio de funciones técnicas que solo deben responder a un estricto cumplimiento de la legalidad. (...) así, por ejemplo, se tiene el control ejercido por la Comisión Nacional del Servicio Civil para garantizar el respeto y aplicación de las normas de carrera administrativa, el adelantado por la Procuraduría General de la Nación como máxima autoridad disciplinaria o el realizado por la Contraloría General de la República para garantizar la correcta utilización de los recursos públicos*”. J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...*cit., p. 246.

<sup>1023</sup> La dottrina italiana, in genere, distingue controlli di gestione e controllo sulla gestione, nel senso che “i primi sono di supporto alla gestione amministrativa e sono svolti, infatti, da uffici tecnici delle amministrazioni (sicché partecipano, in ultima analisi, dell'attività amministrativa), mentre i secondi sono esercitati da un'autorità esterna all'amministrazione, con caratteristiche di indipendenza rispetto a questa e con esiti di relazione (di referto) ad altre

precisamente altri tipi di parametri, sia stato assorbito dal tradizionale controllo fiscale, in cui si controllano regole binarie di bilancio, cioè, tradizionali parametri di validità. Di conseguenza, la violazione dei restanti parametri è “controllata” attraverso meccanismi con effetti collaborativi e stimolanti dei processi di autocorrezione. Cioè, solo nel caso in cui, nell’esercizio del controllo di gestione, sia verificata la violazione di un parametro di validità è possibile che venga esercitato un controllo incisivo, altrimenti, la correzione della deformità non è garantita, il controllo sarà inefficace<sup>1024</sup> e tale ambito di attività amministrativa rimarrà (il rispetto di parametri di legalità-effettività) privo di controllo: in breve, la pienezza del controllo non è garantita, poiché la verifica del mancato raggiungimento del risultato o della cattiva gestione, consente l’adozione di misure incisive (non di natura collaborativa e stimolante) solo nel caso in cui siano stati violati parametri di validità, altrimenti, la situazione non può essere controllata in modo incisivo-correctivo.

Per concludere questo punto, occorre sottolineare che la tipologia descritta non è esaustiva e, piuttosto, funge da punto di partenza affinché, in una logica di conservazione – avanzamento, si compiano esercizi di revisione degli attuali meccanismi di controllo. La sfida consiste quindi nel riuscire a configurare un sottosistema di controlli (all’interno del sistema principale) in cui i diversi meccanismi che fanno parte dell’attività di controllo amministrativo garantiscano, in modo effettivo e pieno, la subordinazione dell’attività amministrativa al Diritto e la sua limitazione e razionalizzazione.

Pertanto, si ripete, in astratto sarà impossibile determinare la tipologia specifica di controlli correttivi di natura amministrativa che richiede un ordinamento giuridico specifico. Tuttavia, è possibile determinare alcuni indicatori e orientamenti che possono guidare la configurazione. In primo luogo, deve essere chiaro che questi meccanismi sono complementari al controllo giurisdizionale, il che significa che la sua missione principale è quella di risolvere le lacune lasciate da quel tipo di controllo, raggiungendo le aree dove quello non ci arriva. Tuttavia, ciò non significa che i meccanismi di controllo amministrativo rinuncino o non possano controllare quelle aree che il giudice tradizionalmente controlla (conflitti e atti amministrativi), al contrario, sono anche chiamati ad esercitare il controllo in queste aree<sup>1025</sup>, evento in cui il loro attività di controllo (in virtù della garanzia di tutela giurisdizionale) può essere controllata dinanzi al giudice: sia

---

autorità (ad esempio, il Parlamento nazionale o i consigli regionali). La distinzione si identifica, in larga misura con quella fra controlli interni ed esterni”. G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 1392.

<sup>1024</sup> “L’esito del controllo di gestione era rappresentato, nella originaria disciplina di cui al d.lgs. n. 286/1990, dalla predisposizione di una relazione al dirigente interessato contenente l’analisi dei punti critici (dell’organizzazione) e dell’azione che avevano condotto ad una valutazione negativa in termini di efficacia, efficienza ed economicità alla cui “misurazione” queste strutture sono deputate, in modo da studiare soluzioni alternative “a fini di ottimizzazione della funzione amministrativa” (cui collaborano anche le strutture che svolgono la valutazione dei dirigenti e il controllo strategico), e non, invece, per lo meno in via diretta, all’applicazione di misure sanzionatorie quali ad esempio la sottoposizione al giudizio di responsabilità amministrativa ovvero l’applicazione delle misure connesse alla responsabilità dirigenziale. Ora il controllo, come modificato dalla riforma del 2009, assume una conformazione maggiormente aziendalistica sebbene -come già detto- non abbia preso la funzione di correzione dell’azione e, in sostanza, di indirizzo all’attività di governo”. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 540.

<sup>1025</sup> Ad esempio, come nel caso dei ricorsi amministrativi, poiché se i meccanismi giurisdizionali e quelli “non giurisdizionali” costituiscono un sistema, quest’ultimi “*deben servir como instrumentos eficaces para “filtrar” los asuntos que deben ser conocidos en sede judicial*”. J. Agudo González, *op.cit.*, p. 121.

l'ordinamento giuridico che le posizioni soggettivi dei privati trovano un doppio sistema di controllo.

Pertanto, il criterio soggettivo, di per sé, non può essere l'elemento in base al quale venga definita la tipologia. Vale a dire, come sarebbe errato costruire il sistema generale di controlli in funzione della natura del controllore (giudice o controllori non giurisdizionali), sarebbe anche sbagliato che, nel sottosistema dei meccanismi che compongono l'attività di controllo amministrativo, la tipologia sia costruita solo ed esclusivamente in funzione del criterio soggettivo della posizione del controllore (interno o esterno).

Tuttavia, detta posizione sarà un indicatore, certamente molto importante, ma nella costruzione della tipologia dovrà essere analizzata, contemporaneamente, ciascuno dei settori amministrativi o delle attività amministrative che richiedono controllo. In altre parole, il fattore materiale (oggetto e parametri) determinerà il tipo di controllo richiesto perché ogni attività amministrativa richiede un meccanismo di controllo adeguato, coerente e congruente con le sue caratteristiche particolari: vi saranno alcuni casi in cui il controllo è eminentemente di criteri di validità (rispetto del bilancio pubblico, i criteri per l'aggiudicazione di beni o sovvenzioni o la procedura contrattuale) e così tanti altri casi in cui i criteri saranno prevalentemente di effettività (rispetto dei criteri tecnici per la costruzione di mezzi di trasporto pubblico, criteri per l'esecuzione di attività con impatto ambientale o urbano, criteri di qualità di alcuni servizi, ecc.)

A loro volta, vi saranno oggetti che richiedono un controllo in loco, cioè un controllo interno, in quanto si riferiscono ai processi di azione particolare e specializzata di una determinata amministrazione, mentre vi saranno altri oggetti, come il rispetto delle norme contrattuali o di bilancio, che deve essere esercitato in modo trasversale e generale da un ente esterno. Quindi, le particolarità di ciascuna attività amministrativa determineranno la tipologia di controlli più adatta, adeguata e soprattutto efficace per garantire l'osservanza dei parametri che regolano l'attività controllata. A tal fine, i settori di riferimento<sup>1026</sup> di ciascun ordinamento giuridico sono importanti, in quanto sono gli scenari più dinamici e in cui gli strumenti di controllo sono veramente e costantemente messi alla prova.

In breve, la chiave sta nel determinare se per certi settori può essere più efficace, poiché garantisce meglio il pieno controllo, un meccanismo preventivo, con la partecipazione di soggetti privati, oppure se è più addato un meccanismo ex post d'ufficio o di tipo ricorsivo/impugnativo, dinanzi all'amministrazione stessa o a organi indipendenti, ecc. Certamente, non in tutti i casi sarà necessario che il controllo sia esterno, cioè esercitato da un soggetto dotato di uno statuto di indipendenza e autonomia, perché in alcuni di essi il controllo interno e gerarchico tradizionale, come i ricorsi amministrativi, continuerà ad essere efficace. Pertanto, sebbene l'atipicità che caratterizza il regime dei controlli delle attività amministrative non scompaia, essa potrà essere mitigata in ciascuna delle attività controllabili. La combinazione delle tipologie esposte consentirà di stabilire una rete di controlli (sistema di controlli) sotto una logica di proporzionalità qualitativa

---

<sup>1026</sup> I settori di riferimento sono "quegli ambiti del diritto amministrativo speciale che sono rappresentati dei compiti attuali dell'amministrazione, nei quali si trovano strumenti e tecniche regolative particolarmente interessanti". E. Schmidt-Aßmann, «La dogmatica del diritto amministrativo...»cit., p. 269 a 271.; E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 80 a 83.

e non quantitativa. Cioè, statuire un rapporto equilibrato, in termini qualitativi, fra i diversi tipi di controllo, in modo tale che tutti insieme contribuiscano per controllare la totalità dell'agire amministrativo. Questa logica deve essere sempre presa in considerazione perché, altrimenti, l'impostazione del rapporto fra i diversi tipi di controllo risponderà a congiunture isolati e momentanei.

Infine, occorre sottolineare che la proposta di costruzione sistematica della tipologia dei controlli deve essere regolata da criteri di semplicità e intellegibilità rivolti, non solo ai diretti interessati (controllori e controllati), ma principalmente ai soggetti privati. Questi criteri dovrebbero governare la configurazione dell'intero sistema di controllo. La tipologia deve essere semplice e comprensibile da tutti i soggetti coinvolti e, essenzialmente, dagli amministrati, pertanto, si devono evitare le tipologie artificiali e meramente descrittive.

### **3. Strumenti volti alla verifica di parametri per decidere: controllare per decidere**

La proposta di rivendicazione dei meccanismi incisivi – correttivi di controllo dell'attività amministrativa non potrebbe implicare l'ignorare che il sottosistema di controlli di natura amministrativa è costituito anche da altri tipi di meccanismi, anche finalizzati a limitare e razionalizzare il suo esercizio, ma con un aspetto strumentale, meno incisivo, di carattere accessorio e collaborativo. Attraverso di essi non si decide per controllare, ma si controlla (come strumento) per decidere.

Diverso è il caso degli strumenti tradizionalmente intesi come meccanismi di controllo (regime sanzionatorio e regime di responsabilità), che non mirano a garantire la limitazione e la razionalizzazione dell'attività amministrativa, ma a reagire alla violazione del regime giuridico che ne governa l'esercizio, proprio per sanzionare o determinare i responsabili. Sono meccanismi che non controllano, non pretendono, nonostante il fatto che l'immaginario giuridico li abbia iniziati a concepire come tali (come evidenziato nel comma 2, della Sezione 3, del Capitolo I e il comma 2, della Sezione 2, del Capitolo II).

La prova di quanto sopra è semplice e può essere sintetizzata come segue: sui binari della logica utilizzata in questa ricerca, in cui gli effetti dei diversi meccanismi sono stati un elemento cardinale, è possibile verificare che nel caso dei meccanismi sanzionatori e di responsabilità essi non cadano direttamente (e neppure indirettamente) sull'attività amministrativa in cui sono stati violati i parametri del suo esercizio, questa è trascurata poiché i suoi effetti non implicano la garanzia dei parametri o il loro ripristino, al contrario, cadono o si irradiano sui dipendenti pubblici che ha causato l'apposita difformità giudica.

Da qui che si ritenga che le finalità di questi meccanismi abbiano intrappolato i meccanismi di controllo, che hanno visto come la soddisfazione delle loro scopi originali, sono stati sostituiti dai fini degli strumenti sanzionatori e di responsabilità. Pertanto, in questa parte, quando si analizza il restante insieme di strumenti che possono essere classificati come controlli amministrativi, questi non siano inclusi e l'analisi si concentrerà sulla tipologia di meccanismi che funzionano come controlli strumentali per decidere.



Nello specifico, questi meccanismi hanno come denominatore comune i loro effetti, precisamente collaborativi e meramente strumentali, “*el fin determinante de la actividad jurídica no es controlar. El control es una acción que se expresa de forma accesoria y vinculada a otra principal. Esa actividad principal es decidir en el caso concreto, por ejemplo, para intervenir en la esfera privada*”<sup>1027</sup>. Si tratta di una immagine più in regola con l’impostazione comune della maggior parte dei controlli amministrativi, di tipo referenziale, con effetti incisivi limitati sulle criticità riscontrate, non di tipo correttivo, ma solo di verifica e/o di azioni simili.

Dunque, la tipologia di questi meccanismi può essere composta, a titolo esemplificativo, da meccanismi: i) ispettivi; ii) istruttivi o endoprocedimentali, iii) ottimizzanti. Questi meccanismi assomigliano a quegli incisivi - correttivi dal loro aspetto operativo<sup>1028</sup>, cioè dal giudizio di conformità dell’oggetto rispetto dei parametri<sup>1029</sup>, tuttavia, la differenza degli effetti impedisce di classificarli come controlli in senso stretto perché, si ribadisce, il suo impatto sulla garanzia della limitazione e della razionalizzazione delle attività amministrative non è diretto, certo e concreto (incisivo e correttivo).

Al riguardo dei meccanismi di ispezioni, questi sono procedimenti volti a raccogliere elementi, dati, documenti, prove e, in genere, informazione con fini dichiarativi, forse intesi (confusi) come controlli dal fatto che si materializza in un giudizio di conformità a regole e di regola esercitati all’interno di un rapporto precedente<sup>1030</sup>. Sebbene questi meccanismi siano sviluppati, di norma, nell’ambito dei procedimenti principali, si possono anche presentare in modo autonomo<sup>1031</sup>. La questione determinante, quindi, è che questi meccanismi, anche se possono essere chiamati “controlli”, come al solito, in senso stretto si assomigliano solo nella fase operativa e, piuttosto, si caratterizzano per materializzarsi in una molteplicità di azioni (verbi) come indagare,

---

<sup>1027</sup> J. Agudo González, *op.cit.*, p. 41.

<sup>1028</sup> Le diverse modalità di controllo, in senso lato, hanno la fase operativa come caratteristica comune. Perciò, “il nucleo del controllo è, ovviamente, il giudizio di conformità alle regole. Ogni azione ha delle regole, che variano a seconda dell’angolazione valutativa”. A. Crismani, *op.cit.*, p. 32.; J. Agudo González, *op.cit.*, p. 39 a 41. In questo senso, quest’ultimo ritiene che “*el único elemento que es realmente esencial y determinante para disponer una delimitación de la acción de control el que atañe a la operatividad del control. Este elemento alude al modo en que se concreta o articula el control, coincidiendo con su sentido etimológico: el control implica siempre un juicio de confrontación o de contraste con base en parámetros de referencia*”.

<sup>1029</sup> “Invero ancor oggi nel mondo del diritto, quando si parla di controlli (...) essi sono identificabili, assai semplicemente, in procedimenti amministrativi aventi destinazione specifica alla verifica di regolarità di funzioni. Mentre, cioè, in tutte le specie, figure o accezioni in cui si è sinora o trovato il termine di controllo o trovato un termine logico (giudizio) di controllo o un atto giuridico di controllo, il controllo, salvo i casi in cui è mero termine linguistico impropriamente usato, c’è, ma è articolazione di più ampie attività giuridicamente regolate, proceduralizzate o no, onde è un momento logico, un atto interno del decidente, un atto di una fase di un procedimento, al massimo occupa l’intera fase istruttoria di un procedimento, vi sono invece delle fattispecie nelle quali la normazione gli assegna rilievo proprio o come subprocedimento proprio parte di un procedimento articolato in più fasi. Anche quando il controllo è così configurato, conserva sempre il suo carattere di verifica della regolarità di una funzione, solo che tale carattere viene esaltato, perché può dirsi, con una metafora, allo stato puro: è una *verificación ordenada alla verificación*, anche se poi la normazione può aggiungere altre finalità o ulteriore finalità”. M.S. Giannini, «Controllo...»cit., p. 738.

<sup>1030</sup> “I controlli ispettivi sono procedimenti dichiarativi, a volte autonomi, a volte inseriti in altri procedimenti, anche di controllo. (...) Ad ogni modo, il potere ispettivo è sempre componente di un rapporto più ampio (di gerarchia, di direzione, di governo di ordinamenti sezionali, di controllo”. G. D’Auria, «I controlli...»cit., p. 572.

<sup>1031</sup> L’ispezione può costituire un procedimento autonomo con valore preparatorio per altre procedimenti. Si veda: J. Agudo González, *op.cit.*, p. 44.

sorvegliare, ricercare, verificare, valutare, ecc.<sup>1032</sup>. Questo è il suo scopo e, pertanto, il risultato sarà, in modo strumentale, un rapporto da inviare al soggetto incaricato di prendere la decisione corrispondente: da qui che si controlla per decidere<sup>1033</sup>. Addirittura, si ritiene che la dichiarazione prodotta sulla base di altri rapporti non costituisca controllo<sup>1034</sup>, in senso stretto, il che implicherebbe che le azioni attualmente svolte dai *referenti*, sulla base dei rapporti dei controllori, non è controllo.

Negli ordinamenti studiati vi sono parecchi esempi che li illustrano. Si pensi, in Colombia, ai meccanismi di vigilanza permanente a capo dei controllori interni ed esterni<sup>1035</sup>, al fine di ricavare informazione generale che possa servire di punto di partenza o di elemento di prova per la loro funzione di controllo. Altrettanto accade nei procedimenti sanzionatori, sia nei confronti di privati sia nei confronti della stessa amministrazione, in cui, prima di avviare il procedimento apposito, di regola si prevedono meccanismi o tappe previe all'avvio del procedimento ai fini di realizzare accertamenti preliminari per determinare il merito, appunto, di avviare il procedimento sanzionatorio<sup>1036</sup>. E, infine, meccanismi del genere si trovano, trasversalmente, nell'intera attività della *Contaduría General de la Nación*, che è concepita come un'entità fornitrice di informazioni per la gestione e il controllo degli enti pubblici, la loro attività è strumentale<sup>1037</sup>.

D'altra parte, in Italia, la dottrina riferisce<sup>1038</sup> come esempio paradigmatico i poteri della Corte dei Conti, nell'ambito dell'attività di controllo, per richiedere informazioni, dati o notizie e per effettuare ispezioni<sup>1039</sup>. Altrettanto accadde nei casi in cui, sempre, la Corte dei Conti, può ordinare

---

<sup>1032</sup> Ad esempio, si afferma che lo scopo della funzione preventiva della *Procuraduría General de la Nación* è generare il “*valor agregado*” della informazione. Si veda: *Procuraduría General de la Nación, Modelo de gestión de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación. Conceptualización*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2014, p. 32.

<sup>1033</sup> In senso lato, le ispezioni sono forme di controllo (per il giudizio di conformità) e, forse per questo, si riferiscono a meccanismi di ispezione come le più antiche di controllo interno nel l'ordinamento italiano. Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1368.

<sup>1034</sup> “In ordine alla modalità, va subito precisato che il controllo in senso stretto si attua solo attraverso organi svolgenti di tale specifica funzione; infatti, (...) la dichiarazione (espressa o implicita) effettuata in relazione ad altri rapporti (di gerarchia, di concerto, di direzione, di autorizzazione o di consulenza vincolante) costituisce attività d'ingerenza o di intervento e non espressione della funzione di controllo”. A. Crismani, *op.cit.*, p. 33.

<sup>1035</sup> Come nel caso della creazione di sistemi di informazione per il processo decisionale, nel caso della *Contraloría General de la República*, a carico del suo ufficio di pianificazione secondo il comma 12 dell'art. 48 del D.I. 267/2000: “12. *Efectuar el diseño de los sistemas de información útiles a la toma de decisiones y administrarlo, definiendo y simplificando el manejo de los mismos, propendiendo a la funcionalidad y pertinencia de la información, según la competencia en su aprovechamiento y la toma de decisiones y coordinando, con la dependencia competente, el desarrollo tecnológico de soporte que sea requerido*”.

<sup>1036</sup> Come nel caso delle “*averiguaciones preliminares*” stabilite nell'art. 47 del C.P.A.C.A.

<sup>1037</sup> Come nei casi in cui gli enti pubblici intendano di accedere a crediti bancari, l'ente prestatore deve richiedere la presentazione di informazioni contabili per dimostrare la capacità di pagamento, secondo l'articolo 47 della L. 519/1999. Oppure, nei casi in cui alla nazione è vietato fornire supporto finanziario alle entità territoriali quando non ottemperano agli obblighi di contabilità pubblica e non hanno presentato tempestivamente l'informazione contabile alla *Contaduría General de la Nación*., ai sensi dell'art. 80 della L. 617/2000.

<sup>1038</sup> Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 572.

<sup>1039</sup> Ai sensi del comma 8, dell'art. 3 della L. 20/1994, “nell'esercizio delle attribuzioni di cui al presente articolo, la Corte dei conti può richiedere alle amministrazioni pubbliche ed agli organi di controllo interno qualsiasi atto o notizia e può effettuare e disporre ispezioni e accertamenti diretti”.

ispezioni e accertamenti da svolgere a carico della Guardia della Finanza<sup>1040</sup>. E, infine, un altro esempio si trova nel caso delle competenze sanzionatorie delle pubbliche amministrazioni, in cui le amministrazioni sanzionatorie devono/possono ricavare l'informazione ed effettuare ispezioni al fine di accertare le violazioni e il merito della sanzione<sup>1041</sup>.

In relazione con i meccanismi istruttivi o endoprocedimentali, ancora una volta, questi possono essere intesi come meccanismi di controllo, in senso lato, in virtù del giudizio di conformità, tuttavia, non costituiscono controllo in senso stretto, piuttosto si tratta di una fase endoprocedimentale, non sempre svolta da una sola amministrazione<sup>1042</sup> (il che complica di più l'istruttoria), in cui "si svolgono tutte quelle attività a chiarire le questioni rilevanti per la decisione finale"<sup>1043</sup>. Ecco perché tutti gli accertamenti fatti, anche se formalmente sono attuati attraverso di giudizi di conformità, a somiglianza dei controlli incisivi - correttivi, il suo scopo non è adottare la decisione, ma soltanto servire di strumento per, dopo, decidere.

In questo punto occorre fare riferimento ai meccanismi di partecipazione privata e i c.d. controlli diffusi da parte dei privati (ii o controllo dei cittadini). Questi due istituzioni si collegano con la fase istruttoria delle decisioni, sia perché, nel primo caso, fanno parte integra del procedimento decisionale, sia perché, nel secondo caso, i risultati di alcuni controlli, e soprattutto gli accertamenti riscontrati nella fase istruttoria, si intendono finalizzati a fornire informazione ai privati, al fine che essi eseguano controllo sociale.

In relazione con la garanzia di partecipazione dei privati nei procedimenti amministrativi, essa è garantita sia in Colombia (art. 3 e 35 del C.P.A.C.A.) sia in Italia (art. 7, 9 e 13 della L. 241/1994), al fine di migliorare la cura degli interessi pubblici e tutelare il soggetto partecipante e l'interesse specifico di cui è titolare, da qui che sia ritenuta come una funzione collaborativa e di garanzia<sup>1044</sup>, di limitazione e razionalizzazione dell'attività amministrativa. Tuttavia, i diversi meccanismi di partecipazione<sup>1045</sup> non sono rivolti al controllo, ma al coinvolgimento dei privati nel

---

<sup>1040</sup> Ai sensi del comma 3, dell'art. 16 del D.l. 152/1991, "la Corte dei conti nell'esercizio delle sue attribuzioni può disporre, anche a mezzo della Guardia di finanza, ispezioni ed accertamenti diretti presso le pubbliche amministrazioni ed i terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a destinazione vincolata"

<sup>1041</sup> Ai sensi dell'art. 13 della L. 689/1981.

<sup>1042</sup> Nella fase istruttoria "l'amministrazione precedente pone le premesse per una decisione corretta, fondata, frutto del confronto con gli interessati: nel caso in cui, però, non è una sola amministrazione ad essere attribuita di una funzione, e quindi non ci troviamo di fronte ad una sola unità organizzativa (un solo ufficio) competente per l'esercizio della funzione e per l'adozione del provvedimento finale, si pone il problema del coinvolgimento anche delle amministrazioni interessate". F. Merloni, *op.cit.*, pp. 266 e 267.; D. Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo...cit.*, p. 201.

<sup>1043</sup> La pubblica amministrazione nella fase istruttoria procede "a) ad accertare e valutare il fatto di realtà e la sua rilevanza per l'interesse pubblico, nonché ad accertare ed interpretare le norme che disciplinano l'esercizio del potere rispetto al caso concreto; b) ad acquisire eventualmente ulteriori fatti significativi; c) ad acquisire compiutamente tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti; d) ad effettuare, ove l'amministrazione eserciti potestà discrezionali, la valutazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli altri interessi in gioco". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 218.; J.O. Santofimio Gamboa, *Compendio...cit.*, p. 414 a 421.

<sup>1044</sup> Cfr. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 220.; F. Merloni, *op.cit.*, pp. 263 e 264.

<sup>1045</sup> Inclusa la denominata "conferenza di servizi", dell'ordinamento italiano, che non è un meccanismo di controllo, piuttosto, "rappresenta una risposta originale al fabbisogno di razionalizzazione del processo di determinazione dell'interesse pubblico concreto proprio perché consente una valutazione contestuale di tutti gli interessi pubblici coinvolti in una determinata operazione amministrativa". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 252.

processo decisionale. Tuttavia, le garanzie di “voce” e di “visione”<sup>1046</sup> non implicano l’assunzione del potere decisionale da parte dei privati che, comunque, appartiene sempre e in forma piena all’amministrazione pubblica.

A sua volta, si ha inteso che i rendiconti e le verificazioni fatti nell’ambito dei controlli, ad esempio quelli successivi di gestione, sprovvisti di effetti incisivi, possono essere rivalutati se si intende che gli esiti referenziali hanno finalità stimolante verso i meccanismi di controllo sociale<sup>1047</sup>. Dunque, siccome normativamente si prevedono che gli esiti e gli effetti collaborativi dei controlli successivi sono collaborativi e indirizzati ai *referenti*, il che ha messo in dubbio la loro effettività, si è sviluppata una teoria nel senso di qualificare come destinatari anche a tutti i privati. Si afferma dunque che le risultanze di questo tipo di controlli, non sono indirizzate solo ai *referenti*, ma “sono rivolte all’intera opinione pubblica, che è messa così in grado di valutare l’operato del governo e di assumere i comportamenti elettorali conseguenti”<sup>1048</sup>.

Questa posizione si supporta nella “costatazione del gravissimo difetto di stimoli al miglioramento dell’efficienza dell’amministrazione stessa”<sup>1049</sup> e intende di fornire ai privati dell’informazione, in base dei principi di pubblicità e di trasparenza (L. 190/2012, D.lgs 33/2013 e D.lgs. 97/2012), che consenta l’attuazione dei meccanismi di controllo diffuso o per sancire la mala amministrazione tramite il voto<sup>1050</sup>, a prescindere dell’analisi di rafforzamento o meno degli effetti al fine di garantire che abbiano incidenza correttiva. Tuttavia, la stessa dottrina mette in dubbio che questi meccanismi siano controlli<sup>1051</sup>: la trasparenza e l’accesso all’informazione, addirittura, anche se i privati avessero accesso a tutte le informazioni pubbliche, al livello più dettagliato, questa circostanza di per sé non costituirebbe controllo.

In entrambi i casi (partecipazione dei privati e controllo sociale), sebbene si tratti di meccanismi che contribuiscono alla limitazione e alla razionalizzazione dell’attività amministrativa, il fatto è che i loro effetti non sono incisivi - correttivi, non vi è alcuna garanzia di materializzazione dello stimolo e, dunque, di limitazione e razionalizzazione. Al contrario, i suoi

---

<sup>1046</sup> La dottrina raggruppa le garanzie di partecipazione dei privati al procedimento in quelli volti a far valere “la voce” e quelli volti a permettere “la visione”. Cfr. M. D’Alberti, *Lezioni...cit.*, p. 226 a 246.

<sup>1047</sup> Il controllo sociale fa parte del concetto ampio di controllo e può essere definito come “*aquella facultad de vigilancia y opinión que, en terminología de Lowenstein, tienen los destinatarios del poder sobre las instituciones y/o detentadores del mismo, y que se traduce en la aprobación o improbación del pueblo sobre la actividad estatal o parte de ella*”. G. Lozano Villegas, *op.cit.*, p. 34.; J. Gómez Buitrago, *op.cit.*, p. 162 a 168.

<sup>1048</sup> G. D’Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1366.

<sup>1049</sup> S. Siragusa, G. Pizziconi, *op.cit.*, p. 333.

<sup>1050</sup> “Nella fase più recente si è affermata l’idea che, dal punto di vista del cittadino, più efficace del controllo esercitato con il voto alle elezioni sia il controllo diffuso. La trasparenza -si legge nell’art. 1 del D.lgs. n. 33/2013- è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche”. G. Corso, *Manuale...cit.*, p. 136.

<sup>1051</sup> Al riguardo dei meccanismi di accesso e di trasparenza, si afferma che “appare evidente, quindi, che è del tutto improprio, in questi casi, parlare di controllo, pur se così espressamente qualificato dal legislatore o almeno nel senso tradizionale del termine. Ma è altrettanto palese che la collocazione di questi provvedimenti si pone dopo l’avvenuta emanazione dell’atto e rappresenta un autentico obbligo, (...) in cui la disciplina normativa prevede espressamente che la trasparenza dell’attività amministrativa è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione” S. Siragusa, G. Pizziconi, *op.cit.*, p. 335.

effetti sono meramente strumentali e contingenti<sup>1052</sup>. Pertanto, anche se non possono essere considerati come meccanismi parte dell'attività amministrativa di controllo concettualizzata, è indubbio che si tratta di strumenti che consentono la raccolta di informazioni per il miglior processo decisionale: si tratta quindi di meccanismi attraverso i quali si controlla (giudizi di conformità) per decidere.

Infine, in relazione con i meccanismi di ottimizzazione, di nuovo, essi possono essere denominati (in senso lato) controlli, in virtù dei giudizi di conformità e della sua funzionalità indirizzata alla limitazione e razionalizzazione dell'attività amministrativa. Tuttavia, l'incisività delle sue risultanze, che si limitano alla diagnosi, li trasforma in meccanismi, di nuovo, attraverso i quali si controlla come strumento per, dopo, decidere<sup>1053</sup>. Forse la forma più illustrativa può essere la valutazione, sia delle politiche pubbliche, sia della performance dell'organizzazione e dei dipendenti, funzionalizzata all'attività amministrativa<sup>1054</sup>.

La valutazione delle politiche pubbliche è "l'insieme dell'attività che vanno dalla enunciazione (in un documento governativo, in una legge, in un piano d'intervento) degli obiettivi da conseguire alla concreta definizione dei programmi per la loro realizzazione, fino all'analisi delle interazioni fra la decisione-programmazione-attuazione dell'intervento pubblico e l'ambiente (economico, sociale, organizzativo, ecc.) nel quale esso viene -per così dire- impiantato e produce i suoi effetti. La valutazione delle politiche consiste, pertanto, in un giudizio su attività (da svolgere o svolte), in relazione all'impatto che esse hanno sui destinatari, diretti o indiretti, dell'azione; ed è proprio l'analisi di tale impatto a dare la misura dell'utilità dell'azione stessa, dell'opportunità e del modo di calibrarne, anche attraverso modifiche *in itinere*, la portata"<sup>1055</sup>.

---

<sup>1052</sup> In relazione al controllo sociale (diffuso), si sottolinea che si tratta di strumenti di valutazione, privi di effetti incisivi diretti. In concreto, si afferma che "le incertezze sul parametro di giudizio e sulle misure conseguenti a queste forme di controllo rendono dunque difficile poter affermare, a consuntivo, che quelle che abbiamo esaminato siano vere e proprie manifestazioni dell'attività di controllo in senso stretto. A stare sulla rigida linea dall'interpretazione giuridica, esse appaiono come semplici "valutazioni", ovverosia meri apprezzamenti, da parte dei destinatari, rispetto al grado di soddisfazione che l'azione dell'amministrazione ha assicurato ai loro interessi, individuali o collettivi (...) Nonostante la sua "sterilità", anzi forse proprio per l'assenza di effetti giuridici immediatamente rilevante, la proliferazione di questi istituti sembra suggerire che il nostro sistema è alla ricerca di una occasione per un ripensamento del sistema di valutazione dell'agire delle istituzioni pubbliche che sia fondato non più sull'antagonismo tra il controllore e il controllato, ma sulla loro integrazione e collaborazione". Daniele Donati, «Il controllo dei cittadini sull'amministrazione pubblica, tra effettività giuridica e valore etico», Luciano Vandelli, Claudia Tubertini (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 179 a 181.

<sup>1053</sup> "La finalidad común de este tipo de controles es mejorar y adaptar las actuaciones controladas tanto con carácter preventivo, como prospectivo, dando lugar a ajustes, adaptaciones y, genéricamente, correcciones en la actuación futura. Estas formas de control se caracterizan, además, porque son ejercidas en cualquier fase de la actuación del sujeto controlado y pueden tener lugar hasta su finalización, es decir, en tanto en cuanto estén operativas". J. Agudo González, *op.cit.*, pp. 57 e 58.

<sup>1054</sup> In questa parte non è possibile soffermarsi ad analizzare la valutazione, che è stata concepita come una forma di controllo interno, ed è caratterizzata dalla finalità di misurazione, certo ai fini di miglioramento, ma con esiti non correttivi, ma di rendicontazione agli organi di indirizzo-politico, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai cittadini. Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 563 a 566.; J.I. Rincón Córdoba, «El control interno...»cit., p. 471 a 484.

<sup>1055</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1396.; Jorge Iván Cuervo Restrepo (a cura di), *Ensayos sobre políticas públicas. II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014; Ignacio Moral, et al., *Evaluación de políticas públicas: técnicas cuantitativas*, Madrid, Gaceta Grupo Editorial, 2016.

A livello normativo, sia in Colombia sia in Italia, la finalità di queste valutazioni è strumentale, cioè, qualsiasi giudizio di conformità che venga fatto è rivolto soltanto a fornire gli strumenti per adottare decisioni, non costituisce una decisione a sé stante. Perciò, alcuni di tali meccanismi sono stati, ad esempio, ricondotte allo sviluppo dei sistemi di *audit* e dei sistemi di *performance management*<sup>1056</sup>, che materializza il fatto che “nel governo dei moderni sistemi pubblici l’analisi dei risultati, riferita sia alle politiche di intervento nei vari settori, sia all’ordinaria gestione dei servizi, sia a programmi e progetti innovativi, viene ormai diffusamente considerata nel mondo una fase critica per realizzare un’intelligenza delle istituzioni e per innescare un cambiamento positivo, orientato dalla conoscenza”<sup>1057</sup>.

Ebbene, anche se la valutazione e misurazione costituiscono strumenti imprescindibili nel percorso di aggiornamento e cambiamento sia delle politiche pubbliche sia dell’attività amministrativa, nel senso di rivendicare la necessità di azioni, non solo valide, ma effettive<sup>1058</sup>, il fatto è che esse sono uno strumento per l’ulteriore avvio dei veri controlli correttivi, che sì è in grado di garantire l’effettivo rispetto del Diritto. La sua portata li rende strumenti imprescindibili per lo svolgimento di un controllo pieno, si richiede di valutazioni, di misurazioni, di rendicontazione, di informazione, e così via, al fine di controllare, tramite il giudizio e la misura corrispondente. Infatti, solo sulla sua base è possibile attuare il giudizio di controllo adeguato, cioè, realizzare l’analisi corrispondente alla conformità o meno con il parametro apposito (legittimità o di effettività), ma il controllo non finisce con quel giudizio, bensì, richiede per definizione la decisione e l’attuazione delle misure adatti per rispondere alle criticità (appunto rilevate tramite gli altri strumenti). Insomma, tutti questi meccanismi costituiscono soltanto una fase, certo critica e imprescindibile, e non sempre endoprocedimentale, del controllo. Da qui che i risultati delle valutazioni abbiano diverse applicazioni future, necessarie affinché le situazioni critiche che sono state individuate siano effettivamente risolte<sup>1059</sup>.

A questo punto, una volta concettualizzata l’attività amministrativa di controllo dell’attività amministrativa, spiegate le esigenze della sua costruzione sistematica e descritta le tipologie dei meccanismi amministrativi che, in virtù della natura dei suoi effetti, la compongono e quelli che non, è possibile passare ad analizzare, in forma specifica, gli aspetti cardinali del regime giuridico dell’attività.

---

<sup>1056</sup> Cfr. Renato Ruffini, *L’evoluzione dei sistemi di controllo nella pubblica amministrazione: linee operative per lo sviluppo dell’audit e della gestione delle performance nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Angeli, 2010.

<sup>1057</sup> G. Reborà, *op.cit.*, pp. 15 e 16.

<sup>1058</sup> In maniera uniforme, si ritiene che i cambiamenti del modello di azione amministrativa, decisamente indirizzata verso l’effettività, implicò il rafforzamento, negli anni Ottanta e Novanta, di meccanismi di valutazione, di misurazione, di rendicontazione, di informazione, di *performance*, di controllo. Si veda, *Ibidem*, p. 23 a 25.; A. Crismani, *op.cit.*, p. 167 a 169.

<sup>1059</sup> Ad esempio, si afferma che i modi di utilizzo dei risultati e dei referti della valutazione siano: 1) la responsabilità-affidabilità, nel senso di capire se gli agenti hanno esercitato i loro poteri in modo appropriato e se il principale è in grado di giudicare il loro lavoro; 2) miglioramento degli interventi, nel senso di la valutazione fa parte del management quotidiano e, pertanto, i risultati sono indirizzati al personale; 3) progresso della conoscenza di base. Si veda, G. Reborà, *op.cit.*, p. 49 a 53.

### **Sezione III. Il regime giuridico e la cornice per l'attuazione dell'attività di controllo dell'attività amministrativa**

Le considerazioni che precedono hanno permesso di accertare l'esistenza e, soprattutto, la necessità di una serie di meccanismi, non di natura legislativa o giurisdizionale, rivolti al controllo incisivo e correttivo dell'attività amministrativa, la cui efficacia non sia diluita o non dipenda da altrui. Questi meccanismi, in virtù della necessità di una costruzione sistematica del diritto amministrativo, costituiscono una attività amministrativa, non solo accessoria o strumentale, ma principale, con uno scopo specifico, comune ai meccanismi e differenziabile di quello dell'attività controllate. Questi elementi, a loro volta, costituirebbero la cosiddetta parte generale del diritto amministrativo, riferita all'assetto teorico dell'attività, la cui missione è quella di costituire un supporto astratto per consentire l'emanazione di decisioni specifiche in modo coerente, ragionato e facendo riferimento, precisamente, al sistema: queste funzioni si materializzano nella connessione tra questi postulati e la parte speciale dell'attività (la parte normativa), nella quale si trova positivizzato il suo regime giuridico.

Pertanto, la sfida teorica diventa più importante, nella misura in cui una parte generale solida e ben decantata, fondata su un concetto giuridico come quello proposto, irradierebbe il diritto positivo e, sulla base di denominatori comuni, richiederebbe/consentire il suo rinnovo che, almeno in ciò che si riferisce all'incisività degli effetti, si trova in completa disconnessione. Questo perché molti dei presupposti teorici (tradizionali), in cui sono state supportate la natura accessoria e strumentale dei meccanismi e i loro effetti meramente collaborativi, sono evolute, sono state aggiornate e, ora, richiedono l'effettività e la pienezza del controllo: tali meccanismi di controllo, in quanto integrano i controlli giurisdizionali, non possono limitarsi alla verifica e ad azioni analoghe.

Pertanto, la base teorica esposta potrebbe consentire un'analisi uniforme e coerente dell'insieme degli elementi che costituiscono il regime giuridico positivo dell'attività di controllo. In tal modo si potrebbe analizzare in modo uniforme una varietà di aspetti che, ad oggi, difficilmente trovano una base comune, ad esempio: la natura degli atti di controllo, la loro sindacabilità dinanzi ai giudici, la metodologia di controllo, l'organizzazione e la struttura organizzativa dei controllori, ecc. Per questi motivi, in questa parte si intende analizzare gli aspetti cardinali di detto regime giuridico positivo, ponendo l'accento sulle questioni trasversali, nel tentativo di illustrare il modo in cui le basi teoriche influenzano la loro configurazione, li modellano e li delimitano.

Occorre evidenziare che lo sviluppo delle idee che seguono ha come pilastro trasversale il fatto che i meccanismi di controllo studiati sono un'attività amministrativa (fusione amministrativa) e, in virtù di tale natura, devono essere regolati dal diritto amministrativo, che non implica un regime costruito esclusivamente da norme di diritto pubblico, ma un regime conformato sia da norme di diritto pubblico sia da norme di diritto comune<sup>1060</sup>, a seconda delle esigenze di

---

<sup>1060</sup> *“El derecho administrativo no es sólo Derecho Público, sino también, y en gran medida, Derecho Privado. La Administración puede servirse del derecho privado para su organización y formas de actuación o intervención. Está*

ciascuna modalità di controllo e dell'oggetto specifico da controllare, ad esempio, la tendenza a incorporare i parametri di azione che regolano il controllo delle attività private.

In particolare, per descrivere ed analizzare il regime giuridico dell'attività, innanzitutto, devono essere spiegate le ragioni per le quali è possibile unificare, in modo razionale e coerente, la natura giuridica degli atti di controllo mediante i quali l'attività amministrativa in questione è formalmente esercitata. Questo cambiamento è fondamentale per consolidare il ruolo di questi meccanismi come attività amministrativa e, soprattutto, per consentirne l'esercizio sistematico, nella misura in cui i vari atti emessi nell'esercizio dei controlli avranno una base comune, alla quale rinviare le varie problematiche interpretative (1). Successivamente, l'attenzione sarà rivolta al profilo organizzativo dei controllori e al funzionamento dei controlli, principalmente la loro fase di pianificazione e il procedimento di esercizio, anche allo scopo di stabilire elementi minimi che costituiscono questa parte del regime giuridico dell'attività di controllo (2). Infine, e in coerenza con la logica dell'indagine, che si è basata sulla funzionalizzazione dell'attività amministrativa e sulla necessità imperativa della sua efficacia, verranno analizzate alcune delle situazioni che si presentano dopo la conclusione dei procedimenti di controllo, vale a dire, dopo l'emanazione dell'atto di controllo (che in caso di risultato negativo contiene la misura corrispondente per correggere le deformità riscontrate), e che potrebbero incidere nell'effettività delle misure (3).

### **1. Natura giuridica, regime giuridico e inquadramento degli atti dell'attività di controllo amministrativo**

Una delle questioni più controverse, ambigue e disordinate del regime dei meccanismi di controllo delle attività amministrative è la natura degli atti attraverso i quali viene esercitata. Proprio l'ambiguità della natura giuridica del controllo o, piuttosto, le contraddizioni che derivano dalle basi asistematiche hanno fatto sì che gli atti di controllo non abbiano un riferimento astratto e coerente, che funga da base e denominatore comune. In questo senso, non è chiaro se gli atti di controllo, strumentali o conclusivi, siano atti amministrativi o meno, o se, piuttosto, le peculiarità dell'attività di controllo facciano sorgere una nuova e autonoma categoria di atti giuridici, non correlata all'atto amministrativo.

Infatti, tale ambiguità è facilmente evidenziata dalla constatazione che, in modo incoerente, contraddittorio o, almeno, contrario alla garanzia di un livello minimo di certezza giuridica, esistono altrettante nature e regimi degli atti di controllo quanto meccanismi (tipi) specifici di controllo, vale a dire che ogni tipo di controllo sembra avere i propri atti, con il proprio regime specifico, il che è palesemente lesivo di principi quali la trasparenza, la semplicità, la certezza giuridica e, in definitiva, della garanzia di funzionalizzazione dell'attività e di controllo a favore degli amministrati: se gli atti di controllo hanno una natura ambigua e asistematica, rendono

---

*(limitada "libertad de elección" parece necesaria para que la Administración pueda intervenir adecuadamente en los distintos ámbitos de cooperación entre el Estado y la sociedad". E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., pp. 38 e 39.; M. Ramajoli, «L'esigenza sistematica...»cit., pp. 348 e 349.; Alessandro Pajno, «Diritto pubblico e diritto privato», *Annuario 2002 - AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 59.*



difficile o impossibile il controllo, il che impedisce la soddisfazione della loro finalità e, piuttosto, favorisce l'abuso del potere<sup>1061</sup>.

Alcuni esempi illustrano meglio il problema: in primo luogo, si pensi al caso del controllo preventivo esterno di legittimità della Corte dei Conti italiana, in cui il suo risultato negativo impedisce l'acquisizione dell'efficacia giuridica dell'atto controllato, tranne nel caso del visto con riserva<sup>1062</sup>, soluzione che forse potrebbe essere assunta nel caso del controllo fiscale della *Contraloría General de la República* colombiana, dopo la riforma costituzionale del 2019 (art. 1 dell'atto legislativo 4/2019), in cui si prevedono le tipologie di controlli preventivi e concomitanti, ma di carattere non vincolante, il che conferirebbe ai controllati la possibilità di attuare l'atto, a dispetto o a prescindere dell'esito del controllo, fatti salve le diverse tipi di responsabilità (politica, fiscale, disciplinari).

Tuttavia, occorre risaltare che nel caso italiano si tratta di un evento in cui un atto giuridico, senza una natura definita, incide sull'efficacia di un atto amministrativo. Al riguardo, di sicuro, si potrebbe affermare che la parità di natura non è necessaria affinché un determinato atto giuridico abbia effetti su un altro: come quando la sentenza giudiziaria annulla l'atto amministrativo, essendo entrambi atti giuridici. Tuttavia, il problema deriva dalle contraddizioni del regime degli atti di controllo perché, se tutti i parametri di azione amministrativa hanno la stessa natura e rilievo, non vi è ragione alcuna che supporti il trattamento differenziato fra gli atti di controllo preventivi (allorché incidono sull'efficacia o sulla validità) e gli atti di controllo successivo, forniti soltanto con capacità eventuale e collaborativa di incisività.

Infatti, sempre nell'ambito delle competenze del controllore esterno, in cui entrambi gli ordinamenti studiati sono simili (Corte dei Conti e *Contraloría General de la República*), la contraddizione a cui si fa riferimento è evidente. Nel caso del controllo successivo di gestione, in cui si presume che sia stato istituito come un modo per controllare quegli aspetti non esclusivamente riferiti alla validità e, quindi, come meccanismi che garantiscono il rispetto dei parametri riferiti all'effettività e al raggiungimento dei risultati, risulta che gli atti conclusivi del controllo (relazioni, rapporti, rilievi), nonostante si inseriscano nell'iter dell'attività amministrativa, in concreto, nella verifica della sua funzionalità e della sua efficacia, non sono considerati atti amministrativi. Al contrario, in virtù degli effetti che possono produrre (indiretti, eventuali e collaborativi), sono considerati atti giuridici, in senso ampio, statali<sup>1063</sup>, accessori, di minore rilievo rispetto agli atti che le parti controllate possono produrre. Quindi, l'asistematicità e la contraddizione sono evidenziate perché la stessa attività di controllo, poiché ad oggi non vi è

---

<sup>1061</sup> “Chi ha un potere tende quasi inevitabilmente ad abusarne. Da qui l'esigenza, da sempre avvertiva, di porre dei limiti al suo esercizio, soprattutto quando il potere è un potere politico e più generalmente un potere pubblico”. G. Corso, *Manuale...cit.*, p. 131.

<sup>1062</sup> Poiché il governo può esercitare la facoltà, sotto la sua responsabilità politica, di chiedere alla Corte la c.d. “registrazione con riserva” che consente comunque all'atto di acquisire l'efficacia giuridica restando fermo il giudizio di illegittimità espresso dal controllore.

<sup>1063</sup> “Nel controllo successivo, le relazioni, i rapporti, ecc. si inseriscono in procedimenti il cui atto conclusivo (la misura) appartiene alla competenza di altri organi, onde il “riferire” della Corte dei conti, espresso da posizioni indipendente nei confronti del governo (e, anzi, nei confronti dei governi: statale, regionali, locali), è anch'esso estraneo alla funzione amministrativa e promana ugualmente da un “potere dello Stato” (C. cost. 466/1993; n. 457/1999; n. 139/2002)”. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 576.

distinzione in virtù della natura dei parametri (tutti essi sono parametri giuridici) ed esercitata dallo stesso controllore, non sempre emana atti con la stessa capacità di incidere sull'oggetto controllato.

Un altro esempio che evidenzia i problemi derivati dalla natura variabile degli atti di controllo, accoppiato al precedente, si evidenzia nel caso del controllo successivo interno di legittimità, cioè, nel caso dei ricorsi amministrativi<sup>1064</sup>, in cui il suo risultato negativo, senza dubbio, colpisce l'efficacia giuridica dell'atto controllato. In questo caso, entrambi gli atti (quello di controllo e quello controllato) sono considerati, in modo uniforme e senza alcuna critica, come atti amministrativi. Vale a dire, si tratta di atti amministrativi che interagiscono tra loro in modo sistematico e coerente.

Le precedenti situazioni di contraddizione diventano più evidenti quando si verifica che nei casi di meccanismi di controllo, sostanzialmente assimilabili<sup>1065</sup>, gli atti conclusivi mancano di natura giuridica unificata o assimilabile. Infatti, sebbene il controllo di legittimità preventivo ed esterno sia sostanzialmente identico al controllo di legittimità successivo e interno, la natura degli atti conclusivi omette completamente la natura dell'attività di controllo e, stranamente, si deriva esclusivamente della natura della relazione di controllo. Ciò ha profonde implicazioni nei rispettivi regimi giuridici: impugnabilità, esecutività, elementi costitutivi, ecc., che rispecchiano lo stato di asistematicità e disordine.

Un esempio finale, riferito a una delle tipologie tradizionali delle forme organizzative per l'esercizio dell'attività amministrativa, conferma quanto è stato detto finora. Tradizionalmente si comprende che le amministrazioni, a seconda dell'attività che svolgono, sono suddivise in amministrazione attiva, di consulenza e di controllo<sup>1066</sup>. Ciò implicherebbe un tentativo di configurazione e gestione sistematica e coerente, in cui ciascuna di queste attività condivide una natura amministrativa. Infatti, si considera che nell'amministrazione del controllo, pur essendo solo un tipo di amministrazione ausiliaria<sup>1067</sup>, "rientrano tutti quei soggetti chiamati a verificare in via

---

<sup>1064</sup> Il regime generale dei ricorsi amministrativi, in Colombia, si trova nel CPACA, nell'art. 74 a 82, in cui si prevede i ricorsi "*de reposición*", innanzi alla stessa autorità; "*de apelación*", innanzi al superiore gerarchico; e funzionale dell'autorità che ha preso la decisione, e "*de queja*", allorché sia respinto il ricorso di appello. A sua volta, in Italia, il regime generale si trova nel D. 1199 di 1971, che prevede tre tipi di ricorso: in opposizione, gerarchico e straordinario al presidente della Repubblica. Tuttavia, in tutti e due ordinamenti vi sono normative speciali in cui si regola i ricorsi amministrativi per settori. Ad esempio, il regime dei contratti pubblici italiano (D.lgs. 50 di 2016) non sono previsti ricorsi amministrativi, ma solo ricorsi giurisdizionali; mentre che il regime di contratti statali colombiano (Legge 80 di 1993) prevede nell'art. 77, nell'accennata logica sopra menzionata di fase previa della giurisdizione, che "*Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual*" e che l'atto di aggiudicazione "*no tendrá recursos por vía gubernativa*".

<sup>1065</sup> In entrambe le modalità, fatta eccezione per la posizione del controllore e il momento in cui viene effettuato, i controlli sono sostanzialmente identici poiché si controlla il rispetto dei parametri di legittimità, attraverso un identico giudizio di conformità.

<sup>1066</sup> "Tra i tanti criteri di classificazione degli organi (o meglio degli uffici) vi è quello che fa riferimento alla natura dell'attività svolta. Vecchia di secoli è la distinzione fra organi di amministrazione attiva, organi di amministrazione consultiva e organi di controllo. Che il re si avvalga di collegi di personale che lo consigliano ce lo dicono la poesia e il teatro greco. È uno schema che è stato progressivamente esteso ad ogni organo che è chiamato a decidere". G. Corso, Manuale...cit., pp. 16 e 17.; A. Carullo, *op.cit.*, pp. 376 e 377.; M. Clarich, Manuale...cit., p. 318.

<sup>1067</sup> Cfr. D. Sorace, *op.cit.*, pp. 264 e 265.

preventiva o successiva la legittimità o la opportunità delle decisioni adottate dall'amministrazione (ad es. Corte dei Conti)"<sup>1068</sup>.

Tuttavia, gli esempi precedenti rivelano che l'amministrazione del controllo che, in base a quest'ultima divisione, farebbe parte dell'organizzazione amministrativa, sarebbe un'amministrazione responsabile dell'attività di controllo amministrativo che, nonostante ciò, non si manifesta attraverso di atti amministrativi. Insomma, l'assenza di sistematicità genera un regime pieno di contraddizioni poiché, nonostante si affermi che "l'esito (la misura) del controllo dev'essere congruente con l'interesse che costituisce la finalità del potere di controllo"<sup>1069</sup> e che tutti questi meccanismi perseguono (in senso lato) la finalità di limitazione e di razionalizzazione effettiva delle attività amministrative, gli atti conclusivi del controllo hanno natura, portata e regime giuridico diversi.

Le situazioni citate, che derivano dal diritto positivo, si riflettono nelle costruzioni e nelle analisi dottrinarie. Infatti, anche se si ritiene teoricamente che il regime giuridico degli atti di controllo "dipende, per un verso, dalla natura del rapporto di controllo e, per altro verso, dalla finalità del controllo, ovvero, dall'interesse per il quale l'autorità di controllo è stata istituita e che essa è tenuta a perseguire"<sup>1070</sup>, si evidenzia un'anomala prevalenza del primo criterio. Cioè, quando si tratta l'argomento della natura degli atti di controllo, l'analisi privilegia la natura del controllore o la natura del rapporto tra controllore e controllato (subordinazione, equidistanza, autonomia o indipendenza<sup>1071</sup>), sulla natura dell'attività di controllo e sulla finalità che essa persegue.

Occorre sottolineare che nell'ordinamento colombiano non vi sono indagini approfondite al riguardo della natura degli atti di controllo e, nei casi in cui se ne sono tentati, si sono discostati dall'attività di controllo e si sono concentrati sulla responsabilità fiscale. Metodologia errata in quanto, come dimostrato nella presente indagine, la finalità perseguita dagli strumenti di responsabilità fiscale non rientra tra le finalità del controllo dell'attività amministrativa: i primi hanno un carattere risarcitorio del danno al patrimonio pubblico, che non implica alcun controllo, mentre i secondi hanno un carattere correttivo, direttamente focalizzato sull'attenzione alla difformità riscontrata.

Quindi, quando si è analizzato la natura degli atti dei procedimenti di responsabilità fiscale, si è concluso, logicamente, che si tratta di atti amministrativi, senza che questa conclusione cambi per il fatto che la *Contraloría General de la República* non sia amministrazione pubblica. Tuttavia, l'errore è stato quello di estendere agli atti di controllo i ragionamenti che hanno portato a questa conclusione<sup>1072</sup>, anche se, come è stato spiegato, essi ne detengono quella natura. Vale a dire, si

---

<sup>1068</sup> A. Carullo, *op.cit.*, p. 377.

<sup>1069</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 574.

<sup>1070</sup> Cfr. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1400.

<sup>1071</sup> "Il regime giuridico degli atti di controllo dipende dalla *natura del rapporto di controllo* e, cioè, dalla circostanza che tale rapporto sia di *subordinazione*, di *equidistanza* o di *autonomia-indipendenza*". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 575.

<sup>1072</sup> Ciò è dimostrato dalle sentenze della Corte costituzionale colombiana, in cui la pronuncia più significativa è la sentenza C-189/1998 che giudicando delle norme relative al procedimento di responsabilità fiscale ha inteso che si trattasse di "atti di controllo" e ha affermato che "*en general, todo ejercicio de una función administrativa, en el sentido de ejecución administrativa, se hace por medio de actos administrativos, por el contrario no todos los actos*

condivide la conclusione, ma non la via argomentativa percorsa, poiché corrisponde ad un istituto di natura diversa.

Tuttavia, anche per i motivi indicati nei precedenti capitoli, che mostrano la convergenza e la somiglianza tra gli ordinamenti studiati, le analisi del sistema italiano sono estese anche al regime colombiano. Dunque, ora sono chiare le ragioni per cui, al riguardo di tutti e due gli ordinamenti studiati, si afferma che attualmente vi sono altrettante nature e regimi di controllo quante sono le tipologie di controllo. Infatti, l'atto di controllo è considerato un atto amministrativo, in quanto tale, solo nei casi di controllo interno della legittimità, a condizione che il controllore e il controllato si trovino in rapporto di subordinazione<sup>1073</sup>, ad esempio, nel riferito caso dei ricorsi amministrativi. Qui si privilegia il rapporto di controllo. Mentre, nel caso dei controlli esterni, preventivi o successivi, si ritiene che la natura degli atti possa trovarsi nel rapporto costituzionale che collega il controllore e il controllato<sup>1074</sup>, il che ha portato a concludere che non si tratta di atti amministrativi, né di manifestazioni di attività amministrativa o di funzioni amministrative<sup>1075</sup>. Qui si privilegia sia il rapporto di controllo che la natura del controllore.

Quanto sopra spiega, inoltre, che si afferma che la funzionalizzazione<sup>1076</sup> dell'attività amministrativa è trascurata, nel senso che la configurazione dei diversi elementi che compongono le diverse attività amministrative dovrebbe essere subordinata alla soddisfazione degli scopi dell'attività. Pertanto, dall'organizzazione agli atti devono adattarsi all'attività, e non quest'ultima adattarsi ai primi. Con ciò, non viene affermato nulla di rivoluzionario, si ricorda semplicemente che, nel diritto amministrativo, la natura dell'attività e la sua funzionalizzazione condizionano la configurazione dell'intero regime giuridico che ne regola l'esercizio. Ciò garantisce, tra l'altro, che

---

*administrativos son expresión de una función administrativa, ya que pueden desarrollar otras funciones del Estado, como las funciones de control o de organización electoral. Por ende, no es incompatible con la autonomía de las funciones de control que sus actos sean calificados por la ley como administrativos, pues ello no confiere naturaleza administrativa a la actuación del órgano, sino que simplemente señala que, debido a la ausencia de los requisitos de imparcialidad, independencia e inamovilidad de los funcionarios que los emiten, estos actos no son definitivos, pues pueden ser revisados por los jueces en cuestión*". Questo ragionamento, di sussumere gli atti di controllo della Contraloría General de la República negli atti di responsabilità fiscale, si è mantenuto incolume nel tempo. Si veda: S. C-661/2000, C-470/2017, S. C-101/2018.

<sup>1073</sup> Se il rapporto è di subordinazione, l'atto di controllo "è un provvedimento che costituisce espressione di un potere di supremazia (gerarchia, direzione, delega) ed è soggetto, perciò, agli ordinari mezzi di impugnazione". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 575.

<sup>1074</sup> La natura degli atti di controllo e il suo regime giuridico, inclusi la possibilità di impugnarli, "possono essere ricercati nella relazione che costituzionale che lega al Parlamento la Corte dei conti, ossia nella relazione ausiliaria che la lega all'Organo rappresentativo della sovranità popolare". A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 159.

<sup>1075</sup> Nel caso dei controlli esercitati dalla Corte dei Conti, si ritiene che "nel controllo preventivo, l'atto di controllo (...) non è un atto della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 113 cost.; esso promana, infatti, non da un organo dell'amministrazione, ma (...) da un'autorità indipendente dal governo (...) Nel controllo successivo, le relazioni, i rapporti, ecc., si inseriscono in procedimenti il cui atto conclusivo (la misura) appartiene alla competenza di altri organi, onde il "riferire" della Corte dei conti, espresso da posizione indipendente nei confronti del governo (...) è anche esso estraneo alla funzione amministrativa". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 576.

<sup>1076</sup> "L'amministrazione è considerata, in quanto tale, funzione. Si intende dire, in questo modo, che essa è preposta alla cura di interessi generali e che, pertanto deve essere, nella sua globalità, in un rapporto di congruenza con i fini pubblici. L'ordinamento, dunque, assicura la funzionalizzazione dell'amministrazione, in tutti i suoi aspetti: l'organizzazione, i mezzi (personali, patrimoniali e finanziari) e l'attività". G. Napolitano, «Le funzioni...»cit., p. 33.

i mezzi con cui intendono soddisfare le finalità attribuite a ciascuna attività (organizzazione, procedura, garanzie, atti) sono adatti a questo scopo.

Palesamente le situazioni sposte evocano tutto il contrario all'ideale del diritto amministrativo, come strumento di ordine e di direzione. Tuttavia, i fondamenti teorici che sono stati esposti indietro, in particolare quelli che fondano la rivendicazione del controllo come attività amministrativa principale, e su di cui si è proposto la concettualizzazione, consentono una proposta di costruzione sistematica e ordinata degli atti di controllo, compresa la loro natura e il loro regime giuridico. In questo senso, si può affermare categoricamente che né la natura né il regime degli atti di controllo dipendono dalla natura del rapporto, ma dalla natura dell'attività di controllo. Addirittura, la natura del rapporto dipende anche dalla natura dell'attività. Pertanto, se è stato accertato che il controllo amministrativo è un'attività amministrativa<sup>1077</sup>, secondo una logica sistematica, anche gli atti attraverso i quali le sue decisioni si manifestano devono essere considerati atti amministrativi. Si tratta di una conseguenza obbligatoria e necessariamente derivata dall'aggiornamento della natura del controllo.

Inoltre, occorre sottolineare che questa proposta di unificazione della natura degli atti di controllo, intorno all'atto amministrativo, è già stata considerata sia dalla dottrina italiana, in cui sono ritenuti, in senso ampio, come provvedimenti amministrativi<sup>1078</sup> oppure più specificamente come provvedimento di secondo grado<sup>1079</sup>. A sua volta, nell'ordinamento colombiano questa proposta, forse, non sarà così resistita, poiché si ritiene, come spiegato, che l'atto amministrativo è la manifestazione paradigmatica dell'attività amministrativa e, persino, una manifestazione dello Stato, in termini generali, quando non vi sia un'altra categoria più addatta. Pertanto, la sfida è consolidare la rivendicazione dei meccanismi di controllo amministrativo correttivi come attività amministrativa.

Inoltre, questa proposta, pur essendo molto controversa, è pienamente compatibile con le esigenze proprie del controllo, concepito come potere pubblico. Infatti, se il controllo deve essere strutturato in modo tale da poter (mezzi e portata) soddisfare le finalità e quindi le misure (atti di controllo) devono essere coerenti con la finalità perseguita<sup>1080</sup>, la configurazione logica sarebbe

---

<sup>1077</sup> “Cuando de control administrativo se habla, se hace referencia al conjunto de competencias que se reconocen a la Administración, entendida esta a la luz de un criterio material (...) el control administrativo no es un principio sino una función o actividad administrativa. No se trata de una labor complementaria de aquellas funciones que conllevan ejecución, sino de una tarea principal en el modelo de Estado social de derecho”. J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...*cit., pp. 240, 247 e 248.

<sup>1078</sup> “Gli atti di controllo sono di regola provvedimenti amministrativi, anche se la giurisprudenza esclude l'impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo di quelli della Corte dei conti”. B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»cit., p. 365.

<sup>1079</sup> “In generale si afferma che l'atto di controllo appartiene, secondo la classificazione generalmente accolta, alla categoria dogmatica dei provvedimenti di secondo grado, ma si discute se il singolo atto sia una manifestazione di volontà (Romano; Vitta), di giudizio (in questo senso, tra gli altri, Bodda; Forti) o se abbia natura compositiva (Virga)”. R. Galli, *op.cit.*, p. 900.

<sup>1080</sup> “L'esercizio del potere di controllo deve avvenire con modalità e nei limiti necessari e sufficienti al conseguimento delle finalità stabilite dell'ordinamento. (...) le misure del controllo non possono eccedere i limiti della *corrispondenza o proporzionalità* rispetto all'interesse che costituisce la finalità del potere di controllo (ad esempio, un controllo con esito ad altra autorità non può irrogare misure punitive nei confronti dei responsabili delle difunzioni relative)”. G. D'Auria, «I controlli...»cit., pp. 574 e 575.

quella in cui gli atti di controllo avessero una natura giuridica definita, non variabile, idonea all'esercizio dell'attività di controllo nonché in grado di soddisfare le finalità attribuite.

In questo contesto, il concetto di atto amministrativo, come forma prototipica di esercizio delle attività amministrative, consente di inglobare le diverse manifestazioni formali dell'attività di controllo (atti strumentali e atti conclusivi) perché, come si è detto, questi meccanismi si riferiscono ad un'attività amministrativa propriamente detta. In tal modo sarebbe possibile effettuare una lettura sistematica degli atti di controllo, mediante riferimento o in funzione del concetto teorico di "atto amministrativo", il che conferirebbe coerenza e prevedibilità al suo regime giuridico: vi sono atti di controllo, con contorni e contenuto minimi, purché sia esercitata l'attività amministrativa di controllo. Ciò richiede una precisione fondamentale: il regime può essere modulato e adattato, per esempio, gli atti di pianificazione del controllo possono le amplie analisi realizzati al riguardo dei regolamenti, degli atti amministrativi generali, o del potere normativo<sup>1081</sup>; mentre che gli atti di controllo strumentali possono essere pari agli atti strumentali del procedimento amministrativo, il che implicherebbe, forse, il divieto della loro sindacabilità.

Infatti, in questa precisazione si trova il nocciolo del regime giuridico degli atti di controllo. Il fatto che gli atti di controllo siano, secondo la proposta, ora riconosciuti uniformemente come atti amministrativi non significa che l'intero regime giuridico generale, costruito per la categoria astratta di atto amministrativo, sia trasferita o trapiantata agli atti di controllo<sup>1082</sup>. Significa piuttosto che il regime dell'atto di controllo trova nella costruzione teorica dell'atto amministrativo una base per la sua costruzione, per determinare elementi minimi<sup>1083</sup> e per non doversi costruire da zero, perché i problemi interpretativi possono essere risolti con riferimento al sistema e al concetto astratto di atto amministrativo<sup>1084</sup>. Sulla base di tali elementi minimi, le caratteristiche specifiche dell'attività di controllo possono costruire e/o configurare il regime giuridico specifico degli atti amministrativi di controllo, evitando di percorrere il tortuoso cammino di definizione che, appunto, ha già percorso l'atto amministrativo che, in ogni caso, alcuni ritengono non abbia prodotto un

---

<sup>1081</sup> Nicola Lupo, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, il Mulino, 2010; H. Santaella Quintero, *op.cit.*

<sup>1082</sup> La direttiva sull'innovazione e la conservazione nella dogmatica del diritto amministrativo non implica il rifiuto totale del modello tradizionale "*piénsese, por ejemplo, que el acto administrativo -una institución del modelo clásico- posee hoy como ayer una relevancia extraordinaria (...) Otra cosa es que deba contrastarse si está o no urgido de ciertas adaptaciones o innovaciones*". E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»cit., p. 85.

<sup>1083</sup> Nel diritto colombiano gli attributi sono: la presunzione di legalità, la obbligatorietà e l'esecutività. Mentre, nel diritto italiano gli atti amministrativi, prevalentemente autoritativi, si caratterizzano dell'unilateralità nella produzione degli effetti, per l'imperatività, l'esecutorietà, la presunzione di legittimità, e l'esecutività. Si veda, rispettivamente: J.O. Santofimio Gamboa, *Compendio...cit.*, p. 654.; M. Clarich, *Manuale...cit.*, pp. 49, 160 a 166.

<sup>1084</sup> "È stato avvertito, infatti, l'affiorare di "una rinnovata attenzione -esigenza, verrebbe a dire- per gli elementi comuni e fondati, per le linee strutturali del sistema, per i collanti e le cerniere che ne consentono il funzionamento complessivo." Il riconoscimento di questa esigenza invita a osservare con maggiore attenzione il testo di Ranalletti, specie in due punti: laddove la parte generale del diritto viene considerata il compimento dell'ideale di sistematicità (...) nella parte generale si raccolgono e si dispongono ordinatamente tutti "i presupposti dei diritti ed i principi fondamentali destinati a trovare applicazione nei vari istituti particolari"». M. Ramajoli, «L'esigenza sistematica...»cit., p. 351.

risultato di successo e accettabile e altri, al contrario, ritengono che ha portato ad una nozione fondamentale dell'intera disciplina del sottosistema normativo di diritto amministrativo<sup>1085</sup>.

In conclusione, la costruzione dogmatica e sistematica dell'attività amministrativa del controllo amministrativo consente un approccio coerente alla questione della natura e del regime degli atti di controllo. Dunque, si può affermare che tutti essi, addirittura i rilievi, rapporti e relazioni, sono atti amministrativi, non per la natura del soggetto, appartenente o meno alla pubblica amministrazione, ma per le finalità perseguite, collegate sempre all'interesse pubblico. In altre parole, Tutti gli atti di controllo, indipendentemente dall'organo che li pronuncia, della loro posizione nei confronti della pubblica amministrazione (interna o esterna), dell'oggetto del controllo, dei parametri, delle misure che possono essere adottate, sono atti amministrativi, suscettibili, naturalmente, delle sfumature rispetto ad altri atti amministrativi e tra di loro, ma sempre riconducibili al concetto dogmatico generale.

Ebbene, questi stessi presupposti consentono di proseguire l'analisi di altri elementi del regime giuridico dell'attività di controllo studiata, soprattutto perché se si ha concluso che si tratta di un'attività amministrativa, le cui manifestazioni sono atti amministrativi, si potrebbe pensare che i controllori, l'organizzazione che controlla, devono essere altrettanto delle strutture di natura amministrativa, oppure che i procedimenti di controllo sono procedimenti amministrativi, riconducibili agli elementi generali di questa categoria. Adesso si passa ad analizzare questi argomenti.

## **2. Organizzazione dei controllori, pianificazione e procedimento di attuazione dell'attività di controllo amministrativo**

La concettualizzazione del controllo come attività amministrativa, disciplinata dal diritto amministrativo, è stata costruita sulla base di una metodologia prevalentemente sostanziale e teleologica, cioè una logica in cui le finalità da soddisfare attraverso i meccanismi di controllo costituiscono il centro di gravità. Ciò ha inoltre consentito di concludere che gli atti giuridici, attraverso i quali viene esercitata l'attività di controllo, sono atti amministrativi, modulabili nel loro contenuto, ma riconducibili sempre al concetto teorico di atto amministrativo. Pertanto, se la presente analisi ha la pretesa di essere sistematica, questa stessa metodologia deve consentire l'analisi coerente e ragionata di altri elementi che costituiscono il regime giuridico di tale attività. In questa logica, questa parte si concentrerà sull'analisi degli aspetti fondamentali di tre elementi: i) i controllori (natura e organizzazione); ii) la pianificazione o programmazione del controllo e iii) il procedimento di esercizio del controllo. Non si fa riferimento apposito ai controllati, poiché la loro determinazione sarà data dalla verifica, caso per caso, della presenza dell'oggetto controllato,

---

<sup>1085</sup> Nell'ambito dell'assistenza al legislatore e ai giudici, tipica dell'idea sistematica del diritto amministrativo, si afferma che *“los asuntos serán reconducibles a los conceptos clave que integran el sistema. Y, de este modo entra en escena a capacidad de almacenamiento que posee la teoría general, en la medida que permite relacionar y situar en su debido contexto cada uno de los supuestos. Así, por ejemplo, por el mero hecho de calificar una medida como acto administrativo, el sistema ofrecerá respuestas inmediatas a otras muchas cuestiones, como las relativas a la conformidad o no del acto con el procedimiento administrativo establecido o su impugnación o su tratamiento procesal”*. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 6.

il che implica che, ad esempio, i privati potrebbero essere controllati se gestiscono risorse pubbliche, nel caso del controllo di gestione fiscale.

Per quanto riguarda i controllori, la loro natura e la loro organizzazione, è importante innanzitutto evidenziare che la prospettiva organizzativa, nel diritto amministrativo, è stata una delle questioni più importanti. In questa indagine non è possibile soffermarsi ad analizzare i motivi che spiegano questa rilevanza o i molteplici aspetti che la illustrano, è sufficiente sottolineare che i meccanismi di controllo studiati, come manifestazioni di potere pubblico e come attività amministrativa devono essere dotati di un'organizzazione, di una struttura, adatta al compimento delle sue funzioni e alla soddisfazione delle sue finalità.

Si è visto come la dottrina ritiene che il regime giuridico degli atti di controllo dipenda, in genere, da tre fattori: la natura del rapporto, la finalità del controllo e la posizione del controllore. Tuttavia, adesso è chiaro che tutti questi elementi, inclusi la natura e il regime degli atti di controllo dipenda, piuttosto, dall'attività. Infatti, la sua funzionalizzazione implica che tutti i componenti che permettono la sua attuazione siano permeati e irradiati, in logica teleologica, dalle funzioni e dalle finalità perseguite, il che include certo l'organizzazione<sup>1086</sup>.

In questo modo, risulta chiaro perché si ritenga all'unanimità che l'organizzazione sia un mezzo per l'esercizio dell'attività poiché “le organizzazioni vengono create per svolgere funzioni: attività ordinate a fini per i quali le organizzazioni sono mezzi”<sup>1087</sup>. Così, l'attività da svolgere condiziona l'assetto organizzativo, la struttura deve obbedire all'attività<sup>1088</sup>, al punto che una relazione diversa crea distorsioni in cui l'ente finisce per essere oggetto di riforme congiunturali che non obbediscono ai cambiamenti che la prassi sociale comporta, ma piuttosto all'ineffettività dei mezzi scelti, il che di sicuro termina per sacrificare l'interesse pubblico gestito.

Tuttavia, sebbene quanto sopra sia chiaro, la determinazione o la scelta della formula organizzativa più idonea e adatta all'esercizio di una qualsiasi delle attività amministrative, inclusa quella di il controllo, non è un compito semplice, poiché vi sono molti elementi che devono essere ponderati nel determinare la struttura che consenta, in un modo migliore, di esercitare, distribuire e incanalare il potere e le competenza corrispondenti. Ciò spiega perché i diversi ordinamenti giuridici abbiano scelto delle formule organizzative prestabilite<sup>1089</sup>, che devono essere utilizzate

---

<sup>1086</sup> “In altri termini, come ha scritto uno dei più importanti giuristi italiani del XX secolo, “in principio sono le funzioni”. Sono dunque queste e il loro variare a condizionare, almeno da un punto di vista logico, le scelte organizzative, inducendo a privilegiare il ricorso all'uno o all'altro modello, secondo alcune costanti riscontrabili nel tempo e nello spazio”. G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 74.

<sup>1087</sup> G. Corso, *Manuale...cit.*, p. 43.

<sup>1088</sup> “*La organización debe ocupar un lugar central en el estudio del derecho administrativo, sobre todo si se tiene en cuenta que lo estructural es consustancial a la actividad administrativa. De hecho, podemos afirmar que se trata de una verdadera dialéctica en la que se presenta una relación de medio a fin, ya que su objeto es precisamente el diseño y puesta en funcionamiento de las maneras o formas de gestión de potestades, atribuciones y competencias administrativas*”. J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, pp. 31 e 32.

<sup>1089</sup> Gli ordinamenti italiano e colombiano, come altro esempio di convergenza, coincidono, in termini generali, in relazione alle formule organizzative tradizionali. Vale a dire ministeri, agenzie, autorità indipendenti e, in generale, enti pubblici di diversa natura. Si veda: C. Franchini, G. Vesperi, *op.cit.*, p. 83 a 142.; L. Rodríguez, *Estructura del poder...cit.*, p. 75 a 166.



nella misura in cui si adattino all'attività corrispondente<sup>1090</sup>. Pertanto, la scelta della struttura più adatta deve essere effettuata con la massima attenzione alle caratteristiche dell'attività, pertanto, in astratto, è impossibile determinare equivalenze immediate tra un'attività e un tipo di organizzazione<sup>1091</sup>.

Sulla base di queste idee generali e in stretta relazione con l'oggetto dell'indagine, è importante sottolineare che la prospettiva materiale e funzionale dell'attività amministrativa è indispensabile per poter costruire, in modo razionale, la struttura organizzativa dei controllori, in modo tale da favorire il loro efficace funzionamento. Dunque, a prescindere della natura dei controllori, l'attività eseguita resterà sempre un'attività amministrativa<sup>1092</sup>, il che non implica che i controllori devano essere enti pubblici oppure amministrazioni pubbliche. Infatti, il titolare dell'attività di controllo può essere anche un privato, previa abilitazione normativa, oppure un ente pubblico non appartenente alla pubblica amministrazione.

A questo punto, allora, la questione è determinare i criteri che permettono di scegliere e configurare la formula organizzativa più adatta per ogni tipologia di controllo. Scelta che, si ripete, obbedirà alle particolarità di ogni meccanismo o insieme di meccanismi che sono attribuiti ad un determinato controllore. A tal fine è utile la tradizionale tipologia, già analizzata nella precedente sezione, di controlli interni ed esterni.

Per quanto riguarda i controlli esterni, che possono comprendere qualsiasi tipo di parametro di giuridicità (di validità o di effettività) ed essere attuati in modo preventivo, successivo o concomitante, gli elementi della funzione e dell'attività da svolgere devono subordinare l'impostazione dell'organizzazione, garantendo uno statuto adatto allo svolgimento effettivo del controllo<sup>1093</sup>, ma rimanendo ferma la sua posizione estranea rispetto al controllato e "all'ordine amministrativo"<sup>1094</sup>.

Nel caso italiano, il carattere ausiliario che gli fornisce la Costituzione alla Corte dei Conti (art. 100, comma 2, C.R.i.) sia interpretato come un aggettivo che qualifica l'attività svolta dal

---

<sup>1090</sup> Ognuna delle formule organizzative "presenta specifici caratteri strutturali. La fortuna delle soluzioni via via prescelte, però, si deve alla capacità di ciascuna di esse di svolgere adeguatamente la missione affidata dalla legge". G. Napolitano, *La logica...cit.*, p. 74.

<sup>1091</sup> "El Derecho sólo puede desarrollar satisfactoriamente su función si la organización administrativa se adecua a las funciones de la Administración. No existen, sin embargo, equivalencias inmediatas que permitan efectuar fáciles deducciones. Se trata, más bien de avanzar por aproximación en esa correspondencia entre organización y funciones". E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 262.

<sup>1092</sup> Alla stregua dell'analisi fatto per qualificare le Poste Italiane S.p.a. come società di natura pubblica, sulla base di un criterio di pubblicità dei fini, non già formale ma sostanziale, "alla cui elaborazione ha offerto un contributo decisivo la nozione di provenienza comunitaria, di organismo di diritto pubblico, che ha contribuito, "in via generale, ad allargare l'ambito dei concetti di atto amministrativo e di soggetto amministrativo... in modo che atti espressione di medesimi interessi sul piano teleologico non vengono distinti in base ad un mero dato formale, costituito dalla veste societaria, peraltro riputato irrilevante dal diritto comunitario" (così, espressamente, Cons. Stato, Sez. IV, n. 1206 del 2001)". A. Pajno, *op.cit.*, p. 74.

<sup>1093</sup> "A diferencia de los jueces, los órganos y organismos administrativos que ejercen funciones de control se integran organizativamente a las distintas Administraciones Públicas, las cuales no tienen como función característica la de juzgar independiente e imparcialmente, son la de alcanzar objetivos materiales en virtud de las políticas públicas sectoriales aprobadas. Ahora bien, esto no impide que el legislador pueda otorgar a los miembros de aquellos órganos y entidades un estatuto parecido al de los jueces", M. Domínguez Marín, *op.cit.*, p. 82.

<sup>1094</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1375.

controllore, nel senso che descrive il ruolo attivo e principale del controllo rispetto della garanzia di rispetto dei parametri di azione e di raggiungimento dei risultati, da parte dell'attività controllata<sup>1095</sup>. Di questo modo sarà l'attività da svolgere (controllo correttivo) a condizionare l'organizzazione, e non il contrario. Pertanto, si considera che il carattere ausiliario non potrà continuare ad essere interpretato, come finora in giurisprudenza e dottrina, come un elemento che condiziona l'attività, che la rende meramente accessoria, strumentale e la subordina all'attività controllata, perché ciò riduce e stravolge la sua portata e i suoi effetti. L'ausiliarità descrive l'attività, ma non la condiziona.

Nel caso colombiano, la sfida è altrettanto importante perché, nonostante il testo costituzionale non qualifichi l'attività come ausiliaria e, al contrario, fornisca elementi volti a rafforzare l'organizzazione dei controllori esterni, dotandoli di garanzie funzionali e organiche di autonomia e indipendenza, i condizionamenti dell'attività derivano dall'interpretazione classica della separazione dei poteri, che monopolizza il controllo nel giudice e, in pratica, riduce la portata dell'attività di controllo non giurisdizionale, confinandola a un ruolo secondario. Quindi, si tratta di organizzazioni robuste, dotate delle garanzie adeguate al fine di esercitare la loro attività di controllo, ma che non riescono a raggiungere i loro scopi a causa della portata ridotta degli effetti attribuiti ai meccanismi di controllo.

Tuttavia, i requisiti di adeguatezza dell'organizzazione non si limitano alla struttura in sé considerata, ma comprendono anche la sua organizzazione interna<sup>1096</sup>. Cioè, oltre alle garanzie organiche di indipendenza del controllore, si richiede l'attribuzione altrettanto di indipendenza al personale (*staff*) che sviluppa l'attività<sup>1097</sup> e garantire la loro idoneità<sup>1098</sup>. Infatti, in Italia, sin dal momento in cui fu proposto il controllo di efficienza, come funzione della Corte dei Conti, si affermava che “è superfluo avvertire che se alla Corte si attribuisca questa diversa funzione, essa dovrebbe essere attrezzata di personale idoneo, che oggi possiede solo in parte”<sup>1099</sup>. Pertanto, “*si los controles de la Administración han de servir para compensar las deficiencias de la labor de dirección o programación parlamentaria, se hace preciso construir un sistema de control que encierre ulteriores garantías de neutralidad y de independencia*”<sup>1100</sup>.

---

<sup>1095</sup> Il controllo correttivo non è un'attività neutrale, perché il controllore ha un proprio interesse pubblico da perseguire e, dunque, non potrebbe limitarsi ad una sorta di ruolo arbitrale. Dunque, si pone al centro degli interessi in conflitto, non deve soltanto verificare o meno l'adempimento dei parametri, ma garantire la correzione degli scostamenti.

<sup>1096</sup> Al riguardo dell'aspetto organizzativo della Corte dei Conti si afferma che “questa, come si suol dire, si dovrà attrezzare, in quanto per far fronte ai nuovi poteri avrà bisogno di adeguate risorse umane e materiali, altrimenti si rischiano inerzie o di risolvere tutto in adempimenti puramente formali, come tali poco utili ed efficaci”. G. Piperata, *op.cit.*, p. 26.

<sup>1097</sup> “*Lo decisivo es, a estos efectos, que se asegure personal, organizativa o procedimentalmente la específica distancia (independencia) que requiere el ejercicio del control*”. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma...»*cit.*, p. 92.

<sup>1098</sup> Al riguardo della Corte dei Conti, come controllore esterno, si afferma che non può essere “una magistratura esclusivamente giuridica (composta cioè di magistrati selezionati esclusivamente sulla base della loro preparazione giuridica), ma deve essere fondamentalmente una magistratura tecnica (composta cioè anche, e prevalentemente, di magistrati, che tali debbono restare, dotati della forza del loro *status*, che siano di formazione economica, contabile, esperti di scienze dell'organizzazione, e così via)”. V. Cerulli Irelli, «Per una politica dell'etica pubblica...»*cit.*, p. 42.

<sup>1099</sup> M.S. Giannini, Rapporto sui principali problemi...*cit.*, p. 27.

<sup>1100</sup> E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema...cit.*, p. 239.

A sua volta, per quanto riguarda ai controlli interni, che altrettanto possono comprendere qualsiasi tipo di parametro di giuridicità (di validità o di effettività) ed essere attuati in modo preventivo, successivo o concomitante, gli elementi della funzione e dell'attività da svolgere devono subordinare l'impostazione dell'organizzazione, rimanendo ferma la posizione del controllore all'interno dell'ordine amministrativo, sia come uffici dello stesso controllato o dello stesso insieme di controllori. Attualmente si possono identificare due forme di organizzare i controllori interni. Nella prima il controllore fa parte della struttura organizzativa dei controllati, percorso scelto dall'ordinamento colombiano, anche se, come dimostra l'ordinamento italiano, vi è una seconda forma in cui i controllori sono corpi autonomi di controllo, con competenza su più controllati e, quindi, non appartenenti alla struttura organizzativa di nessuno dei soggetti controllati, ma comunque catalogati come controllori interni in virtù della loro appartenenza all'ordine amministrativo e, principalmente, perché non detengono indipendenza statutaria. Addirittura, potrebbe anche essere esercitato da privati, come previsto nell'ordinamento colombiano dall'art. 7 della L. 87/1993.

Si afferma che nel primo caso, quando il controllo è esercitato da un ufficio appartenente al controllato, si presenta un'attenuazione del tradizionale principio di gerarchia, la sua rigidità viene attenuata o armonizzata<sup>1101</sup>, al fine di fornire autonomia e indipendenza funzionale e decisionale, come unico modo per garantire l'efficacia del controllo. Altrimenti, se l'ufficio di controllo interno si trovasse in una posizione di subordinazione del vertice della parte controllata, l'esercizio di qualsiasi forma di controllo correttivo sarebbe materialmente impossibile. Ciò è perfettamente esemplificato nell'ordinamento colombiano, in cui, ai sensi dell'art. 8 della L. 1474/2011, gli uffici di controllo interno, salvo nel caso degli enti territoriali, difficilmente godono di garanzie di imparzialità o di autonomia decisionale<sup>1102</sup>.

Nel secondo caso, quando i controllori interno sono corpi autonomi, non appartenenti alla struttura interna del controllato, ai sensi dell'art 14 del D.lgs. 150/2009, nel senso che l'organismo indipendente di valutazione della performance (OIV), che ha sostituito i servizi di controllo interno (D.lgs. 286/1999), può conformarsi attraverso dell'associazione fra amministrazione, senza, però, nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. In questo caso, di nuovo la sfida è garantire l'indipendenza, l'imparzialità e l'autonomia decisionale del controllore, perché essi vengono nominati, in ogni amministrazione, dall'organo di indirizzo politico-amministrativo, ai sensi dell'art. 14-bis del D.lgs. 150/2009<sup>1103</sup>.

---

<sup>1101</sup> Il controllo interno presuppone *“una articulación clara con el principio de jerarquía que, de antaño, ha identificado a las administraciones públicas”*. J.I. Rincón Córdoba, «El control interno...»cit., pp. 468 e 469.

<sup>1102</sup> *“La verdad es que más que independencia lo que se busca es imparcialidad, es decir que la responsabilidad asignada se asuma con la mayor objetividad posible. Se señala esto porque el responsable se incorpora a una estructura administrativa; de hecho, no solo se trata de un empleado que puede ser nombrado discrecionalmente, sino que incluso en el ámbito nacional puede ser removido de la misma manera. Es un avance el que las entidades territoriales se trata de empleados de periodo, pues la estabilidad es un presupuesto ineludible para la toma de decisiones apartadas de criterios diferentes a la legalidad, las normas técnicas y el interés general”*. Ibidem, pp. 480 e 481.

<sup>1103</sup> Si ritiene che gli OIV non abbiano superato i limiti che hanno ridotto l'indipendenza dei, sostituiti, servizi di controllo interno. *“La formale indipendenza assegnata ai OIV, decisamente ambigua atteso il potere di nomina dei*

Come già indicato, la piena attuazione della proposta dell'indagine, il cui baricentro è il rafforzamento degli effetti dei controlli (interni ed esterni), implica che la modalità organizzativa per il controllo interno sia quella in cui il controllore non è un ufficio del controllato, ma è configurato come un corpo autonomo e situato al di fuori della struttura del controllato<sup>1104</sup>. Ciò, oltre a rafforzare le garanzie di imparzialità e ad aumentare la possibilità di efficacia del controllo, costituisce un requisito indispensabile per poter realizzare “il controllo del controllore”, attraverso l'azione processuale (argomento da trattare nella numerazione seguente).

Insomma, risulta chiaro che l'impostazione organica dei controlli interni deve garantire che il controllore abbia le competenze, l'autonomia e la capacità di agire effettivamente. A questo proposito, è evidente che la questione centrale sta nel garantire la sua capacità decisionale, il che non implica solo garanzie di decisione imparziale, ma anche l'adeguata selezione di dipendenti pubblici incaricati dell'esercizio dell'attività<sup>1105</sup>. Tuttavia, è altrettanto chiaro che negli ordinamenti studiati non vi è stata una volontà politica indirizzata a impostare correttamente gli appositi uffici di controllo interno. Ciò perché gli uffici erano (e sono), per così dire, catturati dal vertice politico dell'organo controllato o perché l'effetto persuasorio (di stimolo) non si può verificare per la portata degli effetti che, nel migliore dei casi, genera sanzioni o conseguenze compensative, ma non correttive. Infatti, in Italia si ritiene che per molto tempo “i controlli interni (...) sono scomparsi o sono stati inoffensivi, per la poco nobile ragione che le ispezioni, da un lato, erano contrarie all'interesse dei politici (che avrebbero dovuto guidare l'amministrazione e, invece, ne approfittavano a proprio vantaggio) e, dall'altro, davano fastidio agli stessi burocrati, che si vedevano giudicati da propri pari”<sup>1106</sup>.

Ebbene, il secondo elemento che si intende analizzare è quello della pianificazione del controllo. A questo proposito, la sua importanza risiede nel fatto che, se si accetta la proposta di rafforzamento degli effetti dei controlli, essa costituirà l'elemento che garantisce un regime oggettivo, noto a tutte le parti interessate, che garantirà la prevedibilità e la decifrabilità di ciascuno degli elementi che compongono ognuna di rapporti di controllo<sup>1107</sup>: soggetti, oggetto, parametri,

---

competenti che comunque proviene dal vertice politico (anche previo parere...) e la relazione funzionale che lega gli OIV alla direzione politica, è contraddetta e mortificata sul piano operativo della dipendenza finanziaria degli OIV rispetto alla dotazione finanziaria degli uffici di Gabinetto del ministro nonché dalla totale soggezione politica di coloro che per gli OIV devono lavorare (cioè la *Struttura tecnica permanente*)”. A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 48 a 56.

<sup>1104</sup> Nel 2009 si affermava che “totalmente da riformare sono viceversa gli organi interni di controllo dei singoli enti (ivi compresi i collegi di revisione economico-finanziaria degli enti locali) i quali a loro volta devono essere configurati come organi terzi rispetto agli enti controllati. È ovvio che a tal fine debba essere sottratta la nomina dei componenti di tali organi alle Assemblee elettive degli enti (che ne produce la lottizzazione politica) e in qualche modo concentrata con la Sezione regionale della Corte”. V. Cerulli Irelli, «Per una politica dell'etica pubblica...»cit., p. 43.

<sup>1105</sup> Al riguardo dell'organizzazione del controllore interno nell'ordinamento colombiano, si afferma che “*dicho papel se asigna a las oficinas o dependencias en cuya cabeza debe nombrar un funcionario adscrito al máximo nivel jerárquico superior. Ese servidor público debe asumir su función con la mayor independencia posible y tener a su cargo personal multidisciplinario que le sirva de apoyo en la labor de medición, evaluación y seguimiento del control interno*”. J.I. Rincón Córdoba, «El control interno...»cit., p. 480.

<sup>1106</sup> S. Cassese, Rapporto sulle condizioni...cit., p. 55.

<sup>1107</sup> “La pianificazione è un'attività che richiede approfondite e specifiche cognizioni dei settori da controllare. Il procedimento di pianificazione funge da strumento di indirizzo del processo di controllo. In particolare, ha la funzione di fornire le conoscenze di base e le informazioni necessarie per delineare il programma stesso e il suo ambito. Un

giudizio e misure. Insomma, costituisce l'elemento che, a priori, limita e razionalizza l'attività di controllo, nel senso di che determina la cornice in cui deve essere esercitato, di forma legittima<sup>1108</sup>, un potere che, ormai, sarà dotato di effetti incisivi che richiedono confini ben precisi.

Inoltre, al fine di ampliare la legittimità delle risultanze del controllo, cioè, di allargare l'accettazione e l'obbedienza, da parte dei controllati, degli esiti del controllo nonché al fine di assicurare la realizzazione delle misure necessarie per rispondere alle criticità, è importante, nella fase di pianificazione, che vi siano spazi adatti alla partecipazione dei soggetti interessati, soprattutto il coinvolgimento del controllato e della cittadinanza. Le contributi di essi dovrebbero essere circoscritti alla determinazione dei controllati e dei parametri di controllo, non si tratta di una legittimazione generale.

La pianificazione di qualsiasi attività amministrativa, compreso il controllo amministrativo, ha parecchie sfacciate e tante altre motivazioni<sup>1109</sup>, tuttavia, qua si vuole sottolineare come i processi di pianificazione<sup>1110</sup>, o se si vuole di programmazione strategica<sup>1111</sup>, fornisce le regole di gioco oggettive poiché devono contenere tutti gli elementi che permettono, nel caso concreto, determinare la portata diverse prospettive del controllo<sup>1112</sup>, inclusi i "programmi che definiscano indicatori, parametri e criteri di riferimento del giudizio di controllo"<sup>1113</sup>. In questo senso, occorre sottolineare che gli strumenti di pianificazione dell'attività amministrativa, come il *budgeting*, non

---

programma adeguato facilita, rende maggiormente comprensibile e realistico il controllo. La pianificazione e il suo continuo aggiustamento secondo il modulo della circolarità si svolgono durante tutta l'attività di controllo". A. Crismani, *op.cit.*, p. 263.

<sup>1108</sup> "La experiencia histórica muestra, por lo demás, sin lugar a dudas, que no hay poder, ni privado ni público, que no aspire a ser considerado legítimo por quienes han de soportarlo o, al menos, por quienes contemplan su despliegue, que se resigne de antemano a presentarse ante unos y otros como mera expresión de la más pura arbitrariedad". T.-R. Fernández, *De la arbitrariedad...cit.*, p. 207.

<sup>1109</sup> Nell'ambito dell'amministrazione di risultato e della gestione tramite contratti pubblici si afferma che essa "non può che influire notevolmente sul modulo di gestione dell'organizzazione e, quindi, anche sull'approntamento di controlli e sistemi di *audit*, siano essi interni o esterni all'amministrazione, coerenti con il diverso modulo organizzativo. Il modello di amministrazione in questione, infatti, presuppone un sistema che prenda le mosse dalle attività di programmazione e progettazione in senso ampio, ossia, dall'individuazione dei bisogni ritenuti meritevoli di essere soddisfatti, nonché dei modi (puntuali) di soddisfazione degli stessi e, quindi, dalla definizione degli *standard* di risultato, cui fanno seguito, in ordine cronologico, l'attuazione dell'intervento tramite l'affidamento di un contratto pubblico e la relativa esecuzione, nonché da ultimo, la verifica del raggiungimento degli *standard* predefiniti". D. Senzani, «"Amministrazione di risultato" e gestione...»cit., pp. 142 e 143.

<sup>1110</sup> Cfr. Sabina Ponzo, *Il sistema delle informazioni per la pianificazione e il controllo nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2009.

<sup>1111</sup> Si ritiene che la programmazione strategica si componga, di regola, da sei fasi: i) l'identificazione del soggetto della missione o mandato, dei destinatari e degli interessati; ii) la strutturazione di programma (*program structuring*) e l'elaborazione connessa degli indicatori di programma; iii) la misurazione delle prestazioni e gli indicatori di efficienza e di risultato nel processo di programmazione strategica; iv) la progettazione (o "ingegnerizzazione") dei programmi, la specificazione delle azioni e la gestione dei progetti; v) l'analisi dei costi e il bilancio di programma (*program budgeting*); vi) il monitoraggio. Si veda, Franco Archibugi, *Compendio di programmazione strategica per le pubbliche amministrazioni: 18 lezioni per corsi brevi*, Firenze, Alinea, 2004, p. 69 a 78.

<sup>1112</sup> L'importanza della pianificazione si evidenzia a livello normativo. Ad esempio, Ai sensi del comma 4, dell'art. 3 della L. 20/1994 la Corte dei Conti deve agire secondo programmi annuali, che permettano un esame orientato di volta in volta alle materie, ai settori e alle gestioni ritenuti cruciali. Altrettanto accade nell'ordinamento colombiano, in cui la *Contraloría General de la República* deve, ai sensi dell'art. 33 e 34 del D.l. 267/2000, in base ai cui, ad esempio, è stata emanata la Risoluzione 024/2019 di "*reglamentación, procedimiento y coordinación de resultados de la actuación especial de fiscalización y el proceso de responsabilidad fiscal*".

<sup>1113</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1382.

costituiscono dei meccanismi di controllo, in senso stretto<sup>1114</sup>, anzi, si tratta di strumenti di *policy*, un piano per l'attuazione della politica del governo, in cui si fissano gli obiettivi dell'azione amministrativa, si individuano le strategie necessarie a raggiungerli e si allocano le risorse a capo dei responsabili, però che costituisce una attività in sé stessa (pianificazione) non incorporata nel controllo. In prassi, non è possibile che gli effetti giuridici del controllo correttivo si producano in fase di pianificazione del bilancio pubblico. Anzi, l'ampia e diversa informazione in esso contenuta costituisce presupposto del corretto esercizio dei controlli, in pratica, si tratta della materializzazione dei parametri di controllo del bilancio pubblico (fiscale), sia di legittimità o di gestione.

La pianificazione, quindi, permette che tutti gli elementi del controllo, soprattutto gli obiettivi concreti<sup>1115</sup>, siano determinati o, meglio, predeterminati, rispetto all'inizio dell'attuazione di controllo. Ciò, come manifestazione tradizionale del principio di legalità e della direzione dell'attività amministrativa attraverso programmi condizionali e programmi finali<sup>1116</sup>, costituisce una garanzia essenziale sia per il controllore, sia per il controllato, sia per gli altri poteri pubblici e, più importante, sia per tutti i soggetti privati. Si tratta quindi di uno strumento di "autovincolo"<sup>1117</sup>, che fornisce garanzie di tipo negativo e positivo poiché, ad esempio, attraverso la previa determinazione delle norme di controllo si garantisce, in un'ottica positiva, permette che il giudizio di conformità sia oggettivo e, da un'ottica negativa, stabilisce il limite del controllo, mettendo in evidenza il confine tra attività di controllo e attività controllata<sup>1118</sup>.

Inoltre, la pianificazione assume maggiore importanza se si ricorda che né il controllo giurisdizionale né i meccanismi di controllo amministrativo sono in grado di coprire l'intero spettro dell'azione amministrativa, pertanto, occorre pianificare e stabilire delle priorità. In tal modo, la pianificazione dovrà materializzare il ruolo complementare tra questi tipi di controllo, in modo da coprire reciprocamente le loro debolezze, dare priorità ai settori ai quali l'altro non arriva e in breve, favorire il controllo pieno. In questo senso, il ruolo del legislatore diventa essenziale, nella misura che esso deve stabilire la cornice di programmazione o pianificazione, in base a criteri di trasparenza, semplificazione e chiarezza.

---

<sup>1114</sup> La dottrina italiana più autorizzata ritiene che il *budgeting* costituisce un tipo di controlli che "simulano a preventivo, lo svolgimento della gestione per valutare la fattibilità dei programmi predisposti nella fase di pianificazione strategica e la congruenza fra le risorse stanziare e gli obiettivi attesi". *Ibidem*, p. 1383.

<sup>1115</sup> "La definizione degli obiettivi costituisce, insomma, il *prius* -logico e cronologico- di ogni sistema di controllo sui risultati di una gestione, pur avendo finalità diverse nel controllo interno e nel controllo esterno". *Ibidem*, p. 1365.

<sup>1116</sup> Ciò implica la distinzione tra due metodi decisionali che, in ogni caso, si basano sulla programmazione prestabilita. Dunque, "*la dirección de la actividad administrativa a través de programas condicionales lleva vinculada la forma de decidir tradicionalmente caracterizada como subsunción, y la dirección de la actividad administrativa a través de programas finales o teleológicos (mandatos de optimización) remite a otra estructura argumentativa decisoria específica: la ponderación*". J.M. Rodríguez de Santiago, *op.cit.*, pp. 26 e 27.

<sup>1117</sup> La pianificazione, materializzata nei programmi annuali, costituisce un "autovincolo per l'autorità di controllo, impedendole di scegliere i propri oggetti di controllo di volta in volta a propria e assoluta discrezione e, per converso, concorrendo ad assicurare, (...) anche a garanzia dell'ente in concreto controllato, la razionalità e la trasparenza dell'operato dell'organo di controllo". G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1382.

<sup>1118</sup> "*Las normas de control cumplen una función positiva (...). Desde este punto de vista, el juicio de contraste fundamentado en normas de control constituye un enjuiciamiento eminentemente objetivo. (...) Las normas de control también cumplen una función que podemos calificar como negativa (...) determinan los límites del control (...) y, por ello, evita la confusión de las funciones jurídicas*". J. Agudo González, *op.cit.*, pp. 438 e 440.

In questo senso, sulla base della reinterpretazione del principio di legalità, che si è alleggerito e non può più essere concepito in termini assoluti, è logico che il legislatore (nella legge) debba stabilire gli elementi minimi di pianificazione, al fine di impostare il quadro per ulteriori sviluppi. Cioè, per l'esecuzione del controllo amministrativo è sufficiente con una copertura legale, senza essere necessario uno sviluppo profondo e dettagliato. Di conseguenza, nella catena di fonti giuridiche del controllo, il ruolo del controllore diventa importante perché esso deve, prima o poi, completare il percorso di pianificazione: determinare i controllori, stabilire i parametri del controllo, e così via. Ebbene, qualificare l'atto di pianificazione non è un compito semplice. Tuttavia, nella logica sistematica riferita, si potrebbe affermare (per riferimento al sistema) che si tratta di un atto amministrativo generale, ma non un atto normativo<sup>1119</sup>, poiché anche se è generale, non è astratto. Cioè, non è applicabile ad una pluralità indeterminata di casi, ma solo a quelli casi programmati periodicamente (annualmente).

Infine, l'ultimo elemento del regime giuridico che si analizza è quello del procedimento di controllo. Questo ancora sarebbe un argomento molto ampio, impossibile da attendere in modo adeguato in questa indagine. Pertanto, l'attenzione sarà incentrata, prima, sui vantaggi che derivano, in una logica sistematica, dal concepire il processo di controllo come un procedimento amministrativo e, secondo, sul metodo specifico di esecuzione del giudizio di conformità, in funzione del tipo di competenza da controllare.

In quanto al primo argomento, è palese che l'atipicità e l'asistematicità della tipologia dei controlli si riflette sul procedimento di attuazione di ogni meccanismo. Si può affermare che esiste un rapporto direttamente proporzionale tra i meccanismi di controllo e le procedure di esecuzione, il che rende la disciplina troppo complessa e difficoltà la sua attuazione. Infatti, secondo la disciplina in vigore, il procedimento di esercizio dei diversi controlli soltanto può essere caratterizzata, in modo comune, dal fatto che ogni controllo "si articola in due fasi"<sup>1120</sup>. Tutti e due sono fedelmente impostate e sviluppate sui binari classici della fissazione con la validità e di prevalenza della forma<sup>1121</sup>: così, la prima si intende riferita all'accertamento dei parametri di controllo e, la seconda, riferita allo svolgimento del giudizio di conformità o meno con i parametri. La finalità di queste due fasi non è chiara, forse, in ragione dell'indeterminazione sulla natura del controllo e dei suoi atti.

Tuttavia, la logica sistematica che rege questa indagine, permette di proporre che gli elementi che conformano l'istituzione rinnovata del procedimento amministrativo possano/devano influenzare il procedimento di controllo. Infatti, il procedimento non è solo una serie di tappi

---

<sup>1119</sup> Se l'atto di pianificazione fosse astratto sarebbe un atto normativo. Tuttavia, la distinzione fra atto normativo ed atto generale è difficile. La mancanza dell'astrattezza potrebbe distinguere l'atto amministrativo generale dall'atto normativo, le cui norme possiedono anche questo carattere. Si veda: B.G. Mattarella, «Il provvedimento...»cit., p. 362 a 364.

<sup>1120</sup> E. Romano, *op.cit.*, p. 568.

<sup>1121</sup> Questa immagine del procedimento di controllo, composto da due fasi formali, è più in regola con l'immagine tradizionale del procedimento amministrativo, secondo cui esso è "definito come la serie di atti ed attività funzionalizzati all'adozione del provvedimento amministrativo che rappresenta l'atto finale di tale sequenza". F.G. Scoca, *Diritto amministrativo...cit.*, p. 212.; J.O. Santofimio Gamboa, *Compendio...cit.*, p. 341 a 373.

formali e neanche si presenta esclusivamente quando forma di tutelare gli interessi dei privati<sup>1122</sup>, perché in assenza di interesse diretto, il procedimento fornisce garanzia di rispetto oggettivo dell'ordinamento: anche in assenza di una posizione soggettiva di un privato in gioco, il potere amministrativo deve essere controllato e, a tal fine, il procedimento è uno strumento utile per garantire la ragionevolezza di qualsiasi decisione<sup>1123</sup>.

Dunque, il cambio di paradigma del procedimento amministrativo<sup>1124</sup>, si deve irradiare anche nei procedimenti di controllo, il che significa che esso (tutti essi) dovrà essere regolato secondo i principi applicabili a qualunque altro procedimento amministrativo, a seconda che applichino, come il dovuto processo, la contraddizione, la trasparenza, la pubblicità, la doppia istanza, per citare alcuni. Allo stesso modo, può essere fattibile, anche necessario che, allorché i meccanismi di controllo agiscono come strumenti di tutela dei privati, non in tutti i casi forniscano una tutela piena (rispetto dei parametri di giuridicità e risarcimento), poiché in alcuni casi la tutela da dispensare può essere parziale<sup>1125</sup>.

Sulla base di queste idee si può affrontare l'ultimo argomento del regime giuridico, relativo alla metodologia di esecuzione del giudizio di conformità. Essa, sulla scia dei ragionamenti dell'indagine, dovrebbe rispondere a una logica coerente e sistematica, che non esiste ad oggi perché, malgrado si ritenga che il giudizio, avendo come parametri delle regole prestabilite, può essere di conformità o difformità, ovvero di parziale conformità o difformità, si afferma che vi sono tante forme di giudizi come regole che governano l'azione amministrativa: "siccome le regole dell'azione amministrativa sono innumerevoli, altrettanto lo sono i possibili giudizi che riguardano l'attività (o le inattività) delle amministrazioni"<sup>1126</sup>. Tuttavia, se come è stato sottolineato, tutti i criteri di azione amministrativa sono parametri di giuridicità, ciò comporta che nel caso concreto, a prescindere della loro natura legale o meno (tecnica, di efficacia, di economicità, ecc.) devono essere condensati in regole e, come tale, governano sia l'esercizio dell'attività amministrativa sia il suo controllo.

---

<sup>1122</sup> Resta inteso che la procedura amministrativa è strettamente legata alla tutela degli interessi privati. "Nel diritto amministrativo di tutti gli stati contemporanei è stata elaborata una serie di principi che fanno del procedimento il primo, in ordine di tempo, dei luoghi in cui il privato viene tutelato: tutelato contro un accertamento dei fatti insufficiente o unilaterale, contro una indebita sottovalutazione dei suoi interessi, contro una decisione irragionevole non giustificata dalle premesse fattuali, ecc.". G. Corso, *L'attività amministrativa...cit.*, p. 83. Tuttavia, ciò non significa che in assenza di un soggetto privato interessato non ci possa essere un procedimento amministrativo, comunque, indirizzato a garantire la ragionevolezza dell'azione amministrativa.

<sup>1123</sup> "Naturalmente l'esame di ragionevolezza può riguardare sia il procedimento, sia la decisione che hanno portato all'emanazione (o alla non emanazione) dell'atto. (...) Ora una norma stabilisce "matematicamente" che un provvedimento senza motivazione è automaticamente illegittimo. La logica non è più "sfocata", ma cogente". F. Merusi, *La legalità amministrativa...cit.*, pp. 74 e 75.

<sup>1124</sup> Nel senso che *"el procedimiento puede servir, bien para resolver qué respuesta ha de dar la Administración en el caso concreto, o bien para determinar cómo ha de decidir cuándo la ley no ha predeterminado un resultado final. El procedimiento, pues, como mecanismo aplicativo del derecho o como método de búsqueda de soluciones no diseñadas por la ley"*. J. Barnes, «Sobre el procedimiento administrativo...»*cit.*, p. 271.

<sup>1125</sup> Cfr. M. Domínguez Marín, *op.cit.*, p. 98.

<sup>1126</sup> G. D'Auria, «I controlli...»*cit.*, p. 1361.



In questo senso si parla di “norme di condotta/azione” oppure di “norme di controllo”<sup>1127</sup>, che al riguardo del controllo giurisdizionale, in virtù di espressa disposizione Costituzionale, implica una differenza sostanziale fra di loro poiché il giudice, di regola, deve limitare il sindacato alla verifica della legalità – validità<sup>1128</sup>. Ecco il nucleo della costruzione classica della discrezionalità, come spazio riservato alla amministrazione e protetto dal controllo giurisdizionale. Addirittura, nel contesto dell’ampliamento dei poteri di controllo dei giudici, al fine di garantire che anche l’esercizio della discrezionalità sia sottomesso pienamente al Diritto, si verificano limitazioni poiché il controllo deve essere sempre ricondotto ad alcun vizio di legittimità, ad esempio, il vizio di eccesso di potere (che non comprende la mancanza di esercizio del potere), senza poter rivolgersi sulla discrezionalità pura (merito o opportunità). E non è tutto, vi sono ulteriori limiti, poiché nei casi in cui si verifichi “l’eccesso di potere”, il giudice, di regola, non può sostituire la propria valutazione a quella dell’amministrazione, e deve limitarsi a controllare che la seconda si sia formata correttamente.

Tuttavia, questa indagine ha tentato di dimostrare che quella barriera, propria dai giudici e che contribuisce al mito della pienezza del controllo, non esiste nei casi dei meccanismi che conformano l’attività amministrativa di controllo: qua, le norme di controllo avranno la stessa portata di quelle di condotta, il controllore ricostruisce quest’ultime per verificare la correttezza della loro costruzione e il loro rispetto pieno<sup>1129</sup>. La funzione del controllore è propria quella di verificare il corretto esercizio delle competenze e dei criteri di azione, dunque, le norme di controllo non cambiano, non si riducono -non potrebbero essere ridotte- ai criteri di legalità-validità. Ciò implica che, metodologicamente, il giudizio di conformità, eseguito dal controllore, si assomiglia al giudizio di attuazione, eseguito *a priori* dal controllato. Questo è chiaro nel caso dei controlli interni di tipo contenzioso (ricorsi amministrativi), in cui le norme di condotta e le norme di controllo includono tutti i criteri di azione, inclusi i parametri di merito o opportunità<sup>1130</sup>.

---

<sup>1127</sup> “Para adoptar la decisión que reclamen un caso concreto, sin embargo, en los supuestos de facultades discrecionales (no completamente programadas) de la Administración, esta tiene que “construir su norma de conducta”, en una labor que va a caracterizarse como un proceso de progresiva acumulación de criterios (de legalidad y de oportunidad) que completan y concretan el texto inicial de la norma aplicable hasta referirlo óptimamente al caso sobre el que debe decidirse. Es al programa normativo ya completado con todos los criterios adicionales necesarios y oportunos para que se pueda subsumir el relato fáctico de forma que quede justificada la decisión (...) El concepto de norma de control es el que identifica los criterios con los que se va a llevar a cabo la tarea de revisar o enjuiciar esa primera decisión administrativa”. J.M. Rodríguez de Santiago, *op.cit.*, pp. 24 e 25.

<sup>1128</sup> La norma di controllo giurisdizionale “viene constituida solo por la norma jurídica que otorga la potestad discrecional, completada por los criterios de legalidad que se requieran (interpretación conforme a la Constitución o al Derecho europeo, por ejemplo), pero ciega, en principio, a os criterios de oportunidad que haya decidido utilizar la administración”. *Ibidem*, p. 25.

<sup>1129</sup> Ciò non implica la loro ampiezza assoluta, perché nel caso specifico devono essere costruite in base all’attività amministrativa corrispondente. Piuttosto, la loro corretta determinazione svolge una funzione fondamentale di limitazione e razionalizzazione del controllo. Si veda: J. Agudo González, *op.cit.*, p. 433 a 470.

<sup>1130</sup> “La interposición de recurso ante el mismo órgano que ha dictado la resolución o ante su superior jerárquico pone a estos en la situación de “adoptar una nueva decisión”. Desde un punto de vista metodológico, esto podría explicarse diciendo que el órgano que resuelve recurso “vuelve a decir”, mediando una nueva fijación de los hechos y una “reconstrucción” de la norma de conducta (con criterios adicionales de legalidad y oportunidad) para ir a parar en la decisión más correcta que proceda”. J.M. Rodríguez de Santiago, *op.cit.*, p. 143.

In tale contesto, come indicato sopra, la questione della metodologia per lo svolgimento della prova di conformità nel caso dell'attività di controllo amministrativo si sposta dalla natura dei parametri, che è ora è unica e uniforme (parametri di giuridicità), alla natura delle competenze controllate (vincolate o discrezionali), da cui deriva, fundamentalmente, in due modi, forme o modalità di esercizio e controllo: la sussunzione, nel caso delle vincolate, e la ponderazione, nel caso delle discrezionale. A questo proposito è necessario ricordare due aspetti (comma 2, Sezione 3, Capitolo 2), in primo luogo, nel controllo delle competenze discrezionale deve essere analizzato il *quantum* (il fine da raggiungere, la densità normativa e il perimetro normativo) che costituisce un controllo di legalità puro e semplice, dopodiché esiste veramente il margine di libertà, ugualmente controllabile. In secondo luogo, quando il risultato del controllo è negativo, la maggiore incisività delle misure non ridurrà l'autonomia decisoria, non vi sarà alcuna co-amministrazione perché, di regola, la decisione finale corrisponde sempre al controllato, a meno che, nel caso specifico, le diverse opzioni di scelta che derivano della discrezionalità possano essere ridotte a una.

A questo punto è chiaro perché il controllo dell'attività amministrativa non può finire con una semplice verifica e, al contrario, la garanzia della sua limitazione e razionalità richiede che determinati meccanismi, quelli correttivi, siano dotati della capacità di emettere misure con effetti incisivi-correttivi. Tuttavia, ciò non è sufficiente, l'effettiva garanzia di controllo pieno implica anche l'incorporazione della fase successiva all'adozione della misura, al fine di verificarne la sua esecuzione, le possibili situazioni che la interrompono e realizzare il relativo riscontro per futuri esercizi di controllo. Questi sono i temi meritano un esame più approfondito in seguito.

### **3. Vicende ulteriori alla conclusione del procedimento di controllo: impugnabilità, attuazione della misura e riscontro**

In ogni ordinamento giuridico deve essere determinato l'insieme dei meccanismi di controllo che, secondo le loro esigenze specifiche, sono chiamati a integrare l'attività di controllo amministrativo. Ciò significa che questi meccanismi saranno dotati di una maggiore incisività, rispetto ai tradizionali controlli amministrativi, ma simile a quella dei tradizionali controlli di legittimità: essa è materializzata nei loro effetti (diretti, concreti e certi) e risulta necessaria per garantire la pienezza del controllo.

In questo contesto, secondo la proposta dell'indagine, al termine del procedimento di controllo dei meccanismi che conformano l'attività amministrativa studiata, si deve emettere il corrispondente atto di controllo, cui contenuto può essere positivo o negativo, a seconda dei risultati della verifica dell'adempimento dei parametri di azione. In questo contesto, occorre sottolineare che, nel caso di risultato negativo, l'argomento centrale è quello dell'attuazione della misura, poiché, come accennato, nel diritto amministrativo contemporaneo, non è sufficiente con l'agire legittimo e conforme ai parametri, si richiede che l'azione amministrativa sia effettività e soluzione problematiche pratiche. Tuttavia, a questo punto si ripropone una delle domande fondamentali: chi controlla il controllore? La presente indagine ha dimostrato come, ad oggi, sia diventato chiaro che

l'attività amministrativa di controllo non è assoluta o infallibile, anzi, le sue decisioni possono anche contenere deformità rispetto alla legge o al Diritto e, di conseguenza, alla stregua di qualsiasi altra manifestazione del potere pubblico, deve essere controllata. Pertanto, sui binari dei ragionamenti dell'indagine, gli atti conclusivi di controllo, in linea di massima, dovrebbero essere controllabili dal giudice.

La prospettiva della costruzione sistematica supporta questa posizione perché, se il controllo studiato è un'attività amministrativa, di regola, il giudice deve controllarla. Così si garantisce la tutela giurisdizionale effettiva, la separazione dei poteri (divieto di alcun potere privo di controllo) e il giudice si erge come *l'ultima ratio* di controllo dell'attività amministrativa, compresa quella di controllo. Tuttavia, la possibilità di impugnare gli atti di controllo è stata, come ci si può aspettare, una questione difficile e variabile nei due ordinamenti giuridici. Infatti, nella disciplina odierna non vi è una regola generale al riguardo della sindacabilità giudiziale degli atti di controllo, ciò mette luce l'asistematicità dell'argomento e, bensì, a seconda del caso vi sono delle regole particolari che stabiliscono se l'atto è impugnabile o meno. La soluzione del problema della sindacabilità degli atti di controllo richiede, innanzitutto, spiegare l'origine dell'assetto odierno, che era governato dalla insindacabilità degli atti di controllo.

A questo proposito è possibile riconoscere che questa posizione si è basata su ragioni comuni, a prescindere dal fatto che si trattasse di controllo interno o controllo esterno, e derivati, fondamentalmente, della natura collaborativa del controllo e della debole incisività dei suoi effetti. In concreto, se gli atti di controllo non producono effetti incisivi, ma soltanto collaborativi e strumentali, risulta ovvio che non si configurino mai gli elementi conflittuali o lesivi di situazioni giuridiche che abilitino l'utilizzo degli azioni processuali.

Per quanto riguarda i controlli interni, tranne nel caso di ricorsi amministrativi, in cui non vi sono dubbi sulla natura dell'atto di controllo come atto amministrativo, sindacabile dinanzi al giudice, il risultato dei controlli interni, sia positivo che negativo, non può essere impugnato. Infatti, il carattere collaborativo di questi controlli, che si concretizza nei suoi effetti poco incisivi, oltre ad essere espressamente riconosciuto<sup>1131</sup>, viene presentato come una caratteristica positiva, nel senso che si tratta di controlli di tipo preventivo e non sanzionatorio o repressivo<sup>1132</sup>, come potrebbe essere il controllo giurisdizionale. Questo spiega, inoltre, che storicamente “i controlli interni, siccome si occupano di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione e, cioè, dei modi e dei mezzi con i quali essa opera (le strutture, i procedimenti, le tecnologie, il personale, la gestione finanziaria), sono rimasti estranei al dibattito sull'amministrazione come autorità-potere nei confronti dei cittadini”<sup>1133</sup> e, pertanto, i suoi risultati non devono essere impugnabili.

---

<sup>1131</sup> La dottrina italiana affermava, al riguardo dei controlli interni previsti nel D.lgs. 286/1999 che “appare evidente che essi rispondono ad una logica essenzialmente collaborativa nei confronti degli organi cui spettano le responsabilità della gestione e l'indirizzo”. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1431. Questi commenti possono essere estesi anche ai controlli della *performance*, del D.lgs. 150/2009, e ai controlli interni dell'ordinamento colombiano.

<sup>1132</sup> Si afferma che l'importanza e utilità del controllo interno risiede nel fatto che “*dentro del contexto jurídico actual, en el que los males reprochables jurídicamente deben ser atacados desde sus causas, con independencia de que mediante sistemas punitivos se pretenda su castigo en sede administrativa o judicial*”. J.I. Rincón Córdoba, «El control interno...»cit., p. 465.

<sup>1133</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1372.

In sintesi, se si considera che tutti i meccanismi di controllo interno e i loro effetti, salvo poche eccezioni (ricorsi amministrativi), si esauriscono all'interno della struttura del controllato, la questione relativa alla contestabilità degli atti conclusivi è del tutto estranea alle preoccupazioni giuridiche.

A sua volta, nel caso del controllo esterno l'argomento diventa un po' più complesso, ma comunque è segnato dal carattere collaborativo dei controlli esterni. L'unica certezza, verificabile in tutti e due gli ordinamenti studiati, si trova nel caso in cui il risultato del controllo sia positivo, poiché ciò implica che il controllore non ha trovato difformità nell'oggetto controllato e, quindi, il controllato non avrà nulla da obiettare. Tuttavia, qualsiasi disaccordo dalla parte dei soggetti privati, i quali ritengano che l'attività amministrativa controllata causi loro un danno o sia illegittima, implica che essi devano impugnare, non l'atto di controllo, ma quello controllato oppure agire contro l'attività controllata. In questo modo si garantisce la tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, si afferma che l'esito positivo del controllo "non esclude, peraltro, che gli atti riconosciuti legittimi siano pur essi impugnabili, secondo le regole generali, davanti ai giudici, in quanto assunti come lesivi di diritto o interessi dei loro destinatari"<sup>1134</sup>.

Per contrario, nel caso di risultato negativo, la posizione originaria riteneva che, a prescindere del parametro di controllo, gli atti conclusivi erano insindacabili, situazione che, comunque, non si estendeva agli atti strumentali, ad esempio, quello di pianificazione annuale dell'attività<sup>1135</sup>. Le ragioni di questo assetto si derivavano dalla natura del rapporto fra controllore e controllato, quindi, si ritiene che "il rapporto di accessività (...) spiega pure come i giudizi espressi in relazioni, rapporti o referti resi dall'autorità di controllo esterne all'esercizio della funzione amministrativa non siano impugnabili davanti alcun giudice"<sup>1136</sup>.

Pertanto, si affermava che "il principio di legalità esige che l'ordinamento assicuri ai singoli la possibilità di una tutela, al di là di un intervento della Corte dei conti, delle posizioni soggettive ad essi riconosciute. E tale possibilità viene offerta attraverso la denunciabilità, davanti ai giudici competenti, da un lato, degli atti amministrativi, che, per essere illegittimi secondo chi agisce in giudizio, abbiano ottenuto indebitamente il visto; e, dall'altro, del ritiro da parte dell'amministrazione (anziché portarli alle necessarie conseguenze attraverso l'ammessa richiesta con visto di riserva) di quegli atti amministrativi nei confronti dei quali chi agisce in giudizio ritenga che, essendo essi illegittimi, il visto di diritto comune sia stato indebitamente negato"<sup>1137</sup>.

In questa logica, sia nell'ordinamento colombiano sia nell'ordinamento italiano, si ritiene che gli atti conclusivi dei controlli esterni non incidano direttamente sulle situazioni giuridiche dei soggetti interessati e, inoltre, non sono atti amministrativi, pertanto, non sono impugnabili. In concreto, nell'ordinamento italiano si afferma che, sia nel controllo preventivo sia nel controllo successivo, "gli atti di controllo, poiché non incidono direttamente in situazioni soggettive altrui,

---

<sup>1134</sup> *Ibidem*, p. 1360.

<sup>1135</sup> L'insindacabilità degli atti di controllo, da tempo, non si intendeva estesa agli atti strumentali del controllo, ad esempio, gli atti attraverso i quali la Corte dei Conti determina gli enti sottoposti al controllo successivo di gestione. Si veda, *Ibidem*, p. 1375.

<sup>1136</sup> *Ibidem*, p. 1403.

<sup>1137</sup> Nella nota al piede, citando A.M. Sandulli. *Ibidem*, p. 1375.

non sono impugnabili davanti ad alcun giudice<sup>1138</sup>, fatto salvo alcuni dei controlli della Corte dei Conti, esercitati dalle Sezioni Regionali, come quello di preclusione dei programmi di spesa per i quali la stessa Corte abbia accertato la mancata copertura o l'insussistenza della sostenibilità finanziaria o quello che negano l'approvazione dei piani di risanamento degli enti locali<sup>1139</sup>. Dunque, si mette in luce come la natura accessoria e strumentale del rapporto, materializzato negli atti conclusivi di carattere collaborativo, implica che quest'ultimi non siano impugnabili.

A sua volta, nell'ordinamento colombiano non vi sono studi approfonditi sul tema. Forse perché esiste accordo al riguardo degli effetti poco incisivi degli esiti. Infatti, il controllore esterno della gestione e dei risultati (*Contraloría General de la República*) ha concettualizzato che gli atti conclusivi dei controlli esterni successivi non siano atti amministrativi, perché non creano, modificano o estinguono alcuna situazione giuridica, e, pertanto, non sono impugnabili davanti ad alcun giudice<sup>1140</sup>. Il concetto non si riferisce ai controlli preventivi e concomitanti, introdotti di recente tramite la riforma costituzionale introdotta con l'A.l. 04/2019, tuttavia, si può anticipare che il contenuto del concetto sarà estensibile a queste due nuove modalità.

Questo modello di insindacabilità non poteva reggere a lunga poiché, contrariamente al contenuto minimo dei principi derivanti dallo Stato di diritto e al divieto dell'arbitrarietà, è basato su una logica in cui l'attività amministrativa deve essere controllata solo se lede una situazione giuridica soggettiva, il che implica avallare l'esistenza di spazi dell'attività amministrativa privi di controllo, dove si potrebbe agire contro il Diritto o in modo arbitrario.

Pertanto, dai primi eventi in cui è stata ammessa la sindacabilità degli atti di controllo (quelli indicati nei casi di atti di strumentali di pianificazione o negli atti di controllo specifici in relazione alle entità territoriali) si è riconosciuto che il carattere collaborativo e il rapporto accessorio e strumentale non era sufficiente per vietare la sindacabilità e impedire la tutela del diritto oggettivo

---

<sup>1138</sup> “Nel controllo preventivo, l'atto di controllo non incide direttamente sulle posizioni dei soggetti interessati all'atto amministrativo (che resta nella disponibilità dell'amministrazione, anche attraverso la possibilità di ottenere la “registrazione con riserva”) e, comunque, non è un atto della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 113 cost.; esso promana, infatti, non da un organo dall'amministrazione, ma -come detto-da un'autorità, indipendente del governo, avente la natura di “potere dello Stato” (...) Nel controllo successivo, le relazioni, i rapporti, ecc. si inseriscono in procedimenti il cui atto conclusivo (la misura) appartiene alla competenza di altri organi, onde il “riferire” della Corte dei conti, espresso da posizione indipendente nei confronti del governo (e, anzi, nei confronti dei governi: statale, regionali, locali), è anch'esso estraneo alla funzione amministrativa e promana ugualmente da un “potere dello Stato”. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 576.; A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 181.

<sup>1139</sup> In relazione con la competenza delle Sezioni regionali della Corte dei Conti “precludere agli enti locali e agli enti sanitari, mediante apposite pronunce, l'attuazione dei programmi di spesa per i quali la stessa Corte abbia accertato la mancata copertura o l'insussistenza della sostenibilità finanziaria (...) la Corte costituzionale ha ritenuto che le relative pronunce della Corte dei conti ben possano formare oggetto di impugnativa davanti a un giudice, che dovrebbe essere identificato, data la loro natura provvedimento, nel giudice amministrativo e, in effetti, così è avvenuto nella prima fase di attuazione”. G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 576 a 577.; S. Siragusa, G. Pizziconi, *op.cit.*, p. 45 aa 55.; Luigi De Maio, «Il tramonto del principio dell'insindacabilità dell'atto di controllo», Stefano Alfonso, Domenico Crocco (a cura di), *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, Napoli, Jovene, 2014, p. 105 a 123.

<sup>1140</sup> “El informe de auditoría no es un acto administrativo, en razón a que el mismo no crea, modifica o extingue una situación jurídica. Las determinaciones que en él se consignan no tienen la prerrogativa de cambiar la situación administrativa del ente auditado, en razón a que, de configurarse hallazgos, sean estos disciplinarios, penales o fiscales, darán lugar a los procedimientos correspondientes, pero en otras instancias. Por tanto, no es objeto de los recursos administrativos, medios de control de nulidad por inconstitucionalidad, nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho”. Concetto CGR-OJ-0039-2018 della *Contraloría General de la República*.

oppure la correttezza dell'esercizio del controllo. Inoltre, a questi eventi sono stati aggiunti altri come quello riferito all'inosservanza dei limiti invalicabili della portata dell'attività di controllo, che "legittimerebbe l'apertura di un conflitto (di amministrazione o di attribuzione, o anche giudiziario) nei confronti dell'autorità di controllo, a difesa delle prerogative proprie"<sup>1141</sup>, oppure quello, veramente controverso, riferito "all'eventuale "eccesso di controllo" della Corte, configurabile allorquando gli elementi da questa richiesti (all'ente pubblico o, per estensione, all'Amministrazione sottoposta a controllo) esorbitino dalla gestione del soggetto sottoposto a controllo"<sup>1142</sup>, nel quale la situazione si considera conoscibile da parte del giudice amministrativo.

La verifica delle situazioni in cui è consentito contestare gli atti di controllo permette di analizzare se, nell'ambito della proposta presentata nella presente richiesta, il risultato sarebbe uguale. La risposta è categoricamente negativa, poiché la regola generale sarebbe l'impugnabilità, senza implicare una regola assoluta, perché dovrebbero essere introdotte (ragionevolmente) le limitazioni necessarie per garantire l'efficacia dell'attività, ad esempio, non tutti gli atti strumentali dovrebbero essere sindacabili. Questo cambiamento sostanziale è proprio perché cambia anche il punto di partenza. L'analisi non partirà più dalla natura del rapporto tra controllore e controllato (accessorio, ausiliario e strumentale) e dagli effetti (collaborativi) degli atti conclusivi; ora, la determinazione degli atti di controllo che possono o meno essere impugnati si deve effettuare sulla base dei presupposti teorici che spiegano la natura giuridica del controllo, come attività amministrativa che, in virtù della funzionalizzazione, influenza la natura e il regime giuridico di tutti gli elementi che la compongono (come spiegato).

Pertanto, se l'aggiornamento proposto implica che gli atti di controllo (quelli inglobabili nell'attività amministrativa studiata) derivano dall'esercizio da un'attività amministrativa e producono effetti incisivi, la conseguenza logica sarebbe, con le relative sfumature e limiti, la contestabilità degli atti conclusivi di controllo. Ciò garantirebbe, contemporaneamente, due principi fondamentali dello Stato costituzionale, in primo luogo, la piena sottomissione delle attività amministrative al Diritto, attraverso atti incisivi di controllo (pieno controllo) e, in secondo luogo, la garanzia della tutela giurisdizionale effettiva di tali atti. Questi non sono affatto delle pretese controverse.

A questo punto sono necessario due precisazioni. In primo luogo, l'esercizio delle attività amministrative, in quanto manifestazione del potere pubblico o dell'attribuzione costituzionale di competenze, nei casi in cui non siano esercitate attraverso le prerogative del potere, è pienamente soggetto alla legge e al Diritto. In questo modo, anche il controllo del rispetto dei parametri specifici dell'esercizio deve essere pieno e non può essere limitato ai casi in cui si ritenga che le decisioni non siano in grado di incidere in situazioni soggettive di privati, come se ci fossero eventi in cui detto esercizio non ha influenza sulle situazioni soggettive: tutte le attività sono funzionalizzate e, pertanto, si deve controllare in modo incisivo il rispetto dei parametri che permettono verificare detta funzionalizzazione, sia in sede amministrativa che in sede giudiziaria.

---

<sup>1141</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1365.

<sup>1142</sup> A.L. Tarasco, *op.cit.*, p. 157.

In secondo luogo, se si condivide quanto precede, la legittimazione ad agire contro l'atto conclusivo del controllo sarebbe sostanzialmente ampliata, non solo avranno legittimazione le parti coinvolte, ma anche qualsiasi cittadino, naturalmente, dopo aver soddisfatto le altre condizioni sostanziali e processuali, potrebbe impugnare l'atto: questo sarebbe un reale controllo sociale. La proposta dell'indagine afferma la sindacabilità come forma di risolvere e decidere, con forza di cosa giudicata, gli eventuali conflitti derivati dall'atto di controllo. Pertanto, a prescindere della lesione di posizioni giuridiche soggettive, la fonte di legittimazione per l'attivazione del ricorso giudiziale si trova nella pretesa di risolvere come *ultima ratio* il contenzioso derivato dell'estio del controllo.

Detto questo, ora si può analizzare, sui binari della proposta dell'indagine, il quadro generale di impugnabilità degli atti conclusivi di controllo, sottolineando che possono esserci altri atti impugnabili, come quello di pianificazione annuale. Tuttavia, l'attenzione si concentra sull'atto finale poiché è quello che produce gli effetti incisivi. La costruzione del quadro dipende del giudizio contenuto nell'atto: positivo o negativo.

Nel caso in cui il risultato sia la verifica di rispetto o conformità ai parametri di azione, l'esito del controllo sarà positivo, il che autorizza ad avviare i procedimenti di riconoscimento del merito e di erogazione di premi. La soluzione di eventuali discrepanze in relazione dell'oggetto controllato, forse non da parte del controllato, implicherà l'esercizio del diritto ad agire in giudizio, previo adempimento dei requisiti specifici di tipo processuale e sostanziale (tipo di azione, legittimazione attiva, ecc.), direttamente contro l'oggetto controllato (atto o attività). Ciò, fatte salve le eventuali conseguenze di tipo disciplinare, penale o di responsabilità, nei confronti del controllore.

A sua volta, nel caso in cui, attraverso l'atto di controllo, siano accertate deformità (totali o parziali) il giudizio sarà negativo e, pertanto, l'atto di controllo indicherà la misura corrispondente che, a seconda del tipo di competenze controllate, avrà un effetto vincolante (competenze vincolate) oppure obbligatorio (competenze discrezionali), come spiegato nei capitoli precedenti. In tali casi, anche come manifestazione della tutela giurisdizionale effettiva, l'attività del giudice è diretta a controllare l'operato del controllato<sup>1143</sup>. Di regola, gli atti conclusivi del controllo, interno o esterno, che producono effetti vincolanti, potranno essere impugnati dal soggetto controllato o da soggetti privati<sup>1144</sup>, al contrario, per gli atti che producono effetti obbligatori, la regola generale è la insindacabilità.

Gli effetti dell'atto di controllo, come spiegato, saranno vincolanti in caso di controllo sull'esercizio delle competenze vincolati, qualunque sia l'oggetto del controllo (un atto o l'intera attività), poiché l'atto di controllo sarà derivato da un'analisi di conformità o non a regole, in cui

---

<sup>1143</sup> In termini generali, l'esito negativo del controllo implica effetti sulla validità dell'atto o dell'attività (non acquisizione o perdita di tali presupposti), sulla potenziale efficacia dell'atto o dell'attività (non acquisizione o perdita di tali presupposti), sulla responsabilità patrimoniale e/o personale della persona incaricata di prendere la decisione possibile responsabilità fiscale e/o responsabilità disciplinare.

<sup>1144</sup> Ad esempio, nei casi in cui è stato proposto di rafforzare gli effetti dei controlli di gestione, attribuendone poteri demolitori, si afferma che "occorre disciplinare, ovviamente sulla base di procedimenti dotati di tutte le garanzie di partecipazione tutelate in sede giurisdizionale, un capo all'organo di controllo i relativi poteri". V. Cerulli Irelli, «Per una politica dell'etica pubblica...»cit., pp. 44 e 45.

non vi è margine di discrezionalità da parte del controllato. L'effetto è vincolante perché la decisione non ammette argomenti di difesa. Si pensi ai controlli in cui si verifichi la violazione della procedura di appalto statale, delle regole di assegnazione di certi tipi di beni pubblici, delle regole di esecuzione del bilancio o che il risultato non è stato raggiunto<sup>1145</sup>; in tutti loro il giudizio di controllo sarà negativo e la misura sarà impeditiva<sup>1146</sup>, sia della possibilità di produrre effetti sia di continuare a produrli. Questo controllo di conformità alle competenze vincolate ha conseguenze di applicazione immediata, riducendo il margine di un ulteriore controllo giudiziario, non perché si limiti la portata della tutela giurisdizionale effettiva, ma perché, in primo luogo, l'eventuale processo giurisdizionale dovrà circoscriversi all'analisi dell'esercizio di tali competenze e, in secondo luogo, devono essere previste delle norme che prevedano conseguenze negative (amministrative e giudiziarie) in caso di ricorso infondato o infruttuoso, in modo da scoraggiare l'abuso dell'azione giudiziaria e razionalizzare il controllo giurisdizionale<sup>1147</sup>. Nel caso in cui il controllato decida di impugnare l'atto conclusivo, l'oggetto del processo è solo la verifica della giuridicità dell'attività svolta, secondo i limiti di competenza di ciascun giudice, senza estendersi a questioni di tipo risarcitorie.

Ebbene, occorre fare un cenno specifico al tema della legittimazione passiva ad agire. Nel caso del controllo esterno è chiaro che il controllore, essendo indipendente del controllato e avendo personalità giuridica, può agire nel processo ai fini pertinente. Tuttavia, nel caso del controllo interno, come anticipato, è necessario fare una precisazione: la proposta fatta in questa indagine richiede che il controllore interno sia organizzato in modo tale da non appartenere alla struttura organizzativa del controllato, ovvero che non sia semplicemente un ufficio, quindi il modello organizzativo italiano degli OIV sarebbe più adatto. Questo requisito si basa sulla necessità di garantire materialmente il "controllo del controllore", attraverso la giurisdizione. Ciò, quindi, nel caso in cui il controllore appartenga alla struttura organica della controllato, sarebbe materialmente e proceduralmente impossibile ammettere che la parte controllata (entità) impugni un atto di uno dei suoi uffici. Non sarebbe necessario attribuire personalità giuridica<sup>1148</sup> al corpo di controllo interno, anzi, sarebbe sufficiente attribuirli legittimazione ad agire.

---

<sup>1145</sup> "Non si può dimenticare, infatti, come in realtà il dibattito in merito all'amministrazione di risultato sia ben più complesso ed articolato di quanto non sia possibile qui dar conto. In particolare, delle numerose questioni che si pongono sul piano della *giustiziabilità* del risultato. Prova ne sia, tra i tanti contributi, l'attribuzione di un rapporto diretto tra il concetto di risultato e la disciplina di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, legge n. 241/1990. Il giudice, tuttavia, valuta nella sostanza il risultato ai fini della domanda del ricorrente laddove si tratti di provvedimenti vincolanti (peraltro inclusivi anche dei provvedimenti c.d. *a discrezionalità limitata*); in questi casi dunque si può vedere, seppur nell'ambito del sindacato di legittimità, l'apprezzamento del contenuto dell'atto rispetto alla rilevanza del risultato atteso dall'amministrazione". D. Senzani, «"Amministrazione di risultato" e gestione...»cit., pp. 143 e 144.

<sup>1146</sup> "I controlli di conformazione hanno, infatti, la finalità di impedire il verificarsi di deviazioni rispetto alle regole fatte valere dall'autorità di controllo; per il che, essi inibiscono l'azione amministrativa che seguirebbe all'adozione di atti non conformi alle regole". G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1388.

<sup>1147</sup> La dottrina italiana fa riferimento, in genere, all'abuso del processo. Si veda: Elena Maria Catalano, *L'abuso del processo*, Milan, Giuffrè, 2004.

<sup>1148</sup> "Por lo menos en derecho colombiano, la personalidad jurídica solo responde a dos necesidades: la posibilidad de comparecer en un proceso contencioso administrativo, y el que se pueda atribuir responsabilidad dentro del mismo. La utilización de esta figura no es necesaria para explicar la asignación de competencias, prerrogativas o funciones". J.I. Rincón Córdoba, *La teoría de la organización...cit.*, p. 144.



A sua volta, nel caso in cui l'esito del controllo abbia effetti obbligatori. Ciò può verificarsi in caso di controllo sull'esercizio delle competenze discrezionali, qualunque sia l'oggetto del controllo (un atto o l'intera attività), evento in cui il controllore verifica la ragionevolezza, la proporzionalità e la correttezza della scelta effettuata dal controllato, nell'ambito delle diverse opzioni concesse dalla discrezionalità. Si tratta di un'analisi molto incisiva, ma necessaria se si vuole garantire l'effettività dell'azione amministrativa e il suo pieno controllo. In questi casi, che sono la maggioranza, gli effetti dell'atto di controllo sono obbligatori (non vincolanti) poiché, in caso di giudizio negativo, il soggetto controllato è tenuto a rispettare obbligatoriamente la misura contenuta nell'atto di controllo ma, in caso in cui non condivida il giudizio, mediante una procedura di contraddittorio, il controllore può/deve esporre gli argomenti a difesa della sua decisione o dell'adozione di una decisione diversa da quella contenuta nell'atto di controllo.

Se al termine di tale procedura il controllore ribadisce il giudizio e mantiene la misura originale, deve esprimerla in un atto formale di controllo che diventerà vincolante ma, sulla base dello stesso principio di tutela giurisdizionale effettiva, sarà impugnabile. Pertanto, occorre chiarire che, come regola generale, gli atti conclusivi che producono effetti obbligatori non saranno impugnabili. Lo saranno solo nel caso in cui il controllato, attraverso la specifica procedura di contraddizione, risponda e metta in discussione le osservazioni formulate dal controllato e il controllore non le consideri adeguate o sufficienti perché, ad esempio, ritenga che non forniscano ragioni sulla proporzionalità e la ragionevolezza della decisione presa dal controllato e/o dei motivi per cui le altre opzioni, che gli offriva la discrezionalità, non erano idonee. Per contro, l'atto di controllo non sarebbe sindacabile nel caso in cui, a causa della completa inosservanza dell'onere di motivazione da parte del controllato, il controllore faccia prevalere la sua decisione in modo motivato: il silenzio o la violazione dell'obbligo di rispondere alle osservazioni contenute nell'atto di controllo costituirebbe una causale di inammissibilità dell'impugnazione.

Orbene, nel caso in cui l'atto conclusivo di controllo, che contiene il giudizio negativo, sia accettato da parte del controllato, non sia impugnato o sia dichiarato valido dal giudice, ci si arriva alla fase di efficacia pratica della misura, vale a dire l'attuazione delle misure di controllo, al fine di garantire l'esecuzione ed evitare il suo inadempimento. Se la competenza controllata era vincolata, spetta allo stesso controllore decidere sulla validità dell'oggetto controllato, dichiarandolo invalido e, addirittura, potendo adottare la decisione specifica, ma solo nel caso in cui non vi siano ambiti residui di discrezionalità. Dall'altro canto, nel caso in cui l'atto abbia controllato competenze discrezionali, spetterà al controllato eseguire le misure correttive, tuttavia, in virtù della natura dell'atto di controllo (come atto amministrativo), il controllore ha anche la competenza di richiedere la sua esecuzione.

In questo contesto, di nuovo come manifestazione del cambio di prospettiva del diritto amministrativo, nel senso di essere orientato verso l'effettività, in cui il *quando* non deve essere più incerto<sup>1149</sup>, occorre sottolineare che i tempi dell'attuazione delle misure correttive, in virtù delle

---

<sup>1149</sup> “Nello Stato del mercato il tempo non può essere certo soltanto nei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione. La pubblica amministrazione è essa stessa una componente del mercato e anche la sua attività interna deve essere scandita temporalmente in maniera certa per rendere certa ed efficace la sua azione. È per questo che la

finalità che perseguono, devono essere brevi. Cioè, devono essere tempestivi, in modo tale di rispettare la naturale esigenza di speditezza dell'azione amministrativa. Ciò spiega la necessità di stabilire, sia nelle norme di tipo legale oppure negli strumenti di pianificazione dei controlli, i termini precisi e preclusivi per l'esaurimento dell'attività di controllo.

Infine, siccome la proposta dell'indagine comporta l'attribuzione di effetti di enorme incisività, che, in astratto, dovrebbero produrre importanti risultati correttivi e che creano un'enorme aspettativa per tutti coloro che sono interessati, è necessario sottolineare la necessità di una fase diagnostica, tendente a rivedere l'azione, le sue risultanze e, soprattutto, introdurre gli adeguamenti necessari per i successivi esercizi di controllo. Quindi, anche nel contesto della garanzia dell'efficacia dell'attività amministrativa, è importante, ora sì, l'implementazione di meccanismi di misurazione, valutazione, monitoraggio, rendicontazione, ecc. Che consentano di diagnosticare l'intero svolgimento dei meccanismi di controllo (la pianificazione, l'esecuzione e l'attuazione della misura correttiva), al fine di verificare se gli obiettivi fissati sono stati effettivamente raggiunti e, in caso contrario, stabilire le basi per l'introduzione delle misure correttive necessarie: in breve, generare processi di riscontro.

Ciò è necessario perché solo attraverso la soddisfazione delle finalità i diversi meccanismi di controllo correttivo possono dimostrare, attraverso risultati pratici, che la decisione di rafforzare i loro effetti era adeguata; così compenseranno la mancanza di legittimazione democratica. Altrimenti, la stessa fase di diagnosi consentirà, ancora una volta, e nella logica della conservazione – avanzamento, di introdurre gli adeguamenti che, per altre vie, cerchino l'effettiva materializzazione della garanzia di assoggettamento pieno dell'attività amministrativa al Diritto, della sua limitazione e della sua razionalizzazione.

In questo contesto, per concludere, è possibile evidenziare che questi meccanismi di controllo, nonostante il rafforzamento dei loro effetti, non possono essere concepiti come una barra magica, nella speranza che la loro esecuzione risolva tutti i problemi di violazione del Diritto e di inefficacia dell'azione amministrativa. Pertanto, va notato che anche nel caso in cui la proposta venga accettata, se si scopre, in questa fase diagnostica, che i meccanismi di controllo non soddisfano il loro scopo, le cause non potrebbero essere ricercate esclusivamente nel campo dei controlli, a cui non si può attribuire la totalità delle deformità presenti nell'esecuzione delle attività amministrative, la non soddisfazione dei loro scopi e tutte le altre conseguenze indesiderabili.

A questo proposito è necessario evidenziare che, in linea con la logica sistematica che ha governato questa ricerca, i meccanismi di controllo non sono isolati, non sono autosufficienti, bensì agiscono in un sistema amministrativo, composto da diverse istituzioni e, in questo modo, le riforme intese a rafforzare gli effetti di alcuni meccanismi di controllo devono essere accompagnate da riforme volte, ad esempio, a garantire l'adeguata selezione dei dipendenti pubblici sia dell'amministrazione sia del controllore o l'adeguata configurazione delle diverse attività amministrative. Solo in questo modo sarà possibile che le grandi aspettative generate dalla proposta di rafforzamento degli effetti dei controlli, trovino riscontro nella pratica.

---

legge sul procedimento si preoccupa anche della certezza temporale nei procedimenti infrastrutturali, cioè nei procedimenti che interessano più soggetti (organi o enti) della pubblica amministrazione". F. Merusi, Sentieri interrotti della legalità...cit., p. 49.

Con ciò si vuole sottolineare che i meccanismi di controllo, anche quelli proposti con maggiore incisività, non possono fare/rendere virtuosa o corretta un'attività amministrativa che, in origine, è mal configurata. Il raggiungimento delle finalità attribuite ai meccanismi di controllo che sono stati oggetto della presente inchiesta, è possibile solo "ove l'amministrazione sia già orientata -per così dire- a ben funzionare, nel senso che essa svolga i propri compiti conseguendo risultati pur modesti, ma di qualche utilità per i cittadini; poiché, se non fosse così, non basterebbero i migliori controlli per renderla "virtuosa", e la funzione dei controlli si arresterebbe -nella migliore delle ipotesi- alla denuncia delle disfunzioni e delle responsabilità. In altri termini, l'efficienza delle amministrazioni può essere favorita da controlli ben congegnati, ma i controlli non potrebbero supplire a un'amministrazione che non sia strutturata secondo criteri di funzionalità ed efficienza"<sup>1150</sup>.

All'inizio dell'indagine è stato sottolineato che, tragicamente, chi ha un potere tende quasi inevitabilmente ad abusarne e che il potere ha la tendenza naturale a sfuggire al controllo. Ora, sulla base della proposta di rafforzare gli effetti dei meccanismi di controllo non giurisdizionale, al fine di trarre il massimo dalle importanti ritrovamenti che attualmente fanno, è possibile affermare che, nonostante le innumerevoli circostanze giuridiche ed extra-giuridiche che sembrano troncane la pretesa di sottomissione dell'attività amministrativa al Diritto, rimane proprio questo lo strumento che, in misura maggiore e migliore, consente di limitare e razionalizzare il potere pubblico.

---

<sup>1150</sup> G. D'Auria, «I controlli...»cit., p. 1354.

## CENNI CONCLUSIVI

Il contenuto di questa parte finale mira a evidenziare i principali aspetti dell'indagine, quelli che hanno permesso di rispondere al problema giuridico, che è opportuno ricordare: se gli ordinamenti giuridici studiati hanno superato il modello tradizionale di controllo dell'attività amministrativa, basato esclusivamente sulla teoria dello Stato di diritto e sul modello classico del diritto amministrativo, che ha implicato il monopolio giurisdizionale e la limitazione al controllo della legalità-validità? E, se la risposta fosse negativa, rafforzare gli effetti prodotti da alcuni dei tradizionali controlli non giurisdizionali (interni ed esterni), rendendoli più incisivi e di tipo correttivo, in primo luogo, sarebbe conforme ai regimi costituzionali rispettivi e, in secondo luogo, potrebbe contribuire a risolvere le attuali carenze e a garantire il pieno controllo?

A questo punto, dopo di aver svolto la ricerca secondo i lineamenti metodologici stabiliti, è possibile, adesso, pervenire ad alcune conclusioni.

L'indagine ha dimostrato che la tensione tra potere pubblico e controllo è alla base dell'emergere dello Stato di diritto, che è concepito proprio come la forma di organizzazione del potere pubblico, che sarebbe limitato e razionalizzato, appunto, dal diritto. Questo è lo scenario ideale della promessa fatta dalle prime teorizzazioni nel diritto pubblico. Oggi, tuttavia, nonostante la quantità e la varietà dei meccanismi di controllo, sembra che la bilancia sia orientata verso il potere, se non addirittura del suo abuso. Da un lato, i parametri giuridici non sembrano limitare e razionalizzare l'esercizio delle attività amministrative, poiché sistematicamente si verificano azioni illegali e/o le finalità attribuite non sono soddisfatte. D'altro lato, i controlli sono scarsamente efficaci nel garantire il rispetto del diritto o nel correggere queste deformità, il che è aggravato se si tiene conto del fatto che i controlli non raggiungono tutte le aree dell'attività amministrativa e che, a volte, vi sono ancora spazi immuni al controllo.

La precedente potrebbe essere l'immagine diagnostica di qualsiasi dei due ordinamenti giuridici studiati, che si auto-riconoscono come Stati costituzionali, in cui innegabilmente esiste un insieme ampio e vario di meccanismi di controllo dell'attività amministrativa, ma la cui generalizzazione non è reale né in termini quantitativi né qualitativi, il che mette in dubbio la concretizzazione del principio di sottomissione del potere al diritto. La realtà è però diversa. La generalizzazione è solo una percezione mitizzata, anche se si accetta che i meccanismi raggiungano tutti gli ambiti dell'attività amministrativa, il che non è vero, ciò non significa che tutti siano controllati.

In questo ordine di idee, l'analisi sviluppata sul tema del controllo dell'attività amministrativa, in particolare, la questione relativa ai denominati meccanismi di controllo non giurisdizionale, ha permesso di ribadire l'ipotesi formulata nell'introduzione. Infatti, in tutti e due gli ordinamenti giuridici studiati si è verificato come il regime dei controlli delle attività amministrative non è riuscito a superare e a dissipare le pesanti ombre che si sono derivate dalla teoria dello Stato di diritto e del modello tradizionale di diritto amministrativo. Piuttosto, lo sviluppo storico, teorico, normativo e pratico del controllo ha confermato un modello monopolizzato dal giudice e limitato al controllo della legalità-validità.

Ciò significa che la piena sottomissione dell'attività amministrativa al diritto è stata un mito e, senza l'introduzione di modifiche e adattamenti, continuerà ad esserlo. Si tratta di una situazione, per lo meno, molto preoccupante perché, sebbene il controllo giurisdizionale impedisca la formazione di poteri amministrativi assoluti, esiste un rischio latente ed ampio di esercizio abusivo, dispotico ed arbitrario, favorito dall'assenza di controllo correttivo da parte dei meccanismi non giurisdizionali, che si limitano al controllo collaborativo, la cui efficacia è una lotteria, aleatoria e contingente. Si tratta sicuramente di una conclusione molto forte e difficile da accettare. Tuttavia, non si tratta solo di un'affermazione provocatoria, al contrario, nel corso dell'indagine si è potuto constatare che nei due ordinamenti giuridici esaminati il giudice continua a detenere un monopolio del controllo e che tale attività, sia esercitata dal giudice o da altri controllori, si limita a garantire il rispetto dei parametri di legalità-validità, trascurando il resto di parametri poiché soltanto si rivela o verifica la non conformità.

Ognuna di queste situazioni patologiche del modello di controllo ha cause e conseguenze distinguibili, tuttavia, lo svolgimento dell'indagine ha permesso di constatare che l'assenza di effetti incisivi da parte dei controlli non giurisdizionali costituisce un fattore (causa) determinante e comune della sussistenza sia dal monopolio giurisdizionale che della limitazione al controllo della legalità-validità.

Da un lato, se gli effetti dei controlli non giurisdizionali sono collaborativi, ciò implica che essi si limitano a verificare (o a compiere azioni simili) il rispetto o meno dei parametri di legalità-efficacia, ma non li controllano in senso stretto, perché l'attuazione della misura spetta ad altri. Di configura così un ampio ambito dell'attività amministrativa che è privo di controllo e, inoltre, si ribadisce il modello di controllo tradizionale, limitato a quei parametri di validità-legalità, eseguito dal giudice e dalle forme di controllo non giurisdizionale che ricadono sulla legittimità (controllo preventivo esterno di legittimità e controlli interni di legittimità, come i ricorsi amministrativi): il modello tradizionale viene confermato, in cui il controllo è limitato ai parametri di legalità-validità.

D'altronde, se gli effetti dei controlli non giurisdizionali sono collaborativi, ciò implica che le aree dell'attività amministrativa loro attribuite hanno solo un'aspettativa di controllo, che si potrebbe concretizzare se alla fine si generano gli stimoli corretti, se la minaccia porta frutti, se le stelle si allineano. In pratica, si tratta di aree prive di controllo correttivo, il che implica che, anche a livello pratico, il giudice sia confermato come l'unico "controllore" dotato della capacità di produrre misure di controllo dotate di effetti incisivi: il modello tradizionale viene confermato, in cui il giudice esercita un monopolio sul controllo dell'attività amministrativa.

Constatare la sussistenza del modello di controllo tradizionale ha permesso, poi, di rivelare le enormi debolezze e carenze dell'odierno sistema di controllo, il quale consente che grandi spazi dell'azione amministrativa ne sfuggano, sia perché vi sono lacune, immunità o semplicemente un controllo fallace, nel senso che le risultanze dei controlli non giurisdizionali (interno ed esterno) non sono incisivi e mistificano la garanzia di pienezza del controllo.

In questo modo, se è chiaro che il tallone d'Achille dei controlli non giurisdizionali è la sua inefficacia e che l'assenza di effetti incisivi rinforza il modello di controllo tradizionale, rende impossibile superarlo e mette in discussione le basi minime e basilari dello Stato come forma di

organizzazione del potere, è logico che la soluzione possa essere proprio il rafforzamento degli effetti giuridici che possono produrre i controlli non giurisdizionali. Ciò costituisce uno degli elementi cardine dell'indagine e delle proposte che ne derivano poiché è stato dimostrato che i motivi, che sono stati tradizionalmente utilizzati per negare categoricamente la possibilità di riformare e rafforzare gli effetti, sono ormai stati riformulati.

Questa soluzione, infatti, non ha potuto essere attuata perché, appunto, si scontra con alcuni dei presupposti teorici classici: un rafforzamento di questo tipo è considerato assolutamente incompatibile con elementi cardinali quali il principio di separazione dei poteri e l'autonomia decisionale delle autorità amministrative. Tuttavia, nel corso dell'indagine è stato dimostrato che, da un lato, il principio della separazione dei poteri è stato oggetto di una rilettura secondo la quale i poteri non sono esercitati in modo isolato e separato, ma in modo condiviso e multi-organico, razionamento che, ovviamente, comprende il potere di controllo incisivo, e non solo collaborativo.

Dall'altro, che l'autonomia decisionale non sarà compromessa dal rafforzamento dell'incisività degli effetti dei controlli non giurisdizionali perché il controllo non implica la gestione dell'interesse pubblico attribuito al controllato, la decisione finale sarà sempre nelle sue mani e, in ogni caso, il riferimento astratto all'autonomia decisionale non potrebbe comportare una barriera invalicabile per controllare in modo incisivo: si tratta di poteri o competenze differenti, che devono essere garantiti equamente, solo così si materializzerebbe la separazione dei poteri, nella sua attuale concezione, e, quindi, la sfida si trova nella configurazione di ciascuna di esse e nella loro reciproca limitazione. Inoltre, l'ampio potere che deriva dal rafforzamento degli effetti sarebbe limitato da due circostanze, in primo luogo, perché gli effetti saranno vincolanti solo nel caso di competenze vincolanti, in cui l'esito del controllo non ammette contraddizioni, mentre nel caso di competenze discrezionali saranno obbligatori, in cui l'esito del controllo ammette contraddizioni e, in secondo luogo, in ogni caso, l'attività di controllo sarà controllabile dinanzi al giudice, a seconda del tipo di atto, quest'ultimo funge da controllore del controllore.

Pertanto, la linea argomentativa della ricerca ha condotto a evidenziare la necessità di aggiornare, in logica di conservazione – avanzamento, i presupposti su cui è stato impostato il controllo dell'attività amministrativa, al fine di dissipare le ombre del monopolio e della limitazione alla legalità-validità. Siccome il diritto, non essendo una scienza esatta, deve trovare le soluzioni per approssimazione, attraverso di tentativi ed errori, più di questi ultimi che dei primi, si ritiene che, senza dubbio, la soluzione alle varie problematiche individuate nel corso della ricerca si trovi nel rafforzare gli effetti di alcuni dei meccanismi che compongono l'insieme asistemico e disordinato di “controlli non giurisdizionali”, affinché siano giuridicamente incisivi e correttivi.

Nel corso dello scritto si sono spostati gli argomenti che supportano la precedente soluzione. Infatti, questi problemi possono essere risolti riconoscendo precisamente che la Costituzione, anzi, lo Stato costituzionale, richiede e abilita la configurazione di controlli correttivi non giurisdizionali, con effetti incisivi, il che non significa che tutti essi debbano acquisire tale natura. Piuttosto, significa che all'interno del sistema di controllo deve esserci un insieme di meccanismi di natura amministrativa, caratterizzati dai loro effetti incisivi - correttivi. In tal modo si potrebbe sciogliere il monopolio giurisdizionale e controllare efficacemente tutti i parametri di azione amministrativa, siano quelli tradizionali di legalità-validità che quelli di legalità-effettività.

In questo senso deve essere anche rivendicata la natura di questo insieme di meccanismi che, in virtù del loro comune denominatore (finalità ed effetti incisivi), formano un'attività amministrativa autonoma, principale e differenziabile, con un concetto giuridico che ne identifica le caratteristiche essenziali e sottolinea che i meccanismi che la compongono, oltre a verificare le deformità nell'attività amministrativa, devono garantirne la correzione: decidono per controllare. Ciò ha comportato la riscoperta dell'esistenza del controllo amministrativo non giurisdizionale correttivo, che non può più essere considerata come un'attività puramente strumentale, accessoria e ausiliaria.

Se si accetta e condivide l'idea che l'intero sistema di normativo del diritto amministrativo sia orientato, non solo a garantire la legalità, ma anche l'effettività e il raggiungimento di risultati pratici e specifici, è logico attribuire lo stesso orientamento a tutti gli strumenti che lo compongono, questo include i meccanismi di controllo amministrativo non giurisdizionale. Infatti, se questo tipo di controllo intende sciogliere il monopolio giurisdizionale e contribuire efficacemente alla materializzazione della garanzia di sottomissione piena dell'attività amministrativa alla legge e al diritto, deve essere riconosciuta la necessità che alcuni dei meccanismi di controllo non giurisdizionali siano dotati di effetti giuridici veramente incisivi, e non solo collaborativi, che consentano il soddisfacimento dei suoi scopi. Pertanto, la portata di questi meccanismi non può arrivare fino alla verifica e comunicazione delle criticità, perché ciò implicherebbe rassegnarsi ad attribuire un carattere aleatorio e incerto al raggiungimento delle loro finalità.

L'esercizio di questi controlli, esaurendo tutte le fasi del procedimento, deve permettere di verificare l'adempimento o meno delle sue finalità, proprio attraverso delle misure dotate di effetti incisivi, in modo che siano i *dominus* della misura e del controllo. Di questo modo, l'assenza di legittimazione democratica dei controllori non giurisdizionali può essere compensata attraverso di un'altra fonte, appunto, dagli *outputs*, *impacts* e *outcomes*, dal conseguimento effettivo e tangibile di risultati.

Inoltre, il riconoscimento di questa attività amministrativa rende possibile, nella logica sistemica, la soluzione di due problemi fondamentali: uno, relativo alla possibilità del suo studio e revisione coerente, prevedibile e trasparente, con riferimento al sistema, che è attualmente impossibile e, un altro, relativo alla distinzione tra meccanismi che sebbene, formalmente, hanno la denominazione di "controlli" e fanno parte del sistema generale dei controlli, continueranno ad avere un carattere collaborativo e strumentale, sono anche meccanismi necessari e utili, ma in cui si controlla come strumento per prendere una decisione (controllo per decidere), piuttosto che controllare come azione decisionale (decidere di controllare).

Infine, occorre sottolineare che la presente non ha inteso essere un'indagine di chiusura, anzi, al contrario, ha cercato di fare un contributo specifico alla discussione teorica, sia dell'ordinamento giuridico colombiano che di quello italiano, in relazione al contenuto e alla portata del controllo dell'attività amministrativa, al fine di assicurarne l'efficacia pratica e di stimolare future ricerche.

## BIBLIOGRAFIA

- Agudo González, Jorge, *La función administrativa de control: Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018.
- Albarracín Muñoz, Maribel, Juan Manuel Guerrero Jiménez, «Análisis de la efectividad del control interno frente a la lucha contra la corrupción en el sector público colombiano», Juan Carlos Henao Pérez, Aníbal Zárate Pérez (a cura di), *Corrupción en Colombia. corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, IV:391 a 450., vol. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Alexei, Julio, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la constitución colombiana de 1991*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Archibugi, Franco, *Compendio di programmazione strategica per le pubbliche amministrazioni: 18 lezioni per corsi brevi*, Firenze, Alinea, 2004.
- Astegiano, Giancarlo, *Il nuovo sistema dei controlli interni: dall'obbligo normativo ad un'impostazione manageriale della gestione della P.A.*, Assago, IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, 2014.
- Astone, Francesco, «Patologie procedimentali e provvedimenti», Stefano Cognetti, et al. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, 421 a 444., Torino, Giappichelli, 2014.
- Baena, Samuel, Camilo Perdomo Villamil, «La dimensión teleológica del derecho administrativo: en búsqueda de un nuevo paso en la evolución dogmática», Daniel Castaño (a cura di), *El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*, 87 a 134., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Barbera, Augusto, Carlo Fusaro, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2016.
- Barnes, Javier, «Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimiento de tercera generación», Javier Barnes (a cura di), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, 251 a 377., Sevilla, Global Law Press - INAP, 2012.
- , «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», Javier Barnes (a cura di), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, 263 a 341., Sevilla, Global Law Press - INAP, 2006.
- Bartolini, Antonio, Stefano Fantini, *Le ragioni della specialità: principi e storia del diritto amministrativo. Orizzonti del diritto pubblico*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017.
- Barusso, Edoardo, «Sistema delle valutazioni e ruolo del direttore generale», Marco Cammelli (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, 153 a 160., Rimini, Maggioli, 2001.
- Belletti, Michele, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale: tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma, Aracne, 2012.
- Beltrán de Felipe, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.



- Benvenuti, Feliciano, *Disegno della amministrazione italiana: linee positive e prospettive. Diritto e amministrazione*, Padova, CEDAM, 1996.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Betancor Rodríguez, Andrés, «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder», Luis Arroyo Jiménez, et al. (a cura di) , *El juez del derecho administrativo: libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, 109 a 148, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- Bifulco, Daniela, «Giurisdizione, potere legislativo e potere esecutivo», Orazio Abbamonte (a cura di) , *Il potere dei conflitti: testimonianze sulla storia della magistratura italiana*, 83 a 114, Torino, Giappichelli, 2015.
- Bin, Roberto, *Lo Stato di diritto: come imporre regole al potere*, Bologna, il Mulino, 2017.
- Bobbio, Norberto, *Diritto e potere: saggi su Kelsen, Tommaso Greco* (a cura di) , Torino, Giappichelli, 2014.
- , *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958.
- Bognetti, Giovanni, *Dividing powers: a theory of the separation of powers*, (tradotto da) Kieren Baley, Assago e Padova, Wolters Kluwer e CEDAM, 2017.
- Bonilla-Maldonado, Daniel Eduardo, «La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes», *Vniversitas*, vol. 64, fasc. 131, 2015, pp. 231–276.
- Buonauro, Carlo, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, Giuffrè, 2012.
- Caballero Sierra, Gaspar, «El control administrativo. La jerarquía y la tutela», *La protección jurídica de los administrados*, 49 a 108, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980.
- Caia, Giuseppe, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo: i presupposti e le tendenze*, Milano, Giuffrè, 1989.
- Caldas Vera, Jorge, «Delitos contra la administración pública», *Lecciones de derecho penal: parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Cammelli, Marco, «Amministrazione di risultato», *Annuario 2002 - AIPDA*, 107 a 125., Milano, Giuffrè, 2003.
- , *La pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2004.
- , «Mezzogiorno e sistema amministrativo: le istituzioni della diversità», *Rivista Meridiana*, vol. 4, 1988.
- , «Riforme amministrative e riforma dei controlli», Marco Cammelli (a cura di) , *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999, 7 a 18.*, Rimini, Maggioli, 2001.
- Campanelli, Giuseppe (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, Pisa University Press, 2013.
- Cane, Peter, *Controlling administrative power: an historical comparison*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- Caringella, Francesco, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2017.
- Caringella, Francesco, Marco Giustiniani, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, Dike, 2015.

- Cartei, Gian Franco, «La justicia administrativa en Italia: tradición e influencia del Derecho europeo», Alberto Montaña Plata, Andrés Fernando Ospina Garzón (a cura di) , (tradotto da) Manuela Canal, 100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo justificación, retos y aporte al derecho administrativo: XIV Jornadas de Derecho Administrativo, 93 a 104., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Carullo, Antonio, «Diritto amministrativo», Luigi Arcidiacono, Antonio Carullo, Giovanni Rizza (a cura di) , Istituzioni di diritto pubblico, 371 a 536., Bologna, Monduzzi, 2005.
- Casetta, Elio, Fabrizio Fracchia, Giustizia amministrativa, Milano, Giuffrè, 2017.
- Casini, Lorenzo, Potere globale: regole e decisioni oltre gli Stati, Bologna, il Mulino, 2018.
- Casini, Lorenzo, Sabino Cassese, Giulio Napolitano, «The new Italian public law scholarship», ICON, vol. 9, fasc. 2, 2011, p. 301 a 309.
- Casino Rubio, Miguel, El concepto constitucional de sanción administrativa, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- Cassese, Sabino, «Cosa vuol dire l'amministrazione di risultato?», Giornale di diritto amministrativo, 2004, p. 941.
- , Derecho administrativo: historia y futuro, Sevilla, Global Law Press, 2014.
- , «I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione», Il Corriere giuridico, 1993, 2 edizione.
- , «Il diritto amministrativo e i suoi principi», Sabino Cassese (a cura di) , Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo, 1:1 a 28., vol. i, Milano, Giuffrè, 2015.
- , Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la Funzione Pubblica, 1993.
- , «Un nuovo corso del diritto amministrativo? A Proposito di “Verwaltungsrechtliche Dogmatik” di Eberhard Schmidt-Assmann», Rivista trimestrale di diritto pubblico, fasc. 1, 2015, p. 25 a 27.
- Cassese, Sabino, Luisa Torchia, Diritto amministrativo: una conversazione, Bologna, il Mulino, 2014.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo, La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, 2017.
- Catalano, Elena Maria, L'abuso del processo, Milan, Giuffrè, 2004.
- Cerulli Irelli, Vincenzo, «Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione», Annuario 2002 - AIPDA, 3 a 17., Milano, Giuffrè, 2003.
- , «Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo», Diritto Processuale Amministrativo, vol. 32, fasc. 2, 2014, p. 341 a 390.
- , «Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative», Luciano Vandelli, Claudia Tubertini (a cura di) , Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli, 27 a 45, Milano, Franco Angeli, 2009.
- Cerulli Irelli, Vincenzo, Fabrizio Lucani, «La semplificazione dell'azione amministrativa», Diritto Amministrativo: Rivista Trimestrale, fasc. III-IV, 2000, p. 617.
- Cerulli Irelli, Vincenzo, Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino, Giappichelli, 2011.

- , *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016.
- Cerulli Irelli, Vincenzo, Fabrizio Luciani, «I principi generali», Eugenio Francesco Schlitzer (a cura di) , *Il sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni: commento al Decreto legislativo n. 286 del 1999*, Milano, Giuffrè, 2002.
- Ceva, Emanuela, «Le dimensioni della corruzione. Una prospettiva filosofica», *Notizie di Politeia: Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, fasc. 129, 2018, p. 3 a 67.
- Chan, Alfonso, «El control de gestión en Colombia», *La protección jurídica de los administrados*, 247 a 257., Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980.
- Chevalier, Jacques, Danièle Loschak, *Ciencia administrativa. Teoría General de la institución administrativa. Tomo I.*, (tradotto da) Joelle Beregere, et al., Madrid, INAP, 1986.
- Chevallier, Jacques, *El Estado de derecho*, (tradotto da) Oswaldo Pérez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- , *El Estado posmoderno*, (tradotto da) Oswaldo Pérez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Chiappinelli, Carlo, «Relazioni tra controlli e giurisdizioni», Marco Cammelli (a cura di) , *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, 95 a 116., Rimini, Maggioli, 2001.
- , «Riforme amministrative e riforma dei controlli», Marco Cammelli (a cura di) , *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, 19 a 38., Rimini, Maggioli, 2001.
- Clarich, Marcello, «Il giudicato», Aldo Sandulli (a cura di) , *Diritto processuale amministrativo*, Milan, Giuffrè, 2013.
- , *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019.
- , «Tutela giurisdizionale e altre forme di tutela», *Annuario 2002 - AIPDA*, 135 a 164., Milano, Giuffrè, 2003.
- Cogliandro, Giuseppe, «Il controllo di gestione nelle pubbliche amministrazioni», Marco Cammelli (a cura di) , *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, 161 a 174., Rimini, Maggioli, 2001.
- Cognetti, Stefano, «Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura», Stefano Cognetti, et al. (a cura di) , *Percorsi di diritto amministrativo*, 127 a 145., Torino, Giappichelli, 2014.
- Collevecchio, Mario, «Il controllo interno di regolarità amministrativa e contabile», Marco Cammelli (a cura di) , *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, 47 a 64., Rimini, Maggioli, 2001.
- Corso, Guido, «Amministrazione di risultati», *Annuario 2002 - AIPDA*, 127 a 133., Milano, Giuffrè, 2003.
- , *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999.
- , *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- Corte dei Conti Europea, *Lacune, sovrapposizioni e sfide: analisi panoramica delle disposizioni dell'UE in materia di rendicontabilità e audit del settore pubblico*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2014.
- Coscolluela Montaner, Luis, *Manual de derecho administrativo*, 2018, Thomson-Civitas, 2018.

- Cotza, Paolo, *Il merito amministrativo: contenuto, rilievo e correlata giurisdizione*, Napoli, Jovene, 2012.
- Crismani, Andrea, *I controlli esterni sulle pubbliche amministrazioni: contributo alla sistemazione metodologica del procedimento di controllo sulla gestione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2005.
- Crocco, Domenico, *Profili giuridici del controllo di efficienza amministrativa*, Napoli, Jovene, 2012.
- Cuervo Restrepo, Jorge Iván (a cura di), *Ensayos sobre políticas públicas. II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- D'Alberti, Marco (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017.
- , *Diritto amministrativo comparato: mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, il Mulino, 2019.
- , *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, il Mulino, 1992.
- , *L'effettività e il diritto amministrativo. Lezioni magistrali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011.
- , *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- D'Alterio, Elisa, «Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2019, p. 39 a 60.
- D'Auria, Gaetano, «I Controlli», Sabino Cassese, Claudio Franchini (a cura di) , *L'amministrazione pubblica italiana: un profilo*, 79 a 95. *Studi e ricerche 333*, Bologna, il mulino, 1994.
- , «I controlli», Sabino Cassese (a cura di) , *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale. Tomo Secondo*, Milano, Giuffrè, 2003.
- , «I controlli», Sabino Cassese (a cura di) , *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, 1:545 a 598., vol. i, Milano, Giuffrè, 2015.
- Dawson, Mark, Henrik Enderlein, Christian Joerges, Henrik Enderlein (a cura di), *Beyond the crisis: the governance of Europe's economic, political, and legal transformation. governance report series*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- De Gennaro, Giovanni, *Atti amministrativi e Giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1954.
- De Maio, Luigi, «Il tramonto del principio dell'insiducabilità dell'atto di controllo», Stefano Alfonso, Domenico Crocco (a cura di) , *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, 91 a 124., Napoli, Jovene, 2014.
- De Simone, Giulio, Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia (a cura di), *Manuale di diritto penale: parte speciale; delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione. Strumenti*, Bologna, il mulino, 2014.
- Del Gatto, Sveva, Emanuela Rotolo, «Il giudice e l'amministrazione», Luisa Torchia (a cura di) , *La dinamica del diritto amministrativo: dieci lezioni*, 255 a 285. *Strumenti*, Bologna, Il mulino, 2017.

- Delsignore, Monica, Margherita Ramajoli, «La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2019, p. 61 a 77.
- Di Marco, Marco, «Il controllo sulla gestione», Adriano Gribaudo, Riccardo Patumi (a cura di) , *I controlli della Corte dei Conti sugli enti territoriali e gli altri enti pubblici*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2018.
- Díaz Bravo, Enrique, «Desarrollo histórico del Principio de Separación de Poderes», *Revista de Derecho*, fasc. 38, 2012, p. 240 a 270.
- Díez Sastre, Silvia, «La formación de conceptos dogmáticos en el derecho público», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, fasc. 31, 2015, p. 105 a 135.
- , *La formación de conceptos en el Derecho público: un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- Domínguez Marín, Mónica, «El sistema de justicia administrativa y la incidencia de los mecanismos administrativos de control en la jurisdicción contencioso-administrativa: reformas y necesidades», Jorge Agudo González (a cura di) , *Control administrativo y justicia administrativa. Innovación administrativa*, Madrid, INAP, 2016.
- Donati, Daniele, «Il controllo dei cittadini sull'amministrazione pubblica, tra effettività giuridica e valore etico», Luciano Vandelli, Claudia Tubertini (a cura di) , *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli*, 11 a 26., Milano, Franco Angeli, 2009.
- Dugato, Marco, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.
- , «Buena administración para la paz», *La constitucionalización del derecho administrativo. Tomo II: el derecho administrativo para la paz*, 331 a 356., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- , «Le società pubbliche tra semplificazione, economicità ed efficienza e le valutazioni del Giudice contabile», Franco Mastragostino, Salvatore Pilato (a cura di) , *Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione*, 91 a 102., Bologna, Bononia University Press, 2016.
- Durand, Charles, *Etudes sur le conseil d'Etat napoléonien*, Paris, Presses universitaires de France, 1949.
- Enterría, E. García de, «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, fasc. 38, 1962, pp. 159-205.
- Escuín Palop, Catalina, *Curso de Derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Esteve Pardo, José, *Lecciones de Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- Fernández, Tomás-Ramón, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Madrid, Iustel, 2016.
- , *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 2008.
- , *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005.
- Forero Ramírez, Juan Carlos, *Aspectos penales de la contratación estatal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

- Franchini, Claudio, Giulio Vesperini, «L'organizzazione», Sabino Cassese (a cura di) , Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo, 1:83 a 142., vol. i, Milano, Giuffrè, 2015.
- Galli, Rocco, Nuovo corso di diritto amministrativo, Padova, CEDAM, 2016.
- Gallo, Carlo Emanuele, Manuale di giustizia amministrativa, Torino, Giappichelli, 2018.
- Galvis Gaitán, Fernando, Manual de administración pública, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2016.
- García de Enterría, Eduardo, Tomás-Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo I, Madrid, Civitas -Thomson Reuters, 2017.
- , Curso de derecho administrativo II, Madrid, Civitas -Thomson Reuters, 2017.
- Garofoli, Roberto, Giulia Ferrari, Manuale di diritto amministrativo, Roma, Neldiritto, 2018.
- Giannini, Massimo Severo, «Controllo: nozioni e problemi», Scritti. Volume sesto. 1970 - 1976, 721 a 743., Giuffrè, 1975.
- , Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche, Bologna, il Mulino, 1986.
- , «Incontri sui problemi della Corte dei Conti», Scritti. Volume sesto. 1970 - 1976, 557 a 720., Giuffrè, 1975.
- , Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato, Roma, 1979.
- Giliberti, Biagio, Il merito amministrativo, Padova, CEDAM, 2013.
- Gioiosa, Manuel, Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale, Napoli, Jovene, 2012.
- Giovannini, Michele, Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie, Bologna, Bononia University Press, 2007.
- Giuffrida, Armando, Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità, Torino, Giappichelli, 2012.
- Gómez Buitrago, Jairo, Gerencia pública y control fiscal, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017.
- González Charry, Guillermo, «El ministerio público y la protección de los administrados», La protección jurídica de los administrados, 223 a 246., Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980.
- Guicciardi, Enrico, «Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa», Archivio di diritto pubblico, vol. 2, fasc. 1, 1937, p. 52 a 70.
- Henao Pérez, Juan Carlos, El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Henao Pérez, Juan Carlos, Anibal Zárate Pérez (a cura di), Corrupción en Colombia. corrupción, Estado e instrumentos jurídicos, vol. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Hernández Hernández, Oscar Iván, La moralidad administrativa: derecho colectivo, Bogotá, Dike, 2016.
- Hernández, Luis, «Origen institucional del enjuiciamiento contencioso administrativo en Colombia: control judicial del quehacer administrativo antes del Acto Legislativo 03 de 1910», Historia del derecho público en Colombia. Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

- Iannotta, Lucio, «La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto», *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 1998, p. 299 a 373.
- Irwin, Neil, *The Alchemists: Three Central Bankers and a World on Fire*, London, *Headline Publishing Group*, 2014.
- Isaza Espinosa, Carolina, Juan Carlos Henao Pérez (a cura di), *Corrupción en Colombia. corrupción, política y sociedad*, vol. I, Bogotá, *Universidad Externado de Colombia*, 2018.
- Iturralde, Victoria, «Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, fasc. 31, 2008, p. 157 a 175.
- Kelsen, Hans, *La dottrina pura del diritto*, (tradotto da) Renato Treves, Torino, G. Einaudi, 1956.
- Lacava, Filippo, *Principio di legalità dell'azione amministrativa ed esigenze di risultato*, Roma, *Aracne*, 2015.
- Lezcano Miranda, Martha Eugenia, *La justicia de todos: mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Medellín, *Fundación Universidad Autónoma de las Américas*, 2016.
- Licciardello, Sebastiano, «La formazione del sistema di diritto amministrativo», Stefano Cognetti, et al. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, 3 a 31., Torino, *Giappichelli*, 2014.
- Lozano Villegas, Germán, *Control político en el ordenamiento constitucional colombiano: ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?*, Bogotá, *Universidad Externado de Colombia*, 2010.
- Lupo, Nicola, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, *il Mulino*, 2010.
- Macchia, Marco, «Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto», Luisa Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, *il Mulino*, 2012.
- Magri, Marco, «Prospettive della legislazione italiana in materia di controllo sugli enti territoriali», Antonio Carullo, Daniele Senzani, Franco Mastragostino (a cura di), *La dimensione finanziaria nel diritto amministrativo: risorse, controlli, responsabilità*, 153 a 224., Bologna, *Bononia University Press*, 2019.
- Malagón Pinzón, Miguel, «El control de constitucionalidad y de legalidad ejercido por el poder legislativo (1811-1842)», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, fasc. 6, 2011, pp. 11-24.
- , «El control de la administración pública en Colombia durante el siglo XIX y comienzos del XX», *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, fasc. 1, 2007, pp. 154-165.
- , «La historia del control de las administraciones públicas en la colonia», *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 5, fasc. 9, 2005.
- , «Los tres modelos de control de la administración pública en el siglo XIX vistos a través de la Constitución de 1843», *Historia del derecho público en Colombia. Tomo I*, Bogotá, *Universidad Externado de Colombia*, 2012.
- Malagón Pinzón, Miguel Alejandro, *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, *Universidad Externado de Colombia*, 2007.
- Marín Hernández, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, *Universidad Externado de Colombia*, 2007.
- , *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, *Universidad Externado de Colombia*, 2018.

- Martínez Jurado, Darío, «El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, fasc. 20, 2018, p. 289 a 343.
- Maruotti, Luigi, «Il giudicato», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di) , *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, 1019 a 1066., Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014.
- Mattarella, Bernardo Giorgio, *Burocrazia e riforme: L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2017.
- , «Il procedimento», Sabino Cassese (a cura di) , *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, 1:283 a 351., vol. i, Milano, Giuffrè, 2015.
- , «Il provvedimento», Sabino Cassese (a cura di) , *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, 1:353 a 423., vol. i, Milano, Giuffrè, 2015.
- Mele, Renato, Raffaele Adinolfi (a cura di), *Gestione e controllo delle pubbliche amministrazioni: dopo la riforma Brunetta*, Roma, Aracne, 2010.
- de Mendizábal y Allende, Rafael, «Función y esencia del Tribunal de Cuentas», *Revista de Administración Pública*, fasc. 46, 1965, p. 13 a 63.
- Merloni, Francesco, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018.
- Merusi, Fabio, «Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo. A proposito di “Verwaltungsrechtliche Dogmatik” di Eberhard Schmidt-Assmann.», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2015, p. 17 a 23.
- , *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012.
- , *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2007.
- Mirate, Silvia, «Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato», fasc. 3, 2015, p. 121 a 135.
- Mogollón, Jorge Iván, «Fundamentos del carácter obligatorio de los recursos administrativos en Colombia.», *Tesis de grado para optar el título de magíster en derecho con énfasis en derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Montaña Plata, Alberto, «Caracterización de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana con ocasión de su reconocimiento como causa y producto del fortalecimiento del Derecho administrativo», Alberto Montaña Plata, Andrés Fernando Ospina Garzón (a cura di) , *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo justificación, retos y aporte al derecho administrativo : XIV Jornadas de Derecho Administrativo*, 105 a 131., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- , *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- , «El principio de buen funcionamiento de la administración pública y su carácter vinculante en la revisión judicial de actividades administrativas», Alberto Montaña Plata, Andrés Fernando Ospina Garzón (a cura di) , *La constitucionalización del derecho administrativo. Tomo II: el derecho administrativo para la paz*, 357 a 393., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- , *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.



- Mora Correa, Martha Cecilia, «Independencia y autonomía del control interno en las entidades públicas de Colombia», Tesis de grado para optar el título de magíster en derecho con énfasis en derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Moral, Ignacio, et al., Evaluación de políticas públicas: técnicas cuantitativas, Madrid, Gaceta Grupo Editorial, 2016.
- Moreau, Jacques (a cura di), Droit public, vol. ii, Paris, Economica, 1995.
- Napolitano, Giulio, La logica del diritto amministrativo, Bologna, il Mulino, 2017.
- , «Le funzioni», Sabino Cassese (a cura di), Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo, 1:29 a 81, vol. i, Milano, Giuffrè, 2015.
- Nieto, Alejandro, Una introducción al derecho, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- Nigro, Mario, Giustizia amministrativa, Bologna, il Mulino, 2002.
- Orlando, Vittorio Emanuele, L'ordinamento della giustizia amministrativa in Italia, Milano, Societa editrice libraria, 1900.
- Ospina Garzón, Andrés Fernando, De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- , «La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann», Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Javier Barnes Vázquez, Mónica Liliana Ibagón Ibagón (a cura di), Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann, 35 a 74., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- , «La justicia administrativa para la paz o los “medios de control” para la paz», La constitucionalización del derecho administrativo. Tomo II: el derecho administrativo para la paz, 633 a 727., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- , «L'activité contentieuse de l'administration en droit français et colombien», Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2012.
- (a cura di), Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- , «Separación de poderes y Derecho administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios», La constitucionalización del derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo, 117 a 142., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Pagni, Ilaria, «La giurisdizione tra effettività e efficienza», Gian Domenico Comporti (a cura di), A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: studi, VII. La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza):85 a 110., vol. VII. La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza), Firenze, Firenze University Press, 2016.
- Pajno, Alessandro, «Diritto pubblico e diritto privato», Annuario 2002 - AIPDA, 55 a 77., Milano, Giuffrè, 2003.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel, Derecho procesal administrativo, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2017.
- Panunzio, Sergio P., «Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico: osservazioni sul caso italiano», Politica del Diritto, fasc. 1, 1937, pp. 3-26.

- Papa, Anna, «Il Parlamento», Paola Bilancia, Eugenio De Marco (a cura di) , L'ordinamento della Repubblica: le istituzioni e la società, 206 a 237, Assago, Wolters Kluwer, 2018.
- Papa, Valentina, Effettività dei controlli gestionali della Corte dei conti: esame delle misure consequenziali, Canterano, Aracne, 2017.
- Parada Vázquez, Ramón, Derecho administrativo I. Introducción, Organización administrativa, Empleo público, Madrid, Ediciones Académicas, 2017.
- Parejo Alfonso, Alfonso, Lecciones de Derecho Administrativo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- Pastori, Giorgio, «La disciplina generale dell'azione amministrativa», Anuario 2002 - AIPDA, 33 a 41., Milano, Giuffrè, 2003.
- Peláez Gutiérrez, Verónica, La conciliación en el derecho administrativo colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Penagos, Gustavo, Fundamentos del derecho administrativo: origen del derecho administrativo en el mundo, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 1993.
- Perez, Rita, «La finanza», Sabino Cassese (a cura di) , Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo, 1:215 a 251., vol. i, Milano, Giuffrè, 2015.
- Perongini, Sergio, «La tutela cautelare nel processo di impugnazione», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di) , Il nuovo diritto processuale amministrativo, 937 a 988., Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014.
- , «Profili dinamici del provvedimento amministrativi: nel tempo e nello spazio», Stefano Cognetti, et al. (a cura di) , Percorsi di diritto amministrativo, 381 a 410., Torino, Giappichelli, 2014.
- Pimiento Echeverri, Julián, «Las acciones populares como instrumento de constitucionalidad de la acción administrativa», La constitucionalización del derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo, 349 a 373., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Pino, Giorgio, «I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica», Diritto & Questioni Pubbliche, vol. 11, 2012, p. 75 a 110.
- Piperata, Giuseppe, «Corte dei Conti e riforma della pubblica amministrazione italiana», Franco Mastragostino, Salvatore Pilato (a cura di) , Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione, 13a 28., Bologna, Bononia University Press, 2016.
- Police, Aristide, «La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di) , Il nuovo diritto processuale amministrativo, 59 a 102., Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014.
- , «La giurisdizione di merito del giudice amministrativo», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di) , Il nuovo diritto processuale amministrativo, 103 a 134., Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014.
- , «La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di) , Il nuovo diritto processuale amministrativo, 135 a 180., Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014.
- , «La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa», Rivista Questione Giustizia, fasc. 3, 2015, pp. 136-148.

- , «La tutela cautelare di primo grado», Gianpiero Paolo Cirillo (a cura di) , Il nuovo diritto processuale amministrativo, Assago e Padova, Wolters Kluwer - CEDAM, 2014.
- Ponzo, Sabina, Il sistema delle informazioni per la pianificazione e il controllo nelle pubbliche amministrazioni, Milano, Giuffrè, 2009.
- Pretis, Daria de, «Una dogmatica “riformata” del diritto amministrativo. A proposito di “Verwaltungsrechtliche Dogmatik” di Eberhard Schmidt-Assmann.», Rivista trimestrale di diritto pubblico, fasc. 1, 2015, p. 9 a 16.
- Procuraduría General de la Nación, Modelo de gestión de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación. Conceptualización, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2014.
- Procuraduría General de la Nación, Banco Interamericano de Desarrollo, Sistema Integral de prevención. La función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2007.
- Ragazzo, Massimo, L'autotutela amministrativa: principi operativi e ambiti applicativi, Milano, Giuffrè, 2006.
- Ragone, Sabrina (a cura di), Managing the euro crisis: national EU policy coordination in the debtor countries. Routledge research in EU law, Abingdon, Oxon [UK]; New York, NY, Routledge, 2017.
- Ramajoli, Margherita, «Giusto processo e giudizio amministrativo», Diritto Processuale Amministrativo, fasc. 1, 2013, p. 100 a146.
- , «L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale», Rivista trimestrale di diritto pubblico, fasc. 2, 2010, p. 347 a 388.
- , «Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche», Diritto Amministrativo: Rivista Trimestrale, fasc. 1-2, 2014, pp. 1-44.
- Reale, Anna Chiara, «Processo amministrativo e giurisdizione oggettiva: tra ipotesi normative ed evoluzione giurisprudenziale», Tesi di dottorato di ricerca, Napoli, Università degli Studi di Napoli Federico II, 2017.
- Rebora, Gianfranco, La valutazione dei risultati nelle amministrazioni pubbliche: proposte operative e di metodo, Milano, Guerini, 1999.
- Rincón Córdoba, Jorge Iván, «El control interno como mecanismo de lucha contra la corrupción», Juan Carlos Henao Pérez, Aníbal Zárate Pérez (a cura di) , Corrupción en Colombia. corrupción, Estado e instrumentos jurídicos, IV:451 a 496., vol. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- , La teoría de la organización administrativa en Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- , Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- , Tutela judicial efectiva, actuaciones administrativas y control judicial en el derecho regional europeo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

- Rinella, Angelo, «Forme di governo», Paola Bilancia, Eugenio De Marco (a cura di) , L'ordinamento della Repubblica: le istituzioni e la società, 59 a 82, Assago, Wolters Kluwer, 2018.
- Rodríguez de Santiago, José María, Metodología del derecho administrativo: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Rodríguez, Libardo, Estructura del poder público en Colombia, Bogotá, Temis, 2015.
- , «Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia», Revista Universitas, fasc. 101, giugno 2001, pp. 603-641.
- Romano, Enza, «Profili ricostruttivi del sistema dei controlli amministrativi», Stefano Cognetti, et al. (a cura di) , Percorsi di diritto amministrativo, 567 a 585., Torino, Giappichelli, 2014.
- Romano Tassone, Antonio, «L'amministrazione tra "ricerca della verità" e "produzione di certezza"», Enrico Follieri (a cura di) , Il diritto amministrativo nella prospettiva di un ripensamento epistemologico dei saperi giuridici, 183 a 197., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- Romolini, Alberto, Il controllo strategico nelle amministrazioni pubbliche: problematiche e prospettive, Milano, Angeli, 2009.
- Rossi, Giampaolo, «Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari», Diritto Pubblico, fasc. 1, 2004, p. 1 a 18.
- , Principi di diritto amministrativo, Torino, Giappichelli, 2017.
- Ruffini, Renato, L'evoluzione dei sistemi di controllo nella pubblica amministrazione: linee operative per lo sviluppo dell'audit e della gestione delle performance nelle pubbliche amministrazioni, Milano, Angeli, 2010.
- Ruiz Orjuela, Wilson, Responsabilidad del estado y sus regímenes, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2013.
- Sachica, Luis Carlos, «Panorama general de los controles», La protección jurídica de los administrados, 35 a 47., Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980.
- Saitta, Fabio, «Il Principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa», Diritto Processuale Amministrativo, vol. 67, fasc. 3, 2012, p. 581 a 606.
- Salnave Sanin, Mariana, James Lizarazo Barbosa, «El sistema de control interno en el Estado colombiano como instancia integradora de los sistemas de gestión y control para mejorar la eficacia y efectividad de la gestión pública a 2030», Tesis de grado para optar el título de magíster en pensamiento estratégico y prospectiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Sánchez Morón, Miguel, «Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa», IUS ET VERITAS, fasc. 43, 2015, p. 260 a 270.
- Sandulli, Aldo, «La giustizia», Sabino Cassese (a cura di) , Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo, 1:635 a 698., vol. i, Milano, Giuffrè, 2015.
- Sandulli, Maria Alessandra, «Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto», Federalismi, fasc. 3, 2017, p. 2 a 11.
- , «Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)», Rivista giuridica dell'edilizia, fasc. 4, 2004, p. 1230 a 1239.

- Santaella Quintero, Héctor, «Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta», *La constitucionalización del derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo*, 79 a 115., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General I*, Madrid, Iustel, 2018.
- , *Principios de Derecho Administrativo General II*, Madrid, Iustel, 2018.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- , «León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, fasc. 5, 2011, p. 43 a 83.
- , *Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo.*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- , *Tratado de derecho administrativo. Tomo II: acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Javier Barnes, Mónica Liliana Ibagón Ibagón (a cura di), *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Schmidt-Abmann, Eberhard, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo», Javier Barnes (a cura di) , (tradotto da) Luciano Parejo Alfonso, *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, 21 a 140., Sevilla, Global Law Press - INAP, 2012.
- , «La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma (“la nuova scienza del diritto amministrativo”))», *Diritto Amministrativo: Rivista Trimestrale*, fasc. 2–3, 2015, pp. 255-290.
- , *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, (tradotto da) AA.VV., Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2003.
- , «“Quod ad statum rei romanae spectat” riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato», (tradotto da) Luca De Lucia, Maria Chiara Romano, *Diritto Amministrativo: Rivista Trimestrale*, fasc. 4, 2017, p. 625 a 636.
- Scoca, Franco Gaetano (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017.
- , «Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa», *Diritto Processuale Amministrativo*, vol. 30, fasc. 2, luglio 2012, pp. 371-432.
- , *L’interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.
- Scognamiglio, Andreina, «Profili della legittimazione a ricorrere», *Annuario 2002 - AIPDA*, 383 a 395., Milano, Giuffrè, 2003.

- Senzani, Daniele, «“Amministrazione di risultato” e gestione del rischio finanziario nei contratti pubblici. I modelli Eurosat», Antonio Carullo, Daniele Senzani, Franco Mastragostino (a cura di) , *La dimensione finanziaria nel diritto amministrativo: risorse, controlli, responsabilità*, 131 a 152., Bologna, Bononia University Press, 2019.
- , «Il giudizio di conto tra controllo e processo», Franco Mastragostino, Salvatore Pilato (a cura di) , *La giustizia contabile: dal regolamento di procedura al nuovo codice*, 335 a 358., Bologna, Bononia University Press, 2017.
- Siragusa, Stefano, Giampiero Pizziconi, *L’attività di controllo delle sezioni regionali della Corte dei Conti*, Tiziano Tessaro (a cura di) , Roma, Dike, 2018.
- Sorace, Domenico, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2014.
- Soricelli, Gerardo, «Il processo amministrativo ovvero il problema del complesso equilibrio tra il potere dell’amministrazione e la tutela del privato», *Rivista Scientifica*, fasc. 1. *Gazzetta Amministrativa della Repubblica italiana*, 2018, p. 1 a 13.
- Spasiano, Mario R., «Il regime dei provvedimenti: l’efficacia», Franco Gaetano Scoca (a cura di) , *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- Spataro, Ornella, «Crisi del regionalismo e macroregioni. Spunti di riflessione», *Federalismi*, fasc. 6, 2018, p. 15.
- Tanda, Paolo, *Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012.
- Tarasco, Antonio Leo, *Corte dei conti ed effetti dei controlli amministrativi*, Assago, CEDAM, 2012.
- Tenore, Vito (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2018.
- Torchia, Luisa, «Il giudice amministrativo e l’amministrazione: controllo, guida, interferenza», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2019, p. 189 a 198.
- , «La nuova disciplina dei controlli nell’amministrazione: l’attività di valutazione e controllo strategico», Marco Cammelli (a cura di) , *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, 65 a 76., Rimini, Maggioli, 2001.
- Torricelli, Simone (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018.
- Tovar Pinzón, Hermes, *Corrupción: metáfora de ambición y deseo*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.
- Travi, Aldo, «Il metodo nel diritto amministrativo e gli “altri saperi”», *Diritto Pubblico*, fasc. 3, 2003, p. 865 a 866.
- , *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018.
- Tropea, Giuseppe, «Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell’azione amministrativa», *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, fasc. 3, 2018, p. 126 a 156.
- Truchet, Didier, *Droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015.

- Ursi, Riccardo, «La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione», Mauro Marchetti, Mauro Renna (a cura di) , A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: studi, vol. III. La giuridificazione, Firenze, Firenze University Press, 2016.
- , Le stagioni dell'efficienza: i paradigmi giuridici della buona amministrazione, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.
- Vaccari, Stefano, Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo, Torino, Giappichelli, 2017.
- Vagnoni, Emidia, Luca Anselmi, Giuseppe Farneti, I controlli nelle pubbliche amministrazioni, Rimini, Maggioli, 1997.
- Valaguzza, Sara, Procuring for value: creare valore attraverso i contratti pubblici, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.
- Vandelli, Luciano, «Etica pubblica e buona amministrazioni: quale ruolo per i controlli», Luciano Vandelli, Claudia Tubertini (a cura di) , Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli, 11 a 26., Milano, Franco Angeli, 2009.
- Vidal Perdomo, Jaime, «El control político en el sistema constitucional colombiano», La protección jurídica de los administrados, 145 a 200., Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980.
- Voßkuhle, Andreas, «Sobre el método del derecho administrativo», Javier Barnes (a cura di) , (tradotto da) Javier Barnes, Manuel Gámez Mejías, Innovación y reforma en el derecho administrativo, 141 a 188., Sevilla, Global Law Press - INAP, 2012.
- Waline, Jean, Droit administratif, Paris, Dalloz, 2015.
- White, Jay D., Tomar en serio el lenguaje. Los fundamentos narrativos de la investigación en administración pública, (tradotto da) Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- Younes Moreno, Diego, Curso de derecho administrativo, Bogotá, Temis, 2016.
- , Derecho del control fiscal y del control interno, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015.
- Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, Madrid, Trotta, 2011.
- , Il diritto mite: legge, diritti, giustizia, Torino, Einaudi, 1992.
- Zanobini, Guido, La giustizia amministrativa, Milano, Giuffrè, 1939.
- Zanon, Nicolò, Francesca Biondi, Il sistema costituzionale della magistratura, Bologna, Zanichelli, 2014.
- Zárate Pérez, Aníbal Rafael, «La eficacia de la acción administrativa frente al fenómeno de la procesalización», La constitucionalización del derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo, 565 a 592., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- , La incorporación constitucional de los principios de eficacia y eficiencia administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Zoppini, Andrea (a cura di), La concorrenza tra ordinamenti giuridici, Roma, Laterza, 2004.

## ABSTRACT

La problematica giuridica che il presente lavoro di ricerca intende affrontare è quella di stabilire se gli ordinamenti giuridici colombiano ed italiano, in virtù di una logica di convergenza progressiva, hanno superato il modello tradizionale di controllo dell'attività amministrativa, basato esclusivamente sulla teoria dello Stato di diritto e sul modello classico del diritto amministrativo, che ha implicato il monopolio giurisdizionale e la limitazione al controllo della legalità-validità? E, se la risposta fosse negativa analizzare, altrettanto, se il rafforzamento degli effetti prodotti da alcuni dei tradizionali controlli non giurisdizionali (interni ed esterni), al fine di renderli più incisivi e di tipo correttivo, in primo luogo, sarebbe conforme ai regimi costituzionali rispettivi e, in secondo luogo, potrebbe contribuire a risolvere le attuali carenze e criticità (il loro tallone d'Achille) e a garantire il pieno controllo dell'attività amministrativa?

In questo contesto, lo scopo dell'indagine, attraverso dell'analisi dell'esperienza degli ordinamenti colombiano e italiano, è rivendicare il ruolo e il potenziale dei meccanismi di controllo non giurisdizionale delle attività amministrative, in modo tale che siano effettivamente configurati come strumenti di controllo correttivo, che integrino il compito dei giudici e che garantiscano il controllo delle aree a cui quest'ultimi non arrivano o non possono raggiungere. In questo modo, la ricerca mira ad effettuare una diagnosi, in una prospettiva critica e convergente, del sistema di controlli in vigore in entrambi gli ordinamenti studiati, senza limitarsi a esporre le caratteristiche o i difetti dell'attuale modello e, al contrario, proponendo una possibile soluzione, in particolare, alla tendenziale ineffettività che lo ha caratterizzato fin dalle sue origini. Cioè, oltre a spiegare le cause e le conseguenze (storiche, teoriche, normative e pratiche) che hanno fatto sorgere il modello di controllo monopolizzato dal giudice e limitato alla verifica della legalità-validità, l'indagine mira a spiegare i motivi per cui si tratta di un modello che, nonostante le riforme teoriche e normative, sussiste ancora in modo inconsapevole o non evidente perché, in pratica, i controlli non giurisdizionali sono ineffettivi per raggiungere i loro scopi, non producono effetti giuridicamente efficaci e, pertanto, confermano il ruolo monopolistico del giudice e l'assenza del controllo di parametri diversi dalla legalità-validità.

Infine, la ricerca propone una possibile soluzione alle problematiche odierne, nel senso di rilevare che precisamente le Costituzioni dei paesi studiati, anzi, lo Stato costituzionale, richiede e abilita la configurazione di controlli correttivi non giurisdizionali, con effetti incisivi, il che non significa che tutti essi debbano acquisire tale natura. Piuttosto, significa che i meccanismi di controllo non sono soltanto una questione tecnica, ma delle istituzioni che completano il modello di Stato costituzionale. Pertanto, all'interno del sistema di controllo deve esserci un insieme di meccanismi di natura amministrativa, caratterizzati dai loro effetti incisivi – correttivi, in tal modo si potrebbe sciogliere il monopolio giurisdizionale e controllare efficacemente i parametri di legalità-effettività. La rivendicazione proposta nell'indagine implica che questo insieme di meccanismi, in virtù del loro comune denominatore (finalità ed effetti incisivi), formano un'attività amministrativa autonoma, principale e differenziabile, con un concetto giuridico che ne identifica le caratteristiche essenziali e sottolinea che i meccanismi che la compongono, oltre a verificare le deformità nell'attività amministrativa, devono garantirne la correzione: decidono per controllare.