

Elenco degli Autori

Flaminia Aperio Bella

Assegnista e Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma Tre.

Antonio Cassatella

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Trento.

Martina Conticelli

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Maurizia De Bellis

Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Giacinto della Cananea

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Angela Ferrari Zumbini

Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

Marco Macchia

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Biancamaria Raganelli

Professore di Istituzioni finanziarie europee e di Diritto pubblico dell'economia presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Lorenzo Saltari

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo.

Alessandra Salvato

Dottore di ricerca in Disciplina del mercato e della concorrenza nell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" e docente a contratto di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Palermo.

Presentazione

I lavori che si pubblicano in questo volume rappresentano il risultato della ricerca su “La codificazione dei procedimenti dell’Unione europea” svolta, nell’ambito del Progetto PRIN 2012 (Coordinatore scientifico nazionale Prof. Jacques Ziller), dal gruppo di ricerca costituito presso l’Università degli studi di Roma “Tor Vergata”. Si presentano, ora, i contenuti dei singoli contributi, nonché le principali conclusioni.

L’analisi sviluppata dall’Unità romana ha avuto ad oggetto “I procedimenti di *adjudication*” e ha adottato un approccio sia comparativo, sia multisettoriale.

Nel primo senso, quindi, e in un’ottica comparata, ci si è proposti di accertare su quali principi si sia registrata una convergenza così significativa tra ordinamenti nazionali, da indurre a ritenere che si tratti di principi generali del diritto UE. La scelta è ricaduta sull’obbligo di motivazione, che è discusso nel contributo di Antonio Cassatella.

In questo capitolo, l’analisi dell’obbligo di motivazione è sviluppata sia in chiave diacronica, sia comparata, e muove dalle quattro diverse concezioni – volontaristica, dinamica, relazionale e pluralistica – con le quali può darsi lettura del principio, e nelle quali si ritrovano i principali sistemi giuridici occidentali. È attraverso queste concezioni che si esprimono i tratti caratterizzanti della motivazione, all’esito dello studio della pluralità di fonti e delle prassi interpretative che caratterizzano il fenomeno in ogni ordinamento statale e sovra-statale, e dunque nell’interazione tra gli orientamenti delle corti e le risposte della scienza giuridica. Dalle convergenze emerge quello che secondo l’Autore, dunque, in termini stipulativi, «può intendersi come il ‘principio di motivazione’ che caratterizza l’attuale esperienza storica negli ordinamenti europei».

Sebbene, in larga parte, tali convergenze trovino sintesi nel diritto positivo, nei diversi ordinamenti nazionali e sovranazionali, tuttavia, come scrive Cassatella, le codificazioni generali non esauriscono la disciplina della motivazione, né tantomeno riescono a coprire tutti i valori che l’istituto è chiamato ad esprimere ovvero a individuarne tutti i corollari. Eppure, nella sinte-

si della concezione pluralistica sembrano potersi isolare i tratti caratteristici della qualificazione giuridica della motivazione. Se la circolazione del modello pluralistico è agevolata dalle pronunce della Corte di giustizia, l'Autore conclude che il modello europeo riesce ad imporsi fino ad un certo punto su alcune esperienze nazionali.

Nella parte della ricerca che ha avuto ad oggetto l'analisi settoriale si è concentrata l'attenzione su alcuni degli aspetti più problematici, riscontrati in fase di attuazione. Dei singoli settori o procedimenti, sono state considerate sia le regole vigenti, sia i principi, eventualmente richiamati negli atti normativi e nella giurisprudenza. Si è rivolto, quindi, dapprima, uno sguardo al passato, si è considerata, poi, l'evoluzione al momento attuale, e si sono svolte, infine, riflessioni in chiave prospettica, soprattutto in considerazione del progetto di codificazione elaborato dagli studiosi riuniti nel gruppo di ricerca ReNEUAL – *Research Network on European Administrative Law*.

I primi tre scritti della seconda parte di questa raccolta, dunque, affrontano analisi trasversali, mentre i quattro contributi inclusi nella terza parte sono dedicati alle esperienze di settore.

L'analisi intersettoriale e quella settoriale consentono non solo di evidenziare le problematiche emergenti nell'attuazione del diritto europeo, ma anche di interpretare le differenti sistemazioni del diritto vivente: come si vedrà nei diversi scritti, infatti, la qualificazione dei principi procedurali, e la loro affermazione, risultano disperse in diversi atti normativi.

Il contributo di apertura della seconda parte muove dall'osservazione di casi e di procedimenti nei quali il riconoscimento delle tutele procedurali è risultato particolarmente controverso. La riflessione si sviluppa attraverso le categorie tradizionali delle forme di esecuzione del diritto dell'Unione europea, ma mira a superare tali distinzioni, nella consapevolezza che il diritto amministrativo europeo degli ultimi anni lascia emergere procedimenti amministrativi sempre più complessi, nei quali le competenze e le responsabilità appaiono combinate secondo schemi che superano la tradizionale tripartizione relativa all'esecuzione europea, con implicazioni che, dalla struttura e dalla sequenza procedimentale, riversano i propri effetti sulle certezze di tutela e sulle garanzie.

Il contributo sulla *Frammentazione dei procedimenti amministrativi europei di settore. Verso un loro completamento unitario grazie ad una codificazione generale?*, di Lorenzo Saltari e Alessandra Salvato, muove dall'assunto fenomenologico in base al quale il diritto europeo costruisce complessi procedimenti amministrativi di diritto speciale, sovente frammentari e incompleti, al punto da lasciar spazio a deficit di tutela nelle situazioni soggettive.

L'analisi si concentra su quattro settori, di cui si discute sia l'assetto normativo, sia la principale giurisprudenza: l'*enforcement* del diritto europeo antitrust negli scambi tra le Autorità nazionali della concorrenza e la Commissione europea; le situazioni di emergenza nel sistema di allarme rapido in materia di sicurezza alimentare; la "direzione" sovranazionale alla regolazione delle comunicazioni elettroniche; il meccanismo di vigilanza unico del settore bancario.

La principale tesi sostenuta nel lavoro è che le esigenze di funzionalità del sistema amministrativo prevalgano sulle tutele soggettive (di accesso, di partecipazione, di motivazione, di tutela giurisdizionale tempestiva, ecc.), e siano molto spesso sostenute dalla Commissione europea e dalle amministrazioni europee in generale.

Ci si chiede dunque se tale assetto possa essere corretto attraverso un'opera di codificazione generale. Dalla considerazione delle regole ReNEUAL gli Autori derivano l'utilità dell'applicazione del codice, proprio in riferimento a quelle che essi definiscono 'zone grigie', in cui la complessità della composizione rischia di lasciare maggiori vuoti di tutela. Tuttavia, essi giungono alla conclusione che le lacune più rilevanti sono quelle che emergono nelle fasi di attuazione da parte delle amministrazioni nazionali, che paradossalmente restano fuori dal campo di applicazione delle *model rules*.

Chiude la seconda parte lo scritto di Maurizia De Bellis, che discute la tutela del privato a fronte del potere ispettivo delle amministrazioni europee: dall'analisi emerge quanto, nonostante un'evoluzione in senso maggiormente garantistico, essa presenti ancora notevoli carenze.

Il tema ha una rilevanza centrale, soprattutto in considerazione del ricorso progressivamente maggiore allo strumento ispettivo: utilizzato già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, in prevalenza dalla Commissione europea, e in particolare nel settore della concorrenza, dalla fine degli anni Novanta e poi a partire dal Duemila in poi, lo strumento si è maggiormente diffuso ed è stato utilizzato anche da altre amministrazioni europee. Ciò è avvenuto, dapprima, a seguito dell'istituzione dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), e per la protezione degli interessi finanziari dell'UE e in riferimento ai fondi strutturali e alla politica agricola, e, in un secondo momento, a favore delle agenzie europee competenti in materia di pesca e di trasporto aereo. Da ultimo, nell'ambito degli interventi per il rafforzamento dell'architettura istituzionale preposta alla vigilanza finanziaria successivi alla crisi globale, poteri ispettivi sono stati assegnati alla BCE e all'Autorità europea per i mercati e gli strumenti finanziari (ESMA).

Se a tali carenze ha sinora fatto fronte la giurisprudenza, attraverso un

controllo giurisdizionale successivo molto rigido sul rispetto delle principali garanzie procedurali, è pur vero che, a causa del carattere settoriale della disciplina, i progressi sono stati avvertiti in maniera diseguale: è su questo aspetto, dunque, che secondo l'Autrice, la disciplina delle *model rules* ReNEUAL potrebbe portare più beneficio, non solo in termini di certezza del diritto e di tutela delle aspettative dei privati nel corso dello svolgimento procedimentale quanto, e ancor più, in termini di armonizzazione delle garanzie.

La terza parte della ricerca sull'attuazione amministrativa europea si apre con l'indagine di Marco Macchia, che ha ad oggetto il processo di 'legificazione' dei procedimenti di *adjudication* all'interno dell'Unione bancaria. Il contributo esamina sia i meccanismi di vigilanza e supervisione unica, sia gli strumenti di risoluzione delle crisi bancarie.

La scelta del settore bancario è motivata dai caratteri della regolamentazione in materia, per un verso, «tipici dei più evoluti 'sistemi amministrativi comuni', e, per l'altro, originali rispetto ai regimi riscontrabili in altri settori».

Il lavoro ha tra i suoi diversi obiettivi di verificare lo stato della regolazione amministrativa, di discutere la coesistenza tra funzioni amministrative comuni e normative differenziate per Stati membri, di comparare gli esiti della legificazione settoriale con la più ampia codificazione dei principi generali del procedimento amministrativo e con l'affermazione degli istituti finalizzati a garantirne l'attuazione.

Nell'opinione dell'Autore, proprio l'ordinamento 'sezionale' bancario conferma la rilevanza della disciplina del procedimento nell'Unione europea, sia per gli organi e gli organismi sovranazionali, sia quando le politiche sono condivise. Se la disciplina dei procedimenti in ambito bancario, e le garanzie procedurali ivi previste, perseguono l'obiettivo di assicurare l'*accountability* delle autorità di vigilanza, tuttavia, rappresentando il frutto di politiche settoriali, esse necessitano di essere integrate con disposizioni di carattere generale. Sebbene la normativa di settore confermi uno standard elevato di tutela dei destinatari, ad esempio nell'ambito del meccanismo di supervisione, come dimostra la regolamentazione del potere sanzionatorio della Banca centrale europea, tuttavia, già nel meccanismo unico di risoluzione, si riscontrano maggiori lacune e carenze.

La regolamentazione – prosegue l'Autore – può risolvere i conflitti di competenze e i problemi di sovrapposizioni e garantire la trasparenza e la prevedibilità dell'azione amministrativa. Il codice ReNEUAL può anche consentire di valutare la disciplina settoriale e fornire chiavi di interpretazione per apprezzare l'attuazione del principio di buona amministrazione.

Per un verso, le norme modello muovono dalla ricognizione e dalla comparazione delle diverse discipline dell'ordinamento giuridico dell'Unione, senza tralasciare la giurisprudenza delle Corti europee. In questo senso, come ricorda l'Autore, esse sintetizzano «regole di origine europea a vocazione generale», suscettibili di applicazione nel settore bancario. Per l'altro, esse tengono conto di «modelli di amministrazione congiunta ad intreccio di competenze», «nei quali non si registra (quasi mai) un intervento autonomo dell'autorità sopranazionale, ma (quasi sempre) un esercizio condiviso delle competenze».

Il contributo di Angela Ferrari Zumbini su *La (mancata) tutela del diritto di essere sentiti nei procedimenti di adjudication in materia fiscale* ha ad oggetto l'analisi della materia fiscale e dei relativi procedimenti, attraverso l'esame di quattro casi giurisprudenziali selezionati. L'analisi fenomenologica prende in esame sia pronunce ove si discute di procedimenti nazionali in attuazione del diritto dell'Unione (Sopropè, Kamino, Unitrading), sia pronunce che hanno ad oggetto la tutela di garanzie procedurali nell'ambito di procedimenti composti (Sabou). Lo scopo della ricerca è quello di esaminare la morfologia del diritto di essere sentiti nei procedimenti di *adjudication* in materia fiscale.

La tesi sostenuta nel lavoro è che tale diritto non si sia pienamente imposto, per una serie di circostanze: in primo luogo, in quanto non espressamente previsto nella disciplina fiscale; in secondo luogo, in quanto la sua effettività è apparsa sovente limitata dalle pronunce dei giudici nazionali (es. Corte di cassazione nazionale); in terzo luogo, in quanto esso è stato riconosciuto in maniera differenziata in ambito nazionale e solo in fase di reclamo (determinando ciò che l'Autrice definisce come una discriminazione a contrario); infine, poiché esso trova difficile applicazione nei procedimenti composti.

Il capitolo di Biancamaria Raganelli su *La tutela del contraddittorio nei procedimenti europei in materia di concorrenza* prende in esame il problema della tutela del contraddittorio nel settore della concorrenza. La ricerca muove dalla riflessione in ordine alle due forme di attuazione, decentrata e accentrata, della normativa in materia ma si concentra comunque sul secondo tipo, quindi sull'amministrazione diretta, che è poi il campo di osservazione privilegiato per la valutazione delle *model rules* ReNEUAL.

La tesi sostenuta nel lavoro è che la formalizzazione dei principi del procedimento potrebbe fornire maggiore «chiarezza operativa» agli stessi, aiutando a superare molte delle ambiguità emerse nella giurisprudenza, con particolare riferimento alla materia del contraddittorio procedimentale.

Il volume si chiude con un capitolo nel quale si affronta il tema della pro-

tezione giurisdizionale nei procedimenti composti. Lo scritto su i *Procedimenti composti in materia di implementazione della politica agricola comune e garanzie procedurali: il caso Oleificio Borelli “riletto” alla luce delle Model Rules in materia di decisioni individuali*, di Flaminia Aperio Bella, discute i problemi sollevati nel caso dell'Oleificio Borelli, sia in chiave retrospettiva, sia in chiave attuale.

Dapprima, si analizzano le principali questioni emerse alla fine degli anni Novanta, in relazione ai procedimenti composti e al modello della c.d. amministrazione, e si evidenziano le lacune nella base normativa e nella risposta giurisprudenziale.

Si discutono, poi, le soluzioni e i principi affermati nelle *model rules* per la risoluzione delle questioni sollevate in quel caso o di questioni analoghe.

Nel riconoscere che in base alla nuova disciplina dei fondi europei infatti non si darebbe luogo ad una analoga vicenda, tuttavia, l'Autrice non esclude che possano porsi ancora oggi problematiche derivanti da vuoti di tutela giurisdizionale in altri settori.

Una prima versione degli scritti raccolti in questo volume è stata discussa nel corso di un incontro che si è tenuto a Roma, il 12 dicembre 2016. I curatori di questo volume desiderano ringraziare Paola Chirulli, Diana Urania Galetta, Barbara Marchetti e Jacques Ziller per i commenti e i rilievi svolti in quella sede.

Martina Conticelli

Introduzione

L'administrative adjudication nell'Unione europea

Giacinto della Cananea

Sommario: 1. Il problema della discrezionalità amministrativa. – 2. Dall'atto al procedimento: un'analisi comparata. – 3. *Adjudication* e *rule-making*: il modello austriaco, il modello americano. – 4. *Adjudication* e *rule-making* negli Stati membri dell'Unione europea: una visione d'insieme. – 5. *Adjudication* e *rule-making* nell'Unione europea. – 6. Una disciplina giuridica inadeguata. – 7. Le prospettive.

1. Il problema della discrezionalità amministrativa

La visione statica dell'attività amministrativa, incentrata sull'atto (o provvedimento) amministrativo individuale e tanto spesso rimproverata dai posteri ai giuspubblicisti attivi a cavallo tra Otto e Novecento, aveva più d'una ragion d'essere. Vi era, sul piano pratico, l'esigenza d'individuare il momento in cui la potestà attribuita a un determinato organo pubblico è esercitata e può, quindi, concretizzarsi una lesione d'interessi annoverati dall'ordinamento tra quelli meritevoli di essere protetti. Vi era, sul piano teorico, l'influsso dell'impostazione prevalsa nella dottrina civilistica del negozio giuridico, che all'epoca aveva raggiunto un alto grado di maturazione.

E purtuttavia, quella visione statica non era immune da difetti. Lasciava in ombra non soltanto i casi in cui l'amministrazione agiva "in via di fatto", cioè svolgeva un'attività materiale, ma anche i casi in cui non agiva o lo faceva in modo tardivo. Soprattutto, non rendeva ragione dell'importanza delle attività e delle "operazioni" – per usare l'espressione impiegata da alcuni studiosi francesi e italiani – che precedevano l'atto finale, cioè del procedimento amministrativo. Si comprese in seguito che il procedimento assumeva importanza non soltanto da un punto di vista organizzativo, ma anche ai fini della ricerca di un equilibrato rapporto tra i vari interessi in gioco. Si riconobbe la necessità che le decisioni prese dai poteri pubblici si fondassero su

un'informazione accurata. Si riconobbe il rischio che, in assenza d'una approfondita ponderazione dei fatti e così degli interessi e d'una adeguata interpretazione delle disposizioni vigenti, l'amministrazione esorbitasse dall'ambito di competenza attribuita dalla legge, si discostasse dalle finalità da essa stabilite, finisse per degradare in arbitrio.

La soluzione prospettata da vari studiosi d'ispirazione liberale, in più d'un Paese e in diversi gradi di sviluppo del sistema amministrativo (come Albert Venn Dicey e Guido Zanobini), è consistita nell'insistere sui due tratti salienti della *Rule of Law* o del *Rechtsstaat*, ossia la legge e il controllo giudiziale. Alla legge si è attribuito il compito di limitare al massimo la discrezionalità, se possibile di escluderla. Al giudice si è chiesto di verificare il rispetto delle condizioni alla stregua delle quali l'atto amministrativo può considerarsi valido, senza entrare nel merito delle scelte effettuate dall'autorità governativa o amministrativa. Ma nessuno dei due accorgimenti suggeriti è riuscito a porre rimedio al problema, per le ragioni esposte da Federico Cammeo più di un secolo fa: i legislatori non sono in grado di prevedere tutte le questioni che sorgeranno nell'applicazione delle regole che intendono stabilire e queste richiedono sovente rettifiche, per adeguarle ai mutamenti nel frattempo intervenuti. Si può aggiungere che le regole, mentre di rado possono dirsi "neutre" rispetto agli interessi in gioco, spesso hanno contenuto tecnico, ciò che rende difficile anche il sindacato giurisdizionale. Questo, per di più, ha un limite istituzionale intrinseco: è attivato da quanti vi abbiano interesse, per cui non garantisce, di per sé, che l'azione (o l'inazione) dei *policy-makers* sia controllabile.

2. Dall'atto al procedimento: un'analisi comparata

Quanto appena osservato torna utile per due scopi, cioè per introdurre il tema e il metodo di questa introduzione. Il tema della discrezionalità è, non da ora, al centro del diritto pubblico. Sul piano teorico, tutte le tesi sono state sostenute e contraddette, con varietà di spunti e soprattutto di risultati. Sul piano operativo, il raffronto tra le soluzioni adottate in vari ordinamenti giuridici si configura come particolarmente interessante dall'angolo visuale del procedimento amministrativo.

La comparazione, in sé, è fondamentale per il diritto. È in grado di fornire un contributo cruciale ai fini di un avanzamento delle conoscenze disponibili circa l'ordine degli eventi reali, rilevanti per il diritto. Fornisce spunti ai fini dell'elaborazione delle rappresentazioni teoriche di quegli eventi. Il

raffronto tra gli istituti giuridici e le relative categorie teoriche propri di due o più ordinamenti permette di comprendere le differenze e le somiglianze e, così, di accertare l'esistenza di un "nucleo giuridico comune" a essi ed eventualmente ad altri, in Paesi vicini per geografia o la cultura. Può costituire la base per iniziative di riordino volte a un ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, come previsto dal Trattato di Roma. Teoria e prassi sono, dunque, variamente interessate dalla comparazione giuridica. Ne sono interessate in modo speciale in alcuni contesti, come lo spazio giuridico europeo, dove l'esistenza di un nucleo di principi generali del diritto comuni assume rilievo sul piano prescrittivo, in base al consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Tuttavia, può essere di qualche utilità ampliare l'ambito dell'analisi comparata, nella ricerca non di paradigmi, ma di modelli di riferimento, in senso non ideale, ma concreto, cioè dei principi e degli istituti che sono stati presi in considerazione dagli studiosi e dagli statisti di altri Paesi. Hanno variamente assolto questo ruolo, nel corso del tempo, l'ordinamento austriaco e quello americano. Probabilmente non a caso, si tratta di due federazioni. Nell'Austria degli anni Venti del Novecento, i cultori della concezione gradualista del diritto, in virtù della quale l'atto amministrativo realizza quanto previsto dalla legge, misero il procedimento al centro della disciplina giuridica dell'amministrazione, assoggettandone l'agire ai principi fondamentali comuni alla giurisdizione. Venti anni più tardi, dopo il formidabile sviluppo che il New Deal aveva impresso alle attività dei pubblici poteri (anche di tipo nuovo, come la Tennessee Valley Authority), il problema di come fosse possibile impedire che la discrezionalità degradasse in arbitrio si pose negli Stati Uniti d'America ed ebbe una soluzione in parte simile, in parte diversa: formalizzando lo svolgimento del procedimento e al tempo stesso distinguendo l'*adjudication* dal *rule-making*. I due modelli di riferimento verranno considerati, riguardati, in rapporto a due profili particolarmente rilevanti ai fini che qui interessano: il modo di concepire l'amministrazione, sotto l'aspetto funzionale; il rapporto con la giurisdizione.

3. *Adjudication* e *rule-making*: il modello austriaco, il modello americano

L'influenza della scuola di Vienna, con la sua tendenza a collocare l'amministrazione in una posizione prossima alla giurisdizione e a distinguere entrambe dalla legislazione, si manifesta fin dall'incipit della legge austriaca

del 1924 (in seguito modificata più volte, in particolare nel 1991), che concerne la tutela giurisdizionale, segnatamente quanto alla competenza *ratione materiae* e territoriale.

Si manifesta, inoltre, nei principi che regolano l'amministrazione. Nel novero di quei principi vi è, anzitutto, il divieto di parzialità (§ 7), in cui si rispecchia la prima delle massime fondamentali della *natural justice* inglese, vale a dire che nessuno dev'essere il giudice di se stesso. Vi è, inoltre, il principio della formalizzazione delle comunicazioni tra le autorità pubbliche e le parti private (§ 13), pur se esso è temperato dalla previsione dei criteri di semplicità e speditezza (§ 18). Vi è, ancora, il principio di acquisizione dei fatti da parte dell'autorità competente (§ 37), con l'eccezione dei fatti notori (§ 45). Infine, vi è l'altro principio di *natural justice*, ossia il contraddittorio, al quale si conformano gli istituti dell'accesso ai documenti detenuti dall'autorità pubblica (§ 17) e soprattutto l'audizione (*Mündliche Verhandlung*) delle persone interessate e dei testimoni (§ 40), che ha luogo davanti a un apposito funzionario (§ 43).

Sono non meno evidentemente ispirate all'archetipo della giurisdizione le disposizioni che attribuiscono lo status di parte (§ 8), regolano la capacità giuridica e di agire (§ 9), nonché la rappresentanza (§ 10) e infine il ruolo dei testimoni e degli esperti. Considerate nel loro complesso, le disposizioni enunciate dei principi e quelle più dettagliate si fondano sull'assunto che l'amministrazione svolga sino in fondo il compito che è proprio di un'autorità imparziale impegnata nella ricerca della verità, come nell'archetipo del processo, pervenendo a una decisione (§ 56) debitamente motivata (§§ 58-59). La pervasività dell'archetipo è appena temperata dalla previsione di istituti che attestano la consapevolezza della difficoltà di racchiudere l'amministrazione nella logica dualistica del processo, come i procedimenti di massa (*Großverfahren*).

Considerata nel suo complesso, la disciplina austriaca del procedimento ha una notevole importanza, in sé e come fonte d'ispirazione per quanti si sono cimentati nel confezionare norme in altri Paesi dell'Europa centrale e orientale, come la Cecoslovacchia, la Polonia e l'Ungheria. Vi sono, altresì, alcune significative analogie tra la legge austriaca e quella americana (emanata nel 1946), oltre a svariate e importanti differenze. Le analogie riguardano, per più versi, l'*adjudication*; le differenze emergono soprattutto in rapporto al *rule-making*.

Nel vasto campo dell'*adjudication*, vi sono attività per le quali la legge richiede che le potestà spettanti all'autorità (*agency*) competente siano esercitate nel rispetto d'una serie di presupposti e condizioni. Uno spicca, in par-

ticolare, configurandosi come requisito che deve essere rispettato affinché l'intero procedimento possa essere considerato valido: che sia data a ciascun interessato un'adequata possibilità di prendere parte al procedimento, nell'ambito d'una audizione (è, in base al § 554, la *adjudication required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing*). Come nella legge austriaca, così in quella americana, gli interessati assumono la veste di parte e hanno una serie di diritti, incluso quello di nominare un rappresentante. Correlativamente, sono imposti all'autorità vari obblighi di tipo strumentale. Nella logica del *notice and comment*, da un lato, le persone che hanno titolo a partecipare all'audizione devono ricevere una tempestiva informazione circa il suo svolgimento; dall'altro lato, esse devono avere l'opportunità di sottoporre all'*agency* non solo fatti, valutazioni tecniche e argomenti, ma anche proposte di soluzione (*offers of settlement or proposals of adjustment ... when the ... nature of the proceeding and public interest permit*: § 554 b), 3). Ulteriori analogie concernono lo svolgimento dell'audizione, inclusa la prestazione di giuramenti (§ 556) e l'acquisizione di perizie. Detto ciò, bisogna pur dire – però – che i redattori della legge non si nascosero le difficoltà che la piena applicazione del paradigma dell'*adjudication* avrebbe incontrato. Per questo motivo, oltre a disciplinare l'agire formale delle autorità pubbliche, lasciarono spazio per l'agire informale.

Coerentemente con il ruolo che la giurisprudenza ha nell'ordinamento americano, sono i giudici ad aver plasmato l'*adjudication* sviluppando due fondamentali principi: l'apertura del procedimento e la ragionevolezza. Sotto il primo profilo, essi hanno ampliato la classe d'interessi ai quali spetta intervenire nel procedimento, delimitando i casi nei quali è richiesto il possesso dello status di cittadino e ampliando il concetto di "proprietà", fino a includervi i molti casi in cui individui e gruppi chiedono prestazioni positive allo Stato (*entitlements*). Sotto il secondo profilo, la misura in cui l'*agency* serve il pubblico interesse è da ultimo legata a due fattori: alla sua capacità di formulare un'interpretazione ragionevole delle leggi e degli altri atti contenenti regole e il ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, all'esito del contraddittorio con quanti sono sfavorevolmente coinvolti dalla policy che intenda realizzare. È su queste due componenti, l'interpretazione giuridica e il bilanciamento, che l'attenzione degli amministratori pubblici deve concentrarsi. L'assunto è che si debba a ogni costo evitare una condotta "*arbitrary and capricious*". Un difetto di questo tipo può derivare da una considerazione formalistica delle norme che reggono il procedimento, da una motivazione inadeguata (perché, per esempio, di tipo stereotipato o "*rubberstamp*"). In un orizzonte di tempo breve, può darsi il caso di decisio-

ni contrastanti. In entrambi i casi, la capacità dell'agency di servire il pubblico interesse è sottoposta al vaglio dell'autorità giudiziaria, volto ad accertare il rispetto dei limiti che escludono che la decisione scada nell'arbitrio.

Al netto dell'interpretazione che le corti hanno dato della legge federale sul procedimento, ciò che differenzia maggiormente il suo impianto da quello della legge austriaca è la disciplina del *rule-making*. Alla base di questo complesso di norme vi è la consapevolezza che, sempre più spesso, le *agencies* incaricate della regolazione stabiliscono precetti generali e in una certa misura astratti, dunque regole, direttamente o indirettamente rilevanti nei confronti dei centri di riferimento dei vari interessi sociali ed economici. Ciò richiede; sul piano operativo, di apprestare istituti idonei a permettere la partecipazione dei vari centri di riferimento d'interessi. Tali istituti adeguano il "*notice and comment*" all'amministrazione che si esplica mediante la produzione di regole (§ 553). Così, va reso pubblico l'avvio di ogni procedimento volto all'emanazione di nuove regole amministrative (§ 553, b), con l'indicazione della "natura" del procedimento, a meno che lo svolgimento di un procedimento pubblico sia impraticabile, non necessario o contrario al pubblico interesse. Una volta che la notizia dell'avvio del procedimento sia stata fornita, l'agency deve permettere a quanti vi abbiano interesse d'intervenire, presentando documenti e memorie, se del caso anche partecipando a un'audizione. All'esito di questi adempimenti, la pubblicazione delle regole deve aver luogo non meno di trenta giorni prima della data in cui acquistano efficacia, a meno che si tratti di atti contenenti interpretazioni o che rimuovano ostacoli all'esercizio di diritti. È altresì previsto il diritto di petizione per l'emendamento o l'abrogazione delle regole amministrative esistenti. Ciò conferma la fondatezza dell'affermazione che l'APA costituisce un moderno *Bill of rights* per le centinaia di migliaia di cittadini che ogni giorno entrano in contatto con gli apparati amministrativi.

Nel corso degli anni Sessanta e Settanta del Novecento, le corti hanno proseguito l'opera di adeguamento degli istituti alle esigenze della partecipazione: ridefinendo la classe degli interessi ammessi a partecipare al procedimento e, in caso contrario, di ottenere riconoscimento in sede giurisdizionale; censurando le scelte non precedute da una adeguata istruttoria, anche sul piano tecnico. Si è accentuata, allora, la tendenza ad attenuare la distinzione tra il procedimento amministrativo e il processo politico. Un moto opposto è prevalso nel corso degli anni Ottanta del secolo scorso. L'atteggiamento improntato a una maggiore cautela permane. Si tiene conto dell'esigenza di garantire che tutti i portatori d'interessi collettivi, non solo quelli meglio attrezzati in ragione delle conoscenze e delle dotazioni economiche,

possano prendere parte al procedimento, ma si chiedono opportunamente garanzie che ciò non irrigidisca oltremodo l'azione delle autorità pubbliche. Si tende, ove possibile, a diversificare l'applicazione del “*notice and comment*”, a favorire un'azione informale.

4. Adjudication e rule-making negli Stati membri dell'Unione europea: una visione d'insieme

Le discipline legislative del procedimento amministrativo che, soprattutto a partire dalla metà degli anni Settanta, sono state emanate dalla maggior parte dei Paesi membri dell'Unione europea si sono ispirate in vario modo ai due modelli di riferimento appena delineati. Alcuni di quei Paesi, come la Spagna, hanno scelto di dare un espresso fondamento costituzionale alla disciplina del procedimento, nonché a quella dell'accesso ai documenti amministrativi da parte del pubblico. Altri, i più, si sono limitati a enunciare principi generali, o generalissimi, come la legalità e l'efficienza.

Dovunque, è richiesta la motivazione dei provvedimenti individuali aventi effetti di tipo sfavorevole nei confronti di determinati individui e gruppi. Tuttavia, il dovere di motivare può avere, ha di fatto, più d'una ragion d'essere (come è ben evidenziato dallo studio di Antonio Cassatella pubblicato in questo volume). Inoltre, solo in alcuni Paesi esso è stabilito anche per gli atti contenenti regole, in altri ciò è espressamente escluso.

Tutti i Paesi che si sono dotati d'una disciplina legislativa del procedimento hanno regolato le modalità di adozione dei provvedimenti individuali. In alcuni, il trattamento giuridico del privato appare più favorevole, segnatamente in Olanda e in Svezia. Solo in pochi Paesi è stata disciplinata anche la partecipazione dei privati ai procedimenti di *rule-making*. Non è questo il caso della Germania, la cui legge federale (1976) è ancorata al paradigma dell'atto amministrativo individuale (*Verwaltungsakt*), né dell'Italia, perché la legge del 1990 si è limitata a dispensare i procedimenti volti all'emana-zione di regole dall'applicazione dei nuovi istituti, sicché essi restano sottoposti alle disposizioni particolari che li disciplinano. Nel periodo più recente, è in un Paese storicamente avverso all'idea di codificazione, il Regno Unito, che gli organi d'indirizzo politico hanno stabilito linee direttive in tema di consultazione e partecipazione. Può dirsi, quindi, che vi è una tendenza comune (Sabino Cassese).

L'aver fatto riferimento alle leggi di alcuni Stati federali o regionali – come la Germania, la Spagna e l'Italia – torna utile per segnalare un'analo-

gia concernente le norme sulla normazione. In tutti quei Paesi, è previsto che gli Stati che fanno parte della federazione o le regioni possano dotarsi di proprie normative in tema di procedimento, nel rispetto dei principi fondamentali. Negli Stati Uniti, dove l'applicazione della legge federale è limitata agli uffici del potere esecutivo e alle agenzie indipendenti, è – invece – stato predisposto un *Model State Administrative Procedure Act* (Model State APA), che gli Stati possono adottare nel suo complesso o utilizzare come modello di riferimento. È una scelta importante per assicurare la coerenza complessiva dell'ordinamento e insieme rispettosa dell'autonomia e della diversità, su cui converrà tornare più avanti, nel discutere delle iniziative riguardanti l'Unione europea.

5. *Adjudication e rule-making nell'Unione europea*

Nel passare dalle leggi sul procedimento emanate dai moderni ordinamenti statali, pur se di tipo federale, alla disciplina esistente nell'Unione europea, non si può non segnalare anzitutto una fondamentale diversità concernente il tipo di potere pubblico cui l'amministrazione è riferita.

È necessaria, peraltro, un'avvertenza: tale diversità è stata riguardata in due modi. Nella fase meno recente della riflessione giuridica quella differenza è stata considerata sul piano ontologico o esistenziale, nel senso di escludere l'esistenza di un'amministrazione europea, intesa funzionalmente (cioè, non come complesso di uffici, della cui esistenza nessuno ha mai dubitato). L'assunto era che l'amministrazione propriamente detta, munita della potestà di emanare provvedimenti idonei a sacrificare le situazioni giuridiche soggettive dei privati, sia esistita, e possa esistere, soltanto all'interno degli ordinamenti giuridici generali, cioè gli Stati, al di fuori dei quali possono esservi apparati con compiti serventi rispetto agli uffici di direzione politica. In seguito si è acquisita consapevolezza che, pur se l'Unione europea va tenuta distinta dagli ordinamenti generali ai quali siamo da più tempo assuefatti, cioè gli Stati, la sua amministrazione è in grado d'incidere sugli interessi d'una varietà di figure giuridiche soggettive private, oltre che dei poteri pubblici nazionali. Di qui l'idea di sovranazionalità, che per un certo periodo ebbe venature quasi mistiche. Oggi si ammette comunemente che l'amministrazione europea è titolare di funzioni e potestà proprie, nell'esercizio delle quali approva piani, emana ordini, rilascia autorizzazioni, commina sanzioni, tutte attività che sono tradizionalmente incluse nell'*administrative adjudication*. Tuttavia, essa presenta tratti funzionali e strutturali peculiari. Sul

piano funzionale, non dispone di potestà concernenti l'ordinamento della plurisoggettività, segnatamente in materia di cittadinanza, né adotta atti di disposizione del territorio. Sul piano strutturale, non esegue direttamente le proprie decisioni, per cui il rapporto con l'elemento sociale è per lo più di tipo indiretto, pur se è discusso se le ispezioni che essa dispone e talora effettua direttamente mettano in discussione il monopolio dell'uso legittimo della forza in capo agli apparati amministrativi degli Stati.

Esposta questa basilare avvertenza, si può passare all'esame delle attività che l'amministrazione europea svolge e (al § 4) della disciplina cui esse sono sottoposte. Dal momento che essa non adotta atti di disposizione di parti del territorio, come le concessioni di beni pubblici, né autorizza l'insediamento di opere idonee a modificarlo, come le infrastrutture per i trasporti e le centrali per la produzione di energia, si potrebbe pensare che il problema di delimitare la discrezionalità e di orientarne l'esercizio si ponga con minore intensità rispetto agli ordinamenti statali. Ma così non è, anzitutto, perché anche l'amministrazione europea attribuisce utilità riservate, nel concedere sovvenzioni, ed emette provvedimenti – diffide, ordini, sanzioni - volti a limitare il rischio che uno o più operatori economici turbino il funzionamento dell'economia di mercato, lo alterino, con conseguenze negative per i più.

Inoltre, l'amministrazione europea è sempre più impegnata nella prefigurazione delle attività volte alla cura degli interessi che l'ordine giuridico europeo include tra quelli meritevoli di essere protetti. Rende nota la propria interpretazione delle norme vigenti e le modalità con cui intende proporre la modificazione (libri bianchi o verdi). Stabilisce previamente i criteri e le modalità cui intende attenersi nello svolgimento delle proprie attribuzioni di gestione e di controllo. Impartisce istruzioni agli uffici che negli Stati membri gestiscono una determinata *policy*. Esemplifichiamo con riferimento a settori da più tempo o più recentemente attratti nella sfera di azione dell'amministrazione europea. Nell'esercizio del controllo sull'erogazione di sovvenzioni alle imprese, la Commissione è solita esporre in appositi documenti (codici o linee direttive) gli orientamenti ai quali si atterrà nell'esaminare le richieste di autorizzazione. Nella gestione finanziaria dei fondi strutturali, essa rende note le condizioni in presenza delle quali rimborserà le spese anticipate dalle agenzie nazionali d'intervento. Nel vigilare sulla condotta delle banche, l'Autorità bancaria europea definisce o recepisce una serie di parametri tecnici (adeguatezza dei bilanci, trasparenza delle operazioni), sul cui rispetto sono previsti controlli suscettibili di avere conseguenze molto rilevanti sul piano giuridico (di cui viene dato conto nello studio di Marco Macchia in questo volume). L'utilità degli atti nei quali sono esternate le inter-

pretazioni ritenute preferibili o i criteri e i parametri di riferimento è d'immediata evidenza, di assoluto buon senso, giacché essi rendono prevedibile l'esercizio del potere. Non contrastano con quanto la teoria giuridica è in grado di dire in materia di delimitazione e orientamento delle scelte discrezionali.

Essendo questi atti variamente connessi con l'assunzione di scelte discrezionali, è tutto sommato poco utile interrogarsi circa l'ordine di importanza in cui si dispongono, sebbene vi siano buone ragioni per sostenere che, se la discrezionalità viene in tutto o in parte "consumata" mediante la determinazione di regole, gli atti nei quali esse sono esternate assumono un'importanza primaria. Le due specie di attività, *rule-making* e *adjudication*, sono complementari. Il loro coesistere può innalzare tanto l'efficienza dell'amministrazione europea, nella logica secondo cui le organizzazioni complesse richiedono regole acconce in modo che la gestione quotidiana si configuri come una routine, quanto la sua trasparenza, perché divengono meglio comprensibili le scelte effettuate e le sottostanti ragioni. *Rule-making* e *adjudication*, sono dunque due facce d'una stessa medaglia.

Questa osservazione tornerà utile nel prosieguo, per rendere ragione del dissenso che verrà espresso rispetto alla proposta di riordino attualmente in discussione all'interno del Parlamento europeo. Ma è bene procedere in modo ordinato, antepoendo una sintetica esposizione dello stato attuale delle cose alle ipotesi di riordino.

6. Una disciplina giuridica inadeguata

Superate le obiezioni iniziali circa l'esistenza di un'amministrazione europea, intesa funzionalmente, e chiarito che essa è, proprio sotto il profilo funzionale, differenziata in quanto include attività di *rule-making* e di *adjudication*, il quesito finale è se la disciplina delle sue attività sia, nel complesso, adeguata. Il quesito non è di ordine teorico. Ha natura eminentemente pratica, stante la rilevanza d'una serie di problemi che si pongono sul piano operativo. Un giudizio di adeguatezza va, ovviamente, qualificato, facendo riferimento a indicatori dotati d'una sufficiente significatività, come la manifesta disparità di trattamento tra due fattispecie simili e l'inadeguatezza delle garanzie apprestate in un determinato ambito. Va, inoltre, svolto tenendo conto della disciplina iniziale e di quella attuale.

Da questo angolo visuale, ciò che colpisce l'osservatore esterno non è tanto il fatto che le garanzie apprestate dal Trattato di Roma (1957) fossero

incentrate sulla giurisdizione, ciò che potrebbe essere ritenuto coerente con le teorie meno recenti del diritto pubblico, quanto l'arretramento rispetto al Trattato di Parigi (1952). Gli artefici della prima Comunità europea, quella carbosiderurgica, diedero all'Alta Autorità – al pari del suo modello, il *Commissariat au Plan*, istituito in Francia dopo la guerra – compiti d'indirizzo e di pianificazione. Le attribuirono la potestà di emanare autorizzazioni, ordini e sanzioni. Ne costituiscono altrettante ed eloquenti dimostrazioni, per l'*adjudication*, l'obbligo di sentire gli interessati prima d'irrogare sanzioni (articolo 36), l'obbligo di fare riferimento ai pareri acquisiti nel corso dell'istruttoria e l'obbligo di motivare le decisioni adottate (articolo 15); per i piani e gli atti contenenti regole, la facoltà, riconosciuta a vari centri di riferimento degli interessi coinvolti, di presentare osservazioni o proposte (articolo 46), la doverosità delle “giustificazioni” per la propria azione (articolo 5) e della pubblicazione degli obiettivi generali e dei programmi (articolo 46). Le norme, ben più note, sul controllo giurisdizionale (previsto in caso d'incompetenza, violazione di obblighi procedurali essenziali, violazione del Trattato o di ogni regola di diritto relativa alla sua applicazione e, infine, sviamento di potere), poi riprodotte nel successivo trattato, non erano, dunque, isolate, bensì inserite in un più ampio insieme di garanzie procedurali e sostanziali. Si dirà che quelle garanzie erano indispensabili, dal momento che per la prima volta dopo la Pace di Westfalia gli Stati avevano riconosciuto un'autorità superiore, sia pure entro un ambito ben circoscritto e sotto il controllo dei loro rappresentanti, e che l'Alta Autorità disponeva perfino della potestà d'imposizione, che non venne riprodotta dal Trattato di Roma. Si dirà che quest'ultimo aveva un ambito ben più ampio di applicazione e lasciava maggiori margini di scelta e di decisione alle istituzioni comunitarie, cioè era un *Traité-cadre*, in contrapposizione al precedente *Traité-loi*. Ciò non intacca, peraltro, la sostanza dell'osservazione prima esposta, cioè che le garanzie previste inizialmente nei confronti dell'azione dell'amministrazione europea erano più avanzate rispetto a quelle sancite dal Trattato di Roma.

Quanto appena osservato in sede retrospettiva è confermato dalle risultanze dell'analisi dei principi e degli istituti vigenti. Pur se tra i valori sui quali l'Unione europea si fonda vi è il rispetto dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali, nei trattati non vi è alcuna disposizione generale comparabile alla *Due Process Clause* inserita – dal V emendamento – nella Costituzione degli Stati Uniti d'America, proprio per assicurare la protezione dei diritti fondamentali. Non a caso, nel 1974, posta di fronte a un'evidente e irragionevole disparità di trattamento tra due procedimenti amministrativi in materia di concorrenza, la Corte di giustizia non ha potuto porvi rimedio fa-

ciendo riferimento al Trattato di Roma. Ha fatto riferimento, invece, ai principi generali del diritto (amministrativo) comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, cioè al patrimonio costituzionale comune. Non è stato determinante, da questo punto di vista, il contributo dei più recenti trattati, i quali si limitano a enunciazioni generalissime, se non generiche, come quelle riguardanti la democrazia partecipativa e la consultazione della società civile.

Si potrebbe però asserire che, ora come allora, la giurisprudenza possa utilmente svolgere la propria opera non soltanto chiarendo e affinando l'interpretazione da ascrivere alle disposizioni esistenti, ma anche attingendo ai principi generali del diritto per porre rimedio alle lacune della normazione amministrativa. Per esempio, grazie all'opera degli avvocati generali e della Corte di giustizia, si è distinta la portata dell'obbligo di motivazione a seconda che riguardi l'*adjudication* o il *rule-making*. Tuttavia, questo argomento non è pienamente soddisfacente per tre motivi connessi, ma distinti: i) perché la giurisprudenza non è finora riuscita a porre rimedio né a evidenti, ingiustificate disparità di trattamento, segnatamente nel settore fiscale (come è mostrato dallo studio di Angela Ferrari Zumbini pubblicato in questo volume), né a lacune di natura generale, come l'assenza d'istituti che garantiscano l'apertura e la trasparenza dei procedimenti di *rule-making*; ii) perché essa stessa, nell'addivenire a soluzioni innovative riguardanti i procedimenti composti (nella nota sentenza nel caso Borelli), in cui intervengono sia l'amministrazione europea sia i poteri pubblici nazionali, ha dato luogo a dubbi quanto all'adeguatezza delle regole che disciplinano quei procedimenti; iii) perché, anche quando quelle soluzioni sono in sé adeguate rispetto ai problemi che si pongono nella realtà quotidiana delle amministrazioni, a volte le norme positive adottate dalle istituzioni dell'Unione si discostano da quelle soluzioni, segnatamente nel quadro della codificazione delle norme sulla concorrenza definite dal regolamento n. 1/2003. Non vi sono, dunque, soltanto lacune o discipline irragionevolmente discriminatorie, bensì anche incertezze che rendono inevitabile il ricorso alle corti.

Il giudizio d'inadeguatezza può, quindi, essere qualificato sotto un duplice profilo: da un lato, a ben vedere, la disciplina dei trattati sui quali l'Unione europea si fonda è meno avanzata, sul piano operativo, rispetto a quella del Trattato di Parigi; dall'altro lato, ai limiti derivanti dai trattati non pone rimedio la normazione amministrativa, con la conseguenza che ai valori costituzionali cui gli enti fondatori dell'Unione hanno dichiarato di attenersi non corrispondono precisi istituti giuridici. Il rischio che ne deriva non è misurabile esclusivamente nella prospettiva giuridica, cioè come carenza di

prevedibilità e trasparenza dei procedimenti amministrativi europei: vi è anche il rischio – tutt'altro che astratto – d'una diminuzione della fiducia nel corpo sociale e, quindi, nella legittimità dell'Unione.

7. Le prospettive

Nella riflessione giuridica, vi è stato dissenso, invece, sull'opportunità d'una normativa generale sui procedimenti amministrativi, sorretta dalle motivazioni d'ordine funzionale or ora ricordate (Giacinto della Cananea). Venticinque anni or sono, prevaleva la tesi contraria (Mario Chiti, Carol Harlow), per una varietà di motivi, inclusa la fiducia nell'opera delle corti, il disfavore nei confronti dell'inflazione normativa e soprattutto il timore di un'indebita armonizzazione delle disposizioni nazionali. Nel periodo più recente, la tesi favorevole ha riscosso adesioni. Movendo dall'assunto che una normativa generale sia necessaria, più che opportuna (Paul Craig, Jacques Ziller), alcuni studiosi europei hanno predisposto un progetto di codificazione innovativa (cioè, non meramente compilativo, secondo il modello della *codification à droit constant*) dei procedimenti amministrativi dell'Unione. Il progetto è stato discusso in una varietà di sedi istituzionali e scientifiche; è stato reso accessibile a tutti, mediante il sito internet appositamente creato; è stato assunto dal Parlamento europeo come punto di partenza per un atto normativo dell'Unione. Nel recepire il progetto, il Parlamento ha esercitato il proprio indirizzo politico – amministrativo, scegliendo di delimitare l'ambito di applicazione delle nuove disposizioni ai procedimenti di *adjudication* svolti dall'amministrazione europea, escludendo così, da un lato, le attività di *rule-making* e, dall'altro, i procedimenti composti. Si tratta di scelte politiche, come tali discutibili, per i motivi prima esposti; ma esse sono senz'altro rilevanti e significative in sede politica, o meglio di politica del diritto. Il tempo dirà se tale opzione di politica del diritto sia destinata a influire sul diritto *de quo utimur*.

Nota bibliografica

Sui procedimenti, v. G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000; S. Cassese, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, Foro it., 1993, V, 27. Sul diritto amministrativo europeo, C. Harlow, P. Leino, G. della Cananea (eds.), *EU Administrative Law Research Handbook*, Cheltenham, Elgar, 2017.

Parte Prima

La dimensione comparata

Capitolo I

Il dovere di motivazione nello *jus commune* europeo

Antonio Cassatella *

SOMMARIO: 1. Rilevanza storica e sistematica del tema. – 2. Quattro concezioni della motivazione. – 2.1. La concezione volontaristica. – 2.2. La concezione relazionale. – 2.3. La concezione dinamica. – 2.4. La concezione pluralistica. – 3. Il principio di motivazione nello *jus commune* europeo e la sua rilevanza normativa. – 4. Dal principio alle regole: una fisiologica frammentazione. – 5. Conclusioni: il principio e le regole.

1. Rilevanza storica e sistematica del tema

Ogni studio dedicato all'emersione ed all'evoluzione del diritto amministrativo in Europa implica una preliminare riflessione sui profili storici del fenomeno e sulle implicazioni che essi hanno sul metodo d'indagine prescelto per comprenderne sviluppi ed implicazioni problematiche. Non fanno eccezione le ricerche dedicate alla rilevanza del dovere di motivazione nell'attività amministrativa¹.

È scontato notare come il tema si inserisca entro un dibattito quasi mille-

* Ringrazio il Professor Giacinto della Cananea per il coinvolgimento nell'iniziativa ed il Professor Jaques Ziller per una serie di osservazioni alla prima versione di questo scritto, discusso in un seminario tenutosi presso l'Istituto Sturzo di Roma nel dicembre 2016.

¹ Questo scritto riprende, aggiorna e sviluppa gli esiti di un'indagine già compiuta in A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Cedam, Padova, 2013, alla quale si fa comunque più ampio rinvio. Sulla motivazione nel diritto europeo – nei termini appena chiariti – cfr. tra gli altri G. CORREALE, *La motivation de l'acte administratif et son contrôle*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, pp. 501 ss.; M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, 2006, pp. 226 ss.; F. SCHOCKWEILER, *La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national*, in *Ch. Dr. Eur.*, 1989, pp. 3 ss.; J. SCHWARZE, *European Administrative Law* (1988), London, 1992, pp. 1384 ss.; C. WIENER, *La motivation des décisions administratives en droit comparé*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1969, pp. 779 ss.

nario sulla motivazione delle decisioni dell'autorità pubblica, che affonda le radici nelle stesse origini del pensiero giuridico occidentale², con chiari riscontri nelle fonti romane³.

In tale contesto si possono cogliere le premesse per il dibattito medievale sulla motivazione degli atti dei giudici⁴ e dei rescritti papali⁵, in cui si contrapponevano le tesi di chi riteneva necessario motivare le decisioni per dimostrare la loro stessa razionalità, e di chi, all'opposto, riteneva che la razionalità fosse una caratteristica intrinseca dell'atto, senza bisogno di apparati argomentativi a suo sostegno.

Numerosi studi hanno approfondito i termini del dibattito, che rispecchia il passaggio da concezioni puramente volontaristiche (*stat pro ratione voluntas*)⁶ a concezioni legali-razionali del potere pubblico (*stat pro voluntate ratio*), fra i cui corollari spiccava la necessità di dare espressa motivazione delle scelte compiute dai rappresentanti del sovrano, in vista del loro controllo da parte dei destinatari⁷.

² Con riguardo alla problematica degli atti normativi, cfr. G. GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, in *Il Politico*, 1974, pp. 177 ss.

³ Nel diritto romano classico e post-classico si pose il problema del *reddere rationem*, ossia del 'rendiconto' di un'azione, mentre, in età imperiale, fu nettamente avvertito il tema della motivazione dei rescritti: cfr. N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.: l'efficacia processuale dei rescritti da Adriano ai Severi*, Giuffrè, Milano, 1974, specie pp. 50 ss.

⁴ Cfr. tra gli altri P. GODDING, *Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18 siècle*, in C. PERELMAN, P. FORIERS (a cura di), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, pp. 37 ss.; F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio della motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico*, Milano, 1999. Per una sintesi dell'intero dibattito cfr. anche G.P. MASSETTO, *Sentenza (dir. intermed.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1999, *ad vocem*.

⁵ Cfr., anche con riferimento all'esperienza medievale, O. GIACCHI, "Obreptio" e "subreptio" nei rescritti in diritto canonico (1938), ora in ID., *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica*, I, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 461 ss. Nel diritto canonico contemporaneo cfr. invece J. CANOSA, *Il rescritto come atto amministrativo del diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 159 ss.

⁶ Si tratta di una massima utilizzata per esprimere, in maniera tratlatizia, il significato ultimo del volontarismo politico-giuridico: cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. II. L'età moderna*, Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 228 ss. Sulle implicazioni giuridiche del volontarismo, già G.D. ROMAGNOSI, *La scienza delle costituzioni*, I, Canfari, Torino, 1848, p. 11, per essere successivamente ribadite, tra gli altri, da G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in ID., *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 66 in nota; H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato* (1927), trad. it. Giuffrè, Milano, 1987, specie pp. 94 ss.

⁷ La formula esprime, in antifrasi rispetto alla precedente, la sintesi del razionalismo giu-

Il riferimento alla tradizione permette di isolare alcuni punti fermi dell'indagine che si intende effettuare.

Il primo punto concerne la rilevanza del tema, che riflette, nell'ambito della scienza giuridica, le generali questioni attinenti alla razionalizzazione e legittimazione del potere, mutuando da esse lo strumentario concettuale di riferimento. È di netta evidenza come il dibattito abbia non solo una connotazione teorico-generale, ma anche una rilevanza universale, nel senso di precedere e trascendere, nei suoi fondamenti primi, le esperienze nazionali e la disciplina dei singoli Stati, degli ordinamenti sovranazionali o dei soggetti operanti su scala internazionale e sovranazionale⁸.

Per quanto attiene al secondo punto fermo, le origini del dibattito chiariscono le implicazioni metagiuridiche dell'intera problematica, come evidenziano contributi che hanno analizzato le possibili funzioni della motivazione nell'ambito dei vari sistemi istituzionali⁹, in stretto rapporto con gli studi relativi all'uso del linguaggio e delle prassi comunicative dei gruppi sociali complessi¹⁰. Ciò influenza anche la dimensione assiologica del dibattito, le

ridico, nei termini già individuati da J. BENTHAM, *Outline of a Plan of a General Register of Real Property*, (1828), in J. BOWRING (a cura di), *The Works of Jeremy Bentham*, Tait, Edimburgo, 1843, p. 418.

⁸ Cfr. G. DELLA CANANEA, *The Giving Reasons Requirement: a Global Standard for Administrative Decisions*, in G. DELLA CANANEA, A. SANDULLI, eds., *Global Standards for Public Authorities*, ES, Napoli, 2012, pp. 3 ss.

⁹ Senza pretese esaustive, cfr. C.J. FRIEDRICH, *Authority, Reason, and Discretion*, in ID. (a cura di), *Authority*, Harvard University Press, Cambridge, 1958, pp. 28 ss.; J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo* (1981), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1986; ID. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it. Laterza, Roma-Bari, 1996; ID., *Verità e giustificazione* (1999), trad. it. Laterza, Roma-Bari, 2001; ID., *Morale, Diritto, Politica* (1992), trad. it. Einaudi, Torino, 2007; N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale* (1975), trad. it. Giuffrè, Milano, 1995; ID., *Organizzazione e decisione*, trad. it. Bruno Mondadori, Milano, 2005; G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico* (1989), trad. it. Giuffrè, Milano, 1996; ID., *Diritto policontestuale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La città del sole, Napoli, 1999.

¹⁰ Nell'ampia letteratura in argomento, cfr., tra gli altri, A. AARNIO, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatic*, Aldershot, Dartmouth, 1997; A. AARNIO, R. ALEXI, A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning, in Rechtslehre*, 1981, pp. 133 ss.; J.H. HAGE, *Reasoning with Rules*, Springer, Dordrecht, 1997; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlino, 1983; A. PECZENIK, A. AARNIO, *On Legal Reasoning*, Turku University Press, Turku, 1977; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Springer, Berlino, 2009; C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Parigi, 1979; A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1953), trad. it. Einaudi, Torino, 1965; U. SCARPELLI, *Diritto e analisi del linguaggio*, Giuffrè, Milano, 1976; J. WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford,

cui matrici sono, in ultima analisi, filosofico-politiche: è pressoché impossibile individuare un fondamento del dovere di motivare senza ricorrere a giustificazioni metagiuridiche, come l'esigenza di giustizia o razionalità delle scelte dei pubblici apparati, la loro legittimazione democratica o la loro *accountability*¹¹.

Il terzo punto attiene alle stesse caratteristiche del dibattito scientifico. Pur con molteplici varianti e distinzioni, esso appare a tutt'oggi polarizzato fra tesi che esaltano la centralità della motivazione come fattore di razionalizzazione e legittimazione del potere, e tesi che ne ridimensionano la rilevanza ed efficacia, cercando altrove i fondamenti giustificativi dell'agire pubblico.

Le prime opzioni teoriche poggiano sul presupposto che ogni decisione debba essere dotata di un apparato discorsivo idoneo a rappresentare il percorso decisionale dell'autorità, per legittimarne e giustificarne in concreto il potere¹². Le seconde ritengono che legittimità e legittimazione del potere discendano dalle specifiche qualità del soggetto decidente o dalla razionalità intrinseca della decisione conforme a regole predeterminate¹³.

In entrambi i casi, l'orizzonte di riferimento è sempre dato da concezioni anti-volontaristiche del potere: mentre nel primo caso la stessa dimensione giuridica del potere impone di motivare le singole scelte ricorrendo ad una *ratio scripta*¹⁴ – individuando i motivi, *motifs*, *Grunde*, *ground*, della decisione – nel secondo la razionalità della decisione non ha bisogno di essere spiegata, nel momento stesso in cui l'atto si afferma come espressione della razionalità oggettiva degli apparati organizzati secondo norme di legge¹⁵.

1961; J. WROBLESKY, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 203 ss.; ID., *The Judicial Application of Law*, Springer, Dordrecht 1992.

¹¹ Sulla dimensione assiologica del fenomeno giuridico restano fondamentali le osservazioni di A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2008, pp. 20 ss.

¹² Per una ricostruzione del dibattito e delle sue implicazioni giuridiche, in chiave teorico-generale, cfr. soprattutto E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 184 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987.

¹³ Sempre per una ricostruzione del dibattito, cfr. M.S. GIANNINI, *Motivazione*, cit., pp. 262 ss.; R. IANNOTTA, *La motivazione come modo di attuazione del principio di imparzialità amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 199 ss.

¹⁴ Sulla necessità che il diritto sia *ratio scripta* cfr. D. QUAGLIONI, *Arte di bene e d'equitate. Ancora sul senso del diritto in Dante*, in *Studi danteschi*, 2011, pp. 27 ss.

¹⁵ Cfr. S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*,