

Marco D'Alberti

Processi decisionali delle amministrazioni pubbliche

Un'analisi comparata

1. *Premessa terminologica*

Questo scritto intende analizzare, in una prospettiva comparata, i processi che le pubbliche amministrazioni seguono per giungere alle loro decisioni. “Decisioni” è qui utilizzato in senso ampio, a significare tanto gli atti puntuali e particolari quanto le misure aventi contenuto ed effetti generali. Nella terminologia italiana, sia i provvedimenti, gli accordi e i contratti; sia gli atti regolamentari e amministrativi generali. Il termine “decisione”, dunque, come qui impiegato, non corrisponde a *decision* del linguaggio giuridico inglese, che sta ad indicare quasi esclusivamente gli atti puntuali, come gli *orders*.

Si vedrà dapprima quando è comparso un “processo” decisionale, cioè quando sono emersi veri e propri procedimenti per l'adozione delle decisioni; e si dirà delle ragioni che sono alla base di tale emersione. Si esamineranno poi i principali tratti caratteristici dei processi decisionali.

2. *Quando e perché un procedimento per decidere: le decisioni amministrative unilaterali puntuali*

Si possono prendere le mosse dalle decisioni autoritative delle pubbliche amministrazioni aventi contenuto e destinatari particolari. Si tratta di decisioni che connotano fin dall'inizio i poteri amministrativi, in numerosi ordinamenti giuridici. Sono gli *orders* nei sistemi di *common law*, gli atti

Questo scritto è il testo riveduto della Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA) svoltosi a Bergamo (5-7 ottobre 2017).

amministrativi puntuali o particolari nell'Europa continentale: autorizzazioni di polizia, licenze per lo svolgimento di attività economiche, espropriazioni, sanzioni.

Già in relazione a tali tipi di decisioni emergono le prime differenze significative tra esperienze angloamericane, da un lato, e sistemi eurocontinentali, dall'altro. Differenze che riflettono una diversa concezione di fondo del potere pubblico, soprattutto nelle due esperienze giuridiche più rilevanti per la formazione del diritto amministrativo: l'Inghilterra e la Francia.

In Inghilterra il costituzionalismo e la tutela dei diritti affondano le loro radici nel tredicesimo secolo e si potenziano alla fine del Seicento, a seguito della *Glorious Revolution*. La libertà costituisce la priorità assoluta nei rapporti tra governanti e governati. L'uomo di Stato, l'amministratore della cosa pubblica, adotta le sue decisioni esercitando il proprio potere secondo giustizia ancor prima che secondo autorità¹. Ciò per non tradire la risalente storia della libertà. Per di più, nella tradizione inglese il principio di separazione dei poteri – che Montesquieu esalta proprio pensando all'Inghilterra – vige ma conosce attenuazioni sensibili: in particolare, l'amministrazione è sempre stata vicina alla giurisdizione, essendo dotata di organismi che spesso hanno esercitato funzioni *quasi-judicial*, dai *Commissioners of Sewers* del Cinquecento agli *administrative tribunals* dalla fine dell'Ottocento².

La conseguenza di questo modo di concepire il potere pubblico in Inghilterra è che gli *orders*, le decisioni amministrative unilaterali dal contenuto puntuale, non sono atti isolati, ma giungono al termine di una procedura – disegnata dalle corti di giustizia – nel corso della quale gli amministrati interessati possono far valere le loro ragioni prima che l'amministrazione adotti la decisione. Si applicano i principi della *natural justice*, che assicurano garanzie di imparzialità e di partecipazione. L'imparzialità riposa sulla regola *no man a judge in his own cause* (*nemo iudex in re sua*); la partecipazione si fonda sulla regola del *right to be heard* (*audi alteram partem*)³.

¹ Si veda in proposito B. Barrett Kriegel, *Jean Bodin et la naissance de l'État administratif (de l'imperium à la souveraineté, de l'État de justice à l'État administratif)*, in Id., *Les chemins de l'État*, Paris, Calmann-Lévy, 1986, pp. 33 ss., ove si contrappone la tradizione inglese a quella francese.

² Sulle attenuazioni del principio della separazione dei poteri in Inghilterra si veda W.A. Robson, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London, Macmillan and Co., 1928, pp. 5 ss., ove si legge: «Until Montesquieu misread the English system in that most famous chapter of his *Esprit des lois* (book XI, ch. VI), the divine right of powers to be separated had hardly been asserted» (pp. 17-18).

³ Sul principio di *natural justice*, P. Jackson, *Natural Justice*, London, Sweet and Maxwell, 1979; D. Galligan, *Due Process and Fair Procedures*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

È quest'ultimo aspetto che qui più interessa. L'amministrato ha diritto di essere sentito prima che la decisione amministrativa venga adottata: è quella che è stata definita *procedural fairness*, un primo modello di procedimento amministrativo. Vi sono casi molto risalenti nella giurisprudenza inglese che applicano questa garanzia partecipativa. Sono casi del Seicento e del Settecento, alcuni dei quali si riferiscono a vicende di *deprivation of office*, allontanamento da uffici pubblici⁴. Se l'amministrazione che adotta la misura restrittiva non rispetta il *right to be heard*, il giudice può annullare la decisione: è una *process review*, un sindacato giurisdizionale sull'osservanza della procedura amministrativa. Il controllo del giudice è concepito come *extrema ratio*: l'ordinamento confida nella preventiva partecipazione al processo decisionale amministrativo.

In Francia la concezione del potere pubblico – e amministrativo – è completamente diversa. Il potere ha una sua propria naturale dimensione autoritativa. Nell'esercizio del potere, l'uomo di Stato, l'amministratore pubblico, non è condizionato dalla considerazione di elementi di giustizia. Decide e, se commette ingiustizie, sarà poi il giudice, a valle, a censurare la decisione amministrativa.

Ne segue che, di regola, l'*acte administratif*, alle origini del *droit administratif*, è misura isolata, a sé stante, che prescinde dallo svolgimento di una procedura preventiva alla sua adozione. Non è stato così per tutti gli Stati dell'Europa continentale. Nella giurisprudenza dei Tribunali superiori italiani, fin dal Seicento, si ritrovano casi in cui il giudice ritiene necessario che decisioni amministrative siano adottate a seguito di una procedura basata sul principio della *citatio defensio*, con risultati analoghi a quelli raggiunti dai giudici inglesi grazie all'applicazione della *natural justice* e, in particolare, della regola del *right to be heard*⁵. L'amministrazione che non sente e non tiene in considerazione le difese dell'amministrato prima di decidere, adotta un provvedimento che può essere annullato dal giudice. Ma la regola prevalente al di qua della Manica è quella dell'atto amministrativo che non ha bisogno di alcuna procedura preliminare. Il potere amministrativo è autorità; le garanzie vengono dopo, dinanzi al giudice. Non è un caso che in Francia la nozione e la pratica del procedimento amministrativo,

⁴ Sul punto P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 35.

⁵ Si veda in proposito G. Gorla, "Iura naturalia sunt immutabilia". I limiti al potere del "Principe" nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, in *Diritto e potere nella storia europea*, Atti del Quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Firenze, Leo S. Olschki Editore, 1982, pp. 639 s.

la cosiddetta *procédure administrative non contentieuse*, abbia stentato a decollare.

In definitiva, un primo punto emerge con chiarezza. Il procedimento garantistico per l'adozione delle decisioni amministrative unilaterali puntuali, o particolari, ha una storia risalente soprattutto in Inghilterra, con alcune eccezionali emersioni in Europa continentale. Per lo sviluppo dei procedimenti amministrativi in quest'ultima area occorre attendere la seconda metà del Novecento, almeno in Germania, Francia e Italia. Fanno eccezione la Spagna e l'Austria, che tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento già conoscevano leggi sul procedimento amministrativo.

Sul versante del controllo giurisdizionale, le corti di giustizia inglesi inaugurano molto presto, come si è visto, una *process review*, sulla correttezza del processo decisionale dell'amministrazione pubblica. La *substantive review*, il controllo del giudice sul contenuto della decisione amministrativa, avrà intensità variabili, restando in diversi periodi alquanto "deferente" nei confronti dell'amministrazione; mentre in Francia il controllo giudiziale sul *détournement de pouvoir* messo in atto dal *Conseil d'Etat* è sempre stato penetrante. La differenza dipende dal fatto che in Inghilterra le garanzie preventive in via amministrativa – il procedimento amministrativo, l'*administrative process* – avevano assunto un ruolo cruciale di protezione dell'amministrato; mentre in Francia, il controllo del giudice è stato a lungo l'unica garanzia riconosciuta dall'ordinamento giuridico.

Oggi, i procedimenti per l'adozione delle decisioni unilaterali particolari si sono diffusi in quasi tutti gli ordinamenti. Permangono differenze quanto ai loro tratti caratteristici e ai modi del loro svolgimento. Di questo si dirà in seguito.

3. *Le misure amministrative consensuali*

Le decisioni unilaterali non esauriscono il panorama delle misure particolari poste in essere da amministrazioni pubbliche. È noto che sempre più le amministrazioni hanno affiancato alle decisioni unilaterali le misure consensuali, basate su contratti, convenzioni, accordi, patti di diversa natura.

Le misure consensuali sono adottate per il perseguimento di svariati fini. Le più utilizzate – ed anche le più risalenti – sono i contratti per la realizzazione di opere pubbliche, per la gestione di servizi pubblici e privati, per le forniture. Sono i tradizionali contratti di appalto o di concessione, che oggi trovano la loro disciplina di base, in Europa, nelle direttive

dell'Unione europea. Ma contratti, convenzioni e accordi sono sempre più utilizzati anche per erogare finanziamenti, per programmare e gestire il territorio, per disciplinare l'ambiente. Oramai, le misure consensuali sono divenute strumenti di *administrative policy*, in tutti i sistemi giuridici. Si parla di *regulation by contract*, o di *government by bargaining*, o di *contracting State*⁶.

In materia di misure contrattuali si è verificata, quanto ai tempi di emersione di una procedura per giungere all'adozione dell'atto, una sorta di inversione tra Inghilterra e Francia rispetto a quel che è accaduto per l'adozione delle decisioni particolari unilaterali.

La Francia, ma anche l'Italia, che non avevano sperimentato – salve alcune eccezioni – il procedimento per l'adozione delle decisioni amministrative unilaterali, molto presto introducono procedure preliminari alla conclusione di contratti. La *ratio* principale non è tanto la garanzia per i privati interessati ad aggiudicarsi il contratto, ma piuttosto il controllo della spesa pubblica. Non si dimentichi che le procedure per la conclusione dei contratti pubblici nascono in Francia prima, poi in Italia, grazie alle norme contenute nelle leggi di contabilità pubblica. L'altra importante *ratio* sta nel contrasto alla corruzione. Ricorda Massimo Severo Giannini che le procedure contrattuali, che egli denominò “ad evidenza pubblica”, termine ormai entrato nell'uso comune, furono introdotte dalla legislazione dell'Ottocento per “porre freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari”⁷.

In definitiva, l'amministrazione deve mettere in “evidenza” le ragioni della scelta di un contraente e non di un altro, in modo tale che ne risulti una soluzione conveniente per l'erario pubblico e idonea ad arginare patti occulti e illeciti tra amministrazione e imprese.

In Inghilterra a lungo le amministrazioni pubbliche hanno stipulato contratti senza seguire procedure amministrative formalizzate preliminari alla stipulazione. Il *public contract* è qualificabile come contratto di diritto comune. In particolare, «the accepted opinion is that the Government, when it makes a contract, is acting as if it were a private individual. It is the Crown exercising its capacity as a corporation to contract binding obligations, just as any natural or legal person may do, and the obligations assumed are those arising under the ordinary private law of contract. There

⁶ Si vedano, tra l'altro: I. Harden, *The Contracting State*, Buckingham, Open University Press, 1992; A.C.L. Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁷ Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, I, p. 677.

is indeed, it is generally affirmed, no body of 'government contract law' quite separate or distinct from the general law of contract»⁸.

Vi sono alcune varianti di disciplina rispetto al diritto comune dei contratti: ad esempio, l'amministrazione può recedere unilateralmente con una *termination for convenience*. Ma l'ossatura del contratto pubblico è quella propria di tutti i contratti. Dunque, una preliminare procedura amministrativa ad evidenza pubblica non è strettamente necessaria. Vi sono alcuni adempimenti da rispettare, alcune *Guidelines*, ma non un vero e proprio procedimento amministrativo formalizzato. E non c'è volontà di codificare la materia dei contratti pubblici: «The eclectic nature of government contract principles is peculiarly English. The unwillingness to codify reflects our dislike of the rigidity that can be attendant upon such reform. There are clearly advantages in the flexibility of the present system»⁹. La Gran Bretagna introduce procedure formali ad evidenza pubblica quando lo impone la Comunità, poi l'Unione, europea. La *ratio* principale della normativa europea, cui si sono dovuti adeguare tutti gli Stati membri, è la tutela della concorrenza.

Dunque, in Europa continentale, segnatamente in Francia e in Italia, si è partiti da procedure ad evidenza pubblica finalizzate a tutelare l'erario pubblico e a contrastare la corruzione. Poi è intervenuta anche la tutela della concorrenza grazie alle norme dell'Unione europea. In Gran Bretagna le procedure ad evidenza pubblica si sono sviluppate sulla scia dell'Unione, dunque della concorrenza nel mercato interno. Il contrasto agli sprechi del denaro pubblico e alla corruzione ha seguito nell'esperienza britannica vie diverse: sono state indirizzate raccomandazioni alle varie amministrazioni affinché stipulassero contratti idonei a realizzare *best value*, ma la tutela della sana spesa pubblica si è basata sugli strumenti generali spettanti al Parlamento e alla *Treasury*; e la lotta alla corruzione si è fondata su standard di *public policy* e su una diffusa "*complaints machinery*", un insieme di rimedi amministrativi per casi di *maladministration*, tra i quali il *Parliamentary Commissioner for Administration*¹⁰.

Per chiudere su questo secondo punto. I processi decisionali finalizzati alla conclusione di contratti pubblici si sono sviluppati con procedimenti ad evidenza pubblica dapprima in Europa continentale, per il presidio di una spesa pubblica sana e per il contrasto alla corruzione. La Gran Breta-

⁸ C. Turpin, *Government Procurement and Contracts*, Harlow, Longman, 1989, pp. 97-98.

⁹ P. Craig, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2016, p. 112.

¹⁰ Ancora P. Craig, *Administrative Law*, cit. pp. 210 ss.

gna ha sviluppato tali procedimenti formalizzati in un secondo momento, soprattutto in attuazione delle norme europee a tutela della concorrenza.

4. *Le misure generali*

Si possono denominare misure generali tutti i provvedimenti dell'amministrazione pubblica che assumono la natura di regolamenti, di altri atti normativi, o di atti amministrativi generali. Si pensi ad un regolamento ministeriale, tra gli atti normativi, o a un piano territoriale, come atto amministrativo generale. Queste categorie concettuali sono sconosciute negli ordinamenti di *common law*, nei quali si parla di *rule-making*, che comprende tutte le decisioni non particolari dell'amministrazione, cioè quelle che si traducono in *rules* aventi contenuto generale e indirizzate a destinatari indeterminati: sia la *subordinate legislation* che atti di programmazione o direttive.

I procedimenti per l'adozione di simili atti hanno essenzialmente riguardato i rapporti tra soggetti pubblici: è il caso del parere del Consiglio di Stato che in Italia viene richiesto dal governo per l'emanazione di atti regolamentari. Procedimenti basati sulla partecipazione degli amministrati, con finalità di garanzia, sono emersi lentamente e soprattutto per l'emanazione di atti amministrativi generali. L'esempio tipico è quello degli atti di programmazione. In Gran Bretagna vi è stato uno sviluppo graduale della *public participation* in procedure relative alla pianificazione urbanistica delle città e delle campagne, grazie ad una complessa legislazione che è culminata nel *Town and Country Planning Act* del 1947. Anche i settori della scuola e della sanità ne sono stati interessati¹¹. In Italia, la legislazione urbanistica del 1942 ha previsto forme di partecipazione, sia pure embrionali, nella procedura di adozione dei piani regolatori generali.

Fin qui si tratta di previsioni legislative che hanno regolato procedure partecipative per l'adozione di misure normative e amministrative generali in determinati e specifici settori di attività delle pubbliche amministrazioni. Una previsione legislativa generale si è avuta con l'*Administrative Procedure Act* statunitense del 1946, che stabilisce garanzie di partecipazione in tutte le procedure di *rule-making*. Si tratta di garanzie più o meno formalizzate. Ma anche le soluzioni più informali, come quella del *notice and comment*, assicurano agli amministrati ampie possibilità di presentare osservazioni

¹¹ Resta importante sul punto G. Ganz, *Administrative Procedures*, London, Sweet and Maxwell, 1974.

scritte sullo schema delle misure generali che l'amministrazione intende adottare. L'amministrazione deve tenere in adeguata considerazione le osservazioni. I giudici talora effettuano un controllo penetrante sull'osservanza delle garanzie partecipatorie¹².

5. *I tratti caratteristici dei processi decisionali*

Si è visto fin qui quando e perché siano emersi processi decisionali delle pubbliche amministrazioni basati su procedimenti articolati. Ne è risultato che i primi processi decisionali per l'adozione di misure amministrative unilaterali puntuali sono stati introdotti in Inghilterra per ragioni garantistiche, di tutela dei diritti dei privati, ed erano già consolidati nel Seicento. I processi decisionali preliminari alla stipulazione di contratti pubblici, introdotti dapprima in Europa continentale nel diciannovesimo secolo, sono stati finalizzati a tutelare anzitutto lo Stato e la sua sana contabilità. I procedimenti preliminari all'adozione di misure generali adottate da pubbliche amministrazioni, imperniati su forme garantistiche di partecipazione dei soggetti interessati, hanno trovato negli Stati Uniti d'America una disciplina di portata assai ampia a metà del ventesimo secolo.

Si passa ora ad analizzare come si configurino i vari processi decisionali e quali ne siano i principali tratti caratteristici.

6. *La partecipazione*

La partecipazione costituisce il nucleo essenziale dei procedimenti decisionali. Sta qui la ragione più antica dell'emersione di una procedura che l'amministrazione pubblica deve seguire e rispettare prima di decidere. Lo si è visto ripercorrendo la storia risalente del diritto delle amministrazioni pubbliche in Inghilterra. È lì che si sviluppò con forza l'idea, e la pratica, di una *procedural fairness* delle amministrazioni decidenti.

Vi sono stati differenti andamenti della partecipazione in diversi sistemi giuridici. Oggi l'esperienza giuridica statunitense si distingue certamente per un ambito assai ampio di garanzie partecipative nei processi decisionali delle amministrazioni pubbliche. Infatti, la partecipazione è garantita sia per i processi che conducono all'adozione di misure particolari (*adju-*

¹² Si veda in proposito P.L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, Durham, Carolina Academic Press, 2002, pp. 219 ss.

dication), sia per quelli che sfociano nell'emanazione di misure generali (*rule-making*). Le garanzie sono più estese rispetto a quelle riconosciute da altri ordinamenti di *common law*, come la Gran Bretagna e l'Australia, e da sistemi giuridici di *civil law*¹³.

Negli altri sistemi risultano piuttosto consistenti le garanzie nei processi decisionali di *adjudication*, che sfociano in misure amministrative particolari. Restano invece deboli, o non generalizzate, le garanzie in processi di *rule-making*, che conducono all'emanazione di misure generali: è il caso dell'Italia¹⁴. È invece essenziale, per la democrazia amministrativa, riconoscere in via generale garanzie di partecipazione in processi decisionali di *rule-making*, poiché in essi confluiscono interessi molteplici, spesso tra loro confliggenti, e l'adozione condivisa di misure che hanno un impatto generale e riguardano serie indeterminate di destinatari può comportare un miglior livello di *compliance*, di osservanza delle regole.

Quanto alla partecipazione alle procedure contrattuali ad evidenza pubblica, essa è stata sensibilmente potenziata dal diritto dell'Unione europea in nome della tutela della concorrenza tra imprese nel mercato interno. La regola – che tollera eccezioni tassative – è quella della maggior possibile partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione di appalti e di concessioni. È una regola il cui rispetto è affidato ai giudici e, in alcuni Paesi, ad altre amministrazioni pubbliche: in Italia l'Autorità nazionale anticorruzione effettua controlli penetranti sulla regolarità delle procedure ad evidenza pubblica. In diversi Paesi, le autorità amministrative preposte alla garanzia della concorrenza esercitano, anche in materia di contratti pubblici, i loro poteri di *enforcement* – cioè di applicazione delle regole di concorrenza e di sanzione nei casi di cartelli tra imprese partecipanti alle gare per l'aggiudicazione dei contratti – e di *advocacy*, ovvero di segnalazione al governo e al parlamento di distorsioni anticoncorrenziali derivanti anche da procedure ad evidenza pubblica mal costruite.

¹³ Per la comparazione tra sistemi di *common law* (Regno Unito, Stati Uniti e Australia) si veda P. Cane, *Controlling Administrative Power. An Historical Comparison*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; sul *rule-making*, in particolare, pp. 269 ss.

¹⁴ Si veda l'art. 13 della legge n. 241/1990, che limita le garanzie di partecipazione al procedimento nel caso di emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione.

7. La trasparenza

La trasparenza amministrativa ha assunto significati diversi. Sta ad indicare la pubblicità, ad esempio delle sedute dedicate alle prove orali di un concorso pubblico, o all'apertura delle buste in una procedura ad evidenza pubblica. Sta anche ad indicare l'obbligo delle amministrazioni di motivare certe decisioni. Indica, inoltre, il diritto di accesso alle informazioni e ai documenti amministrativi. Quest'ultimo è l'aspetto che ha conosciuto i cambiamenti più significativi. E il diritto di accesso ha rappresentato e costituisce un supporto essenziale per un'effettiva partecipazione degli amministrati ai processi decisionali. Occorre conoscere i dati, i documenti, per poter far valere appieno le proprie ragioni all'interno di quei processi.

In fasi storiche diverse, a seconda dei vari ordinamenti giuridici, si è passati dal segreto senza limiti alla trasparenza dei dati, con le dovute eccezioni. La tradizione più risalente era stata chiaramente espressa dalle parole pronunciate da Giacomo I, re d'Inghilterra, quando, nel 1616, disse che il *mystery of state* era una prerogativa della Corona che andava considerata come una *transcendent matter*, sottratta anche al controllo delle corti di giustizia¹⁵. È da sottolineare che il mistero è ancor più oscuro del segreto. Come ha scritto Norberto Bobbio: «l'apposizione del segreto è un atto di scelta ovvero dipende dalla nostra volontà [...] Il mistero rappresenta un limite della nostra ragione e della nostra volontà. È un segno della nostra impotenza. Nel caso del segreto, vorresti sapere ma non devi. Nel caso del mistero vorresti ma non puoi [...] Un tempo si soleva distinguere gli *arcana imperii* (i segreti di Stato) dagli *arcana dei o naturae* (i segreti di Dio o della natura). I primi erano veri segreti nel senso proprio della parola, perché nascevano da una decisione arbitraria del sovrano che doveva restare rigorosamente nascosta al volgo. I secondi erano invece misteri in quanto umanamente impenetrabili»¹⁶. Il mistero è il massimo del potere invisibile.

Nel Regno Unito si è dovuta attendere la decisione nel caso *Conway v. Rimmer*, del 1968, per l'avvio del superamento dell'antica prerogativa della Corona¹⁷. La disciplina legislativa della trasparenza è stata introdotta con il *Freedom of Information Act* del 2000, che riconosce ad *any person* il diritto

¹⁵ Parole citate in Sir David Lindsay Keir, *The Constitutional History of Modern Britain Since 1485*, London, Adam & Charles Black, 1975, p. 200.

¹⁶ N. Bobbio, *Segreto e misteri: i poteri invisibili*, in N. Bobbio, *Democrazia e segreto*, Torino, Einaudi, 2011, pp. 50-51.

¹⁷ *Conway v. Rimmer* [1968] AC 910.

di accesso alle informazioni detenute da autorità pubbliche, anche al di fuori di un processo decisionale.

Il diritto di accesso e la trasparenza hanno avuto riconoscimenti legislativi importanti negli Stati Uniti, riconoscimenti che hanno di molto preceduto le previsioni britanniche: il *Freedom of Information Act* americano è del 1967 e il *Government in the Sunshine Act* del 1976. Ma già la *freedom of information* aveva trovato una prima tutela, sia pure debole e soggetta a larga discrezionalità delle amministrazioni pubbliche, nell'*Administrative Procedure Act* del 1946: dunque, era nata nella disciplina dei processi decisionali delle agenzie amministrative. Il che trova conferma anche nelle leggi successive: il *Freedom of Information Act* garantisce, tra l'altro, il diritto di accesso ai *records*, cioè ai fascicoli procedimentali; e il *Government in the Sunshine Act* assicura la partecipazione degli interessati alle sedute degli organi collegiali che svolgono l'istruttoria amministrativa o assumono la decisione al termine del procedimento. Va sottolineato che le leggi statunitensi, come la legge britannica, consentono ad *any person* l'accesso alle informazioni.

Meno netto il percorso degli ordinamenti eurocontinentali verso la trasparenza. In effetti, il diritto dell'Unione europea enfatizza la trasparenza¹⁸. Gli Stati membri dell'Unione dell'area europea continentale hanno approvato leggi sul diritto di accesso, ma con diversi limiti. In Italia, ad esempio, il diritto di accesso ai documenti nel corso del processo decisionale amministrativo, previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo del 1990, non è riconosciuto a chiunque (diversamente rispetto alla Francia, ove si riconosce la legittimazione a *toute personne*), ma solo ai titolari di specifiche situazioni giuridiche soggettive tutelate, che dimostrino un interesse diretto, concreto e attuale ad ottenere la conoscenza dei documenti¹⁹.

Le leggi italiane hanno riconosciuto recentemente a "chiunque" il diritto di accedere a documenti e informazioni in possesso delle amministrazioni pubbliche²⁰. Ma si tratta di casi in cui l'accesso di regola prescinde da un processo decisionale in corso e riguarda piuttosto la richiesta dei cittadini di conoscere dati relativi all'organizzazione o all'attività amministrativa ge-

¹⁸ A partire dalla solenne proclamazione contenuta nell'art. 15, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: «Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile».

¹⁹ Art. 22, comma 1, lett. b), legge n. 241/1990.

²⁰ Si tratta del decreto legislativo n. 33/2013, come modificato dal decreto legislativo n. 97/2016.

neralmente intesa, ove vi possano essere problemi di mala amministrazione. Non a caso, le leggi che prevedono questo tipo di accesso sono state emanate per contrastare la corruzione.

In definitiva, mentre la trasparenza angloamericana aperta a tutti è certamente a supporto della partecipazione ai processi decisionali, la trasparenza italiana che legittima “chiunque” all’accesso riguarda piuttosto forme di controllo generalizzato non collegate in modo diretto con la procedura di adozione delle decisioni. La trasparenza del processo decisionale sconta, invece, il limite di una legittimazione soggettiva all’accesso circoscritta.

8. *La semplificazione*

La partecipazione degli amministrati ai processi decisionali delle amministrazioni pubbliche e la trasparenza delle informazioni, essenziali per la realizzazione di un’autentica democrazia deliberativa, possono dar luogo a rallentamenti e complessità nello svolgersi del processo decisionale. Può trattarsi di veri e propri ostacoli alla decisione. Arthur Vanderbilt, riferendosi all’esperienza statunitense, scrisse che le procedure amministrative minacciavano di divenire un *labyrinth*²¹. Occorre, dunque, bilanciare la partecipazione e la trasparenza con la semplificazione all’interno dei processi decisionali. È quello che si sta tentando in molti ordinamenti giuridici.

Va detto, innanzitutto, della eliminazione di una serie di misure amministrative particolari di tipo autorizzatorio. Alcuni atti amministrativi vengono sostituiti da atti privati. È il caso della segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) nel diritto amministrativo italiano. Qui la semplificazione è radicale e diviene liberalizzazione amministrativa: per iniziare un’attività economica non è più necessaria un’autorizzazione amministrativa preventiva, purché si tratti di autorizzazione non discrezionale; è sufficiente la segnalazione del privato. I poteri dell’amministrazione sono esclusivamente successivi e a discrezionalità limitata.

La SCIA somiglia a uno strumento già introdotto da tempo nel diritto dell’Unione europea: è la cosiddetta autorizzazione generale, che in realtà è una non-autorizzazione preventiva. La si ritrova, ad esempio, nelle direttive sulle comunicazioni elettroniche. Un’impresa che voglia avviare un’attività di realizzazione di reti o di gestione di servizi di comunicazione elettronica

²¹ Si veda A. Vanderbilt, nella sua introduzione al libro di Bernard Schwartz, *French Administrative Law and the Common Law World*, New York, New York University Press, 1954, p. XIII.

può limitarsi a comunicarlo all'amministrazione competente; non è necessaria un'autorizzazione preliminare.

È da sottolineare che le norme europee parlano non più di "atti" né di "procedimenti" di autorizzazione, ma di "regime" autorizzatorio²². In altri termini, il provvedimento e il procedimento di autorizzazione scompaiono; resta una disciplina, fatta essenzialmente di poteri amministrativi di controllo *ex post* sull'esistenza dei requisiti e dei presupposti per il regolare svolgimento dell'attività economica.

Uno strumento di semplificazione meno radicale è quello del silenzio assenso, che ha visto progressivamente ampliarsi il suo ambito di applicazione. Non vi è eliminazione di un provvedimento amministrativo, che resta necessario ma può essere silente dopo il decorso di un certo arco temporale. In Italia il silenzio assenso è divenuto ormai – sebbene con molte eccezioni – istituto generale nei procedimenti a istanza di parte, a prescindere dalla presenza di discrezionalità nell'adozione dell'atto finale. E sembra avere capacità espansiva anche in altri ordinamenti: la Francia lo ha importato dall'Italia.

È, inoltre, sempre più diffusa in diversi sistemi giuridici la sostituzione di misure amministrative unilaterali con strumenti consensuali: concessioni amministrative, provvedimenti di finanziamento, programmazioni territoriali, piani ambientali sono spesso sostituiti da contratti, convenzioni o accordi. Ne risulta un'attenuazione delle formalità e possibili vantaggi per l'amministrazione che, purché tecnicamente attrezzata, può determinare in modo articolato diritti e obblighi reciproci delle parti, misure certe di condizionalità per l'erogazione di finanziamenti, impegni dei privati a bonificare quartieri di città degradati o zone paesaggistiche deturpate.

Vi sono poi gli strumenti di semplificazione che incidono sui rapporti tra le amministrazioni coinvolte nel processo decisionale, non senza possibili riflessi sui privati. La velocizzazione e la possibile eliminazione dei pareri, la finalizzazione delle valutazioni tecniche, la conferenza di servizi e il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche ne sono buoni esempi nell'ordinamento italiano.

Rimane il limite alla semplificazione nei casi in cui sussistano interessi sensibili, come la tutela ambientale, o paesaggistico-territoriale, o della salute. Tale limite, a seguito delle recenti riforme legislative, è stato attenuato nell'ambito della conferenza di servizi ed eliminato del tutto nell'ipotesi di silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche. Permane intensamente in relazione ad altri strumenti di semplificazione: ad esempio, la tutela

²² Direttiva 2002/20/CE.

dell'ambiente, del territorio e delle salute non consentono la semplificazione delle attività consultive e la finalizzazione delle valutazioni tecniche; la tutela del paesaggio, della difesa nazionale o della pubblica sicurezza non consentono l'applicazione della SCIA e del silenzio assenso. Il fatto indiscutibile che tali interessi meritino particolare cura e attenzione non può comportare che la loro presenza ostacoli eccessivamente la capacità decisionale delle amministrazioni, specialmente quando si tratta di pareri o di valutazioni tecniche da acquisire. Occorrono migliori equilibri.

I processi di *rule-making*, cioè i procedimenti che conducono all'adozione di misure generali da parte di amministrazioni pubbliche, sono particolarmente complessi, poiché il numero dei destinatari è indeterminato e gli interessi in gioco riguardano spesso interi settori economici, come avviene per le misure generali riguardanti i mercati finanziari o energetici o delle telecomunicazioni, o ambiti territoriali vasti, come nel caso delle pianificazioni urbanistiche. Le garanzie di partecipazione, dunque, qualunque forma assumano, comportano rischi di rallentamento nell'adozione delle decisioni finali. Nell'esperienza statunitense – che, come si è visto, è la più ricca in termini di partecipazione all'interno di simili procedure – si è parlato di una possibile “ossificazione” delle procedure di *rule-making*²³. Di qui vari interventi di semplificazione della procedura cosiddetta di *notice and comment*.

In definitiva, la semplificazione dei processi decisionali gioca su diversi piani. Certamente le decisioni amministrative unilaterali formali hanno subito una dequotazione: spesso il loro posto è stato preso da atti privati, o da misure amministrative consensuali, o da provvedimenti silenti. In tutte queste ipotesi si è avuta una semplificazione del processo decisionale, o per eliminazione di misure amministrative, o per patti diretti con gli interessati, o per qualificazione dell'inerzia come misura tacita. I rapporti tra amministrazioni decidenti si sono alleggeriti, consentendosi forme di coordinamento prima inedite, come la conferenza di servizi o l'accordo tra amministrazioni. Tempi e formalità delle consultazioni in procedimenti finalizzati all'adozione di misure generali si sono sensibilmente ridotti.

Quanto ai controlli amministrativi, diverse semplificazioni hanno riguardato i controlli sulle attività private; mentre poco si è fatto, soprattutto

²³ Per diverse opinioni sul punto si vedano, tra l'altro: J. Webb Yackee, S. Webb Yackee, *Testing the Ossification Thesis: An Empirical Examination of Federal Regulatory Volume and Speed, 1950-1990*, 80, *The George Washington Law Review* 144 (2012); R.J. Pierce, Jr., *Rulemaking Ossification Is Real: A Response to Testing the Ossification Thesis*, 80, *The George Washington Law Review* 1493 (2012).

nei sistemi eurocontinentali, per razionalizzare i controlli che incidono sui processi decisionali delle amministrazioni pubbliche.

Va comunque sottolineato che per realizzare una semplificazione efficace non bastano gli interventi legislativi. È indispensabile un'attenzione continua e sistematica: Gran Bretagna e Stati Uniti hanno da tempo affidato questo compito ad appositi organismi, come la *Law Commission* e l'*Office for Information and Regulatory Affairs*²⁴. La Francia ha avviato negli ultimi anni un processo di semplificazione continuativo²⁵.

9. *Expertise e indipendenza delle amministrazioni decidenti*

È essenziale soffermarsi sulla struttura delle amministrazioni decidenti e sulla formazione professionale dei funzionari ad esse preposti, che ovviamente incidono sull'assetto del processo decisionale.

Anche sotto questo profilo vi sono state, e continuano a esservi, differenze profonde tra diversi ordinamenti. Gran Bretagna e Stati Uniti d'America hanno sempre dedicato grande attenzione all'*expertise* e all'indipendenza delle agenzie amministrative. Già la terminologia è significativa. Gli *administrative tribunals* britannici fanno pensare ad una loro natura giurisdizionale: in realtà sono amministrazioni pubbliche dotate di particolare qualificazione tecnica e di poteri di soluzione di controversie in posizione di terzietà e mantengono oggi una natura amministrativa, nonostante un loro ancor più sensibile avvicinamento alla *judiciary*²⁶. L'istruttoria nei procedimenti amministrativi regolati dall'*Administrative Procedure Act* statunitense, del 1946, è affidata ad *administrative law judges*, che non sono giudici, ma titolari di organi in sostanza equiparati a uffici amministrativi con elevata *expertise* e margini ampi di autonomia e indipendenza rispet-

²⁴ Sull'attività della *Law Commission* si veda D. Lloyd Jones, *50 Years On: the Law Commission at Fifty*, lezione tenuta alla *London Common Law and Commercial Bar Association*, 27 gennaio 2015; su recenti programmi e azioni dell'*Office for Information and Regulatory Affairs* si veda C. Sunstein, *Simpler. The Future of Government*, New York, Simon & Schuster, 2013.

²⁵ Si veda G. Napolitano, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, p. 611.

²⁶ Sulla storia degli *administrative tribunals* si veda il classico lavoro di W.A. Robson, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, cit.; sui *tribunals* oggi, dopo il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* del 2007, si veda M. Macchia, *La riforma degli Administrative Tribunals nel Regno Unito*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, p. 209.

to all'esecutivo. Le *independent agencies*, anch'esse munite di qualificata *expertise* tecnica e, per definizione, di indipendenza, hanno da lungo tempo trovato grande sviluppo negli Stati Uniti.

L'Europa continentale, ma anche alcuni Paesi di *common law*, come l'Australia, hanno preferito un'amministrazione retta da funzionari "generalisti", ancor oggi con formazione prevalentemente giuridica: l'idea del rispetto della legge ha prevalso sull'esigenza delle competenze specializzate. Le autorità indipendenti hanno preso corpo anche in Europa continentale – e nel diritto dell'Unione europea – ma la tradizione di fondo, generalista e legalista, è rimasta largamente inalterata.

È chiaro che queste differenze incidono sul processo decisionale. Con il moltiplicarsi delle funzioni amministrative, con il sempre maggior intervento delle pubbliche amministrazioni in materie economiche e tecniche, con il potenziamento del contesto giuridico globale, l'*expertise* è fattore qualificante e indispensabile, sia nell'istruttoria che nella decisione finale. Alla visione "legalista" propria dell'Europa continentale non si può ovviamente rinunciare e il rispetto della *rule of law* deve ispirare anche i processi decisionali angloamericani. Ma non sono rari i casi di eccesso di legalismo, che rendono troppo pesante e inefficiente il processo decisionale.

10. *Processi decisionali delle amministrazioni e controllo del giudice*

Va affrontato, infine, il problema del controllo giurisdizionale sull'azione amministrativa e degli effetti che esso può avere sull'andamento del processo decisionale delle pubbliche amministrazioni.

Spesso si afferma che un controllo penetrante del giudice sull'azione amministrativa può avere effetti paralizzanti o comunque di eccessivo freno della decisionalità delle amministrazioni pubbliche. In Italia – e in altri ordinamenti dell'Europa continentale – la questione è annunciata, ma l'analisi dottrinale aiuta poco a risolverla, perché gli studi assicurano ancor oggi la prevalenza ad un esame molto tecnico e talora concettualmente alquanto rarefatto del sindacato giurisdizionale.

Nei Paesi di *common law*, invece, da tempo il problema si pone in chiave pratica e con attenzione agli effettivi equilibri tra controllo del giudice e buon funzionamento dell'azione amministrativa. Al centro dell'attenzione dottrinale sta il tema dell'intensità del controllo giudiziale: in particolare, si analizzano gli orientamenti giurisprudenziali in termini di "deferenza" o di "attivismo" nei confronti dei processi decisionali amministrativi e ci si

interroga sulle ragioni che, nei diversi casi, conducono le corti di giustizia a essere “deferenti” o “intrusive”²⁷.

La conclusione che spesso se ne trae è che il rischio di effetti bloccanti dell’azione amministrativa provocati dal controllo giudiziale non può portare a sostenere che la “deferenza” del giudice nei confronti dell’amministrazione rappresenti la soluzione migliore. L’intensità del controllo giurisdizionale, infatti, è garanzia dei diritti e dell’effettività della loro tutela.

La “deferenza” del giudice non può e non deve essere generalizzata. Può trovare giustificazione nei casi in cui l’amministrazione abbia assunto decisioni altamente tecniche essendo munita di elevata *expertise* specialistica o di indipendenza nei confronti del potere esecutivo. Resta fermo che anche in questi casi occorre distinguere: il controllo del giudice sarà comunque penetrante sul rispetto delle regole che disciplinano il procedimento amministrativo, a partire dalla dovuta osservanza delle garanzie partecipatorie – insomma della *procedural fairness* –; e dovrà essere intenso sulla completezza dell’istruttoria condotta dall’amministrazione. Quanto al contenuto della decisione amministrativa, al di là di errori tecnici o di valutazione evidenti, o di errori di fatto latamente intesi, il giudice potrà esercitare un *self restraint*.

La “deferenza” del giudice può, in particolare, giustificarsi quando esista a tutela dei diritti degli amministrati una solida *complaints machinery*, cioè un insieme di rimedi stragiudiziali che consenta ai titolari di situazioni giuridiche soggettive una protezione su più fronti: anzitutto, forti garanzie preventive di partecipazione e di trasparenza nel processo decisionale; poi, la specializzazione di chi istruisce e di chi decide nell’ambito dell’amministrazione; infine, una serie di altri rimedi successivi alla decisione, che vanno dai ricorsi amministrativi al difensore civico.

Il giudice rimane essenziale, ma come *extrema ratio*. Che vi sia, prima della giustizia giurisdizionale, una giustizia interna all’amministrazione, è garanzia essenziale. Un’autentica giustizia amministrativa deve fondarsi su entrambe queste forme di giustizia. E dove esiste un’adeguata *complaints machinery* forse ci si può attendere una deflazione del contenzioso giudiziale e dunque una decisionalità amministrativa più efficace.

²⁷ Per un’ampia ricostruzione di questa problematica si veda E. Jordao, *Le juge et l’administration. Entre le contrôle et la déférence*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

11. *Conclusioni*

I processi decisionali delle pubbliche amministrazioni si sono ampiamente modificati nel tempo.

Il punto d'arrivo, ad oggi, è chiaro. Non esistono più decisioni prese in isolamento, a sé stanti, senza procedura preventiva. Le procedure valgono per ogni tipo di decisione amministrativa: per le misure unilaterali puntuali; per le misure consensuali; e per le misure generali. La partecipazione degli amministrati ai processi decisionali è una costante di questa evoluzione. Inoltre, i “misteri di Stato”, di cui parlava Giacomo I d'Inghilterra, si sono cospicuamente ridotti: la regola è oggi la trasparenza, il contrario del mistero. Infine, la semplificazione è un imperativo proclamato in tutti i principali sistemi amministrativi: è considerata “il futuro del governo”²⁸. Fin qui si è in presenza di tendenze comuni ai diversi ordinamenti giuridici, che assicurano maggiore protezione agli amministrati.

Al tempo stesso, permangono differenze sensibili. Diversa è la portata della partecipazione, della trasparenza e della semplificazione nei vari ordinamenti. E diverso è il bilanciamento tra partecipazione e trasparenza, da un lato, e semplificazione, dall'altro.

Una prima impressione che può trarsi dall'analisi è che i sistemi di *common law*, ove è nata l'idea della *procedural fairness*, ma è stata sempre forte anche l'esigenza di semplificare, riescano oggi ad assicurare un adeguato equilibrio fra partecipazione, trasparenza e semplificazione. Quei sistemi, inoltre, si fondano sull'azione di amministrazioni pubbliche dotate di solida *expertise* tecnica e hanno fornito una cospicua *complaints machinery* agli amministrati. Tutto ciò porta con sé un ruolo del giudice che, pur non abbandonando l'intensità del sindacato – si pensi allo sviluppo del controllo di proporzionalità in Gran Bretagna e negli Stati Uniti –, può trovare maggiori occasioni per una giustificata “deferenza” nei confronti dell'amministrazione pubblica. Sono esempi di buon equilibrio tra correttezza ed efficienza nei processi decisionali delle amministrazioni pubbliche. L'Europa continentale, più abituata a processi decisionali introdotti in nome della difesa dello Stato, si sta adeguando. Si attendono risultati più consistenti.

²⁸ Così C. Sunstein, *Simpler. The Future of Government*, cit.

Marco D'Alberti, *Administrative Procedures. A Comparative Analysis*

This essay analyses – from a comparative perspective – the origins and developments of administrative procedures aimed at the adoption of orders or rules and at the conclusion of public contracts or agreements. The essay then attempts to identify the crucial features of administrative procedures, such as participation, transparency, simplification and judicial review. Finally, the essay stresses the need for a proper balance between participatory guarantees and efficiency in administrative proceedings.

Keywords: Administrative procedures, adjudication, rule-making, judicial review.

Marco D'Alberti, Dipartimento di Scienze giuridiche, Sapienza Università di Roma, Via Sardegna, 50, 00187 Roma, email: marco.daAlberti(acancriniepartners.it)

