

UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI ROMA SAPIENZA

**Dottorato di ricerca
in Diritto pubblico, comparato, internazionale
XXX Ciclo**

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Fulco Lanchester

**TRASFORMAZIONI E MODELLI DI ESERCIZIO DELLA FUNZIONE
GIUSTIZIALE NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE ED EUROPEO**

Candidato:

Dott. Luigi Salvia

Relatrice:

Chiar.ma Prof.ssa Paola Chirulli

Anno accademico 2016/2017

INDICE

INTRODUZIONE

1. Ragioni della ricerca..... 4
2. Considerazioni sul metodo e piano dell'indagine..... 6

CAPITOLO I: LA FUNZIONE GIUSTIZIALE NEL SISTEMA COSTITUZIONALE

DEI POTERI

1. La funzione giustiziale nel quadro dell'attività amministrativa..... 8
2. L'interesse oggetto dei procedimenti giustiziali..... 11
3. Le radici storiche dei ricorsi amministrativi e le ragioni del loro declino 15
4. (segue) la riforma del '71 e le ragioni della marginalizzazione dei rimedi giustiziali 20
5. La funzione giustiziale nel quadro della separazione dei poteri: al confine fra
amministrazione e giurisdizione..... 24
6. (segue) lo «spazio proprio» della funzione giustiziale 30
7. Considerazioni sulle situazioni giuridiche soggettive e gli interessi dei privati nei ricorsi
amministrativi 34
8. L'area di estensione del «merito» amministrativo..... 37
9. Rivalutazione dei ricorsi amministrativi come strumento di «determinazione dialettica»
dell'interesse pubblico; distinzione tra contraddittorio e partecipazione 40
10. Il rapporto tra Amministrazione ed individui alla luce dei principi costituzionali:
abbandono della concezione autoritativa dell'azione amministrativa 44
11. Considerazioni conclusive: per una rivalutazione della giustizia interna
all'Amministrazione..... 48

CAPITOLO II: CARATTERISTICHE E MODELLI DI ESERCIZIO DELLA FUNZIONE GIUSTIZIALE NELL'AMMINISTRAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA

1. Premessa..... 52
2. Profili distintivi dell'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea..... 54
3. La diffusione dei ricorsi amministrativi nelle amministrazioni decentrate dell'Unione
Europea 60

4.	La specializzazione nell'amministrazione come strumento di armonizzazione nella fase esecutiva del diritto europeo	70
5.	Questioni sistematiche relative al decentramento dell'amministrazione ed alla creazione di agenzie europee	74
6.	La funzione giustiziale nell'amministrazione europea: caratteristiche e modelli	85
7.	La funzione giustiziale come strumento di rafforzamento della legalità nell'amministrazione europea	93
8.	Modelli ulteriori di esercizio della funzione giustiziale nell'Unione Europea: considerazioni critiche	102
9.	Il ruolo delle Commissioni di Ricorso nella giurisprudenza dei giudici europei	107
10.	Considerazioni conclusive	110

CAPITOLO III: CARATTERISTICHE E TRASFORMAZIONI DELLA FUNZIONE GIUSTIZIALE NELL'AMMINISTRAZIONE NAZIONALE

1.	Premessa - Sullo stato del sistema di giustizia amministrativa	118
2.	I ricorsi amministrativi nel diritto positivo	121
3.	Le autorità indipendenti: procedimenti paragiurisdizionali, regolazione e funzioni contenziose	133
4.	La funzione giustiziale nelle ultime riforme legislative	139
5.	Giusto processo e giusto procedimento nella giurisprudenza sovranazionale: l'avvicinamento tra i due piani	149
6.	Verso un sistema pan-giurisdizionale: i rischi e i vuoti di tutela	154
7.	Ricorsi amministrativi, accountability e intensità del sindacato del giudice sulle valutazioni delle amministrazioni indipendenti	161
8.	La funzione giustiziale come strumento efficiente di risoluzione delle controversie pubblicistiche e di deflazione del contenzioso	164
9.	Considerazioni conclusive	168

BIBLIOGRAFIA	172
---------------------------	------------

INTRODUZIONE

1. Ragioni della ricerca

I rapporti tra autorità pubbliche e soggetti privati, nelle numerose interazioni che intercorrono tra le due sfere in particolar modo nello svolgimento di attività economiche, risultano sempre più complessi alla luce di un quadro normativo primario e secondario che trascende ormai la dimensione nazionale e si arricchisce di fonti atipiche e modelli innovativi di esercizio del potere. I sistemi di giustizia amministrativa si evolvono a loro volta verso strumenti sempre più sofisticati di gestione delle controversie che oppongono i privati contro le pubbliche amministrazioni, in ciò contribuendo a disegnare confini e caratteristiche della funzione amministrativa. Le tendenze più evidenti corrono verso una maggiore parificazione nei rapporti tra soggetti pubblici e privati, nella sempre più acuta considerazione del valore di una amministrazione trasparente e partecipata, alla ricerca dell'efficienza – ma si preferirebbe piuttosto definirne il buon andamento – nell'azione amministrativa.

Nel perseguire tale valore gioca un ruolo fondamentale la definizione delle controversie, intesa in generale come gestione del momento patologico del rapporto pubblico-privato, in maniera tale da evitare da un lato di frustrare i bisogni di tutela espressi dai singoli e dall'altro di “compromettere” – nel senso di rendere cedevole agli interessi particolari – l'interesse pubblico tutelato dalla legge.

La ricerca di un simile punto d'equilibrio si ritiene che debba transitare attraverso una seria riflessione sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e contemporaneamente sui rimedi a disposizione per far valere istanze contrastanti con le valutazioni della parte pubblica, tentando di rendere il contemperamento degli interessi quanto più flessibile e chiaro possibile. Tale ambizione non può comunque sottrarsi al confronto con la tradizione giuridica propria nel sistema di giustizia amministrativa per come si è sviluppato in Italia, che ha trovato nel processo il luogo fondamentale dove concentrare gli strumenti per salvaguardare le posizioni giuridiche soggettive ingiustamente sacrificate nell'operato delle amministrazioni pubbliche.

L'evoluzione che ha caratterizzato il processo amministrativo, che ha visto la giurisprudenza anticipare e cercare di dare risposta ai bisogni di tutela che andavano manifestandosi, anche in assenza di adeguati strumenti predeterminati dal legislatore, ha confermato nel corso dei decenni

l'importanza dello strumento processuale quale fondamentale e costituzionalmente imprescindibile garanzia.

L'affinamento del processo amministrativo verso una protezione sempre più completa degli interessi legittimi ha portato tuttavia ad una corrispettiva recessione degli strumenti di tutela diversi da quest'ultimo, in particolar modo quelli interni all'amministrazione, ritenuti inadeguati a risolvere in modo imparziale le controversie a questi sottoposte, in quanto espressione di una burocrazia chiusa ed ostile, barricata dietro all'inerzia del silenzio rigetto.

Pertanto nel nostro ordinamento non hanno storicamente preso piede sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie di rilevanza pubblicistica organizzati attraverso il riesame in via amministrativa del provvedimento, al di là dei tradizionali ricorsi amministrativi, caricando esclusivamente sulle spalle del giudice il peso di tale contenzioso, da smaltire attraverso le forme, non sempre agili, del processo.

Nei casi in cui dunque è controverso l'esercizio del potere, ed il corrispettivo interesse legittimo del privato, la strada maggiormente percorsa pare quella processuale, che sconta tuttavia qualche controindicazione, legata non soltanto ai maggiori tempi e costi che essa necessariamente richiede. Si ritiene perciò che possa ricavarsi uno spazio di tutela ulteriore e diversa rispetto a quella offerta nel processo tramite l'esercizio della funzione giustiziale, se affidata ad un organo effettivamente imparziale ed in grado di conoscere il merito del provvedimento.

Tale spunto di riflessione deriva anche dall'analisi di modelli che risultano già adottati con successo in altri ordinamenti, dove l'amministrazione giustiziale svolge un ruolo di primo piano nell'assicurare la composizione delle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni.

In particolare uno sguardo all'ordinamento europeo sembrerebbe poter fornire la base per tornare a riflettere sulla diffusione dei rimedi giustiziali, con particolare attenzione alle funzioni di regolazione dei mercati. Sono numerose infatti le Commissioni di ricorso costituite proprio all'interno delle agenzie europee che esercitano funzioni di regolazione, direttamente o coordinando tra loro le diverse autorità nazionali, e tali sistemi risultano configurare uno schema che il legislatore europeo, seppure senza un disegno sistematico unitario e con differenze legate ai singoli casi, ripropone con sempre maggiore frequenza.

In considerazione del ruolo propulsivo – oltre che di armonizzazione – che i modelli organizzativi adottati a livello europeo spesso assumono e dell'influenza che può discendere da

un'integrazione amministrativa sempre più stretta, si vorrebbe riflettere sui potenziali influssi che le soluzioni adottate nelle agenzie europee, potrebbero esercitare sull'ordinamento nazionale.

Si è dunque tentato di astrarre un modello unitario a partire dalle diverse ed eterogenee discipline che regolano le Commissioni di ricorso, tale da potersi considerare come guida per eventuali riforme future che possano condurre ad una rivalutazione della funzione giustiziale.

Senza pretendere di importare uno schema senza considerare le differenze strutturali tra i due ordinamenti si vorrebbe piuttosto proporre, sulla base di un modello ormai sperimentato e che già produce i suoi effetti per i privati in relazione ai procedimenti di competenza delle agenzie europee, l'adozione dei medesimi criteri per orientare il legislatore nazionale nella sua opera riformatrice.

2. Considerazioni sul metodo e piano dell'indagine

I fondamentali strumenti per condurre l'analisi che si è prospettata possono essere reperiti principalmente attraverso una ricostruzione teorica, svolta sulla base dei dati storici e delle principali teorie che sono state formulate in dottrina, per isolare concettualmente la funzione giustiziale. Tale sforzo sarà condotto dunque essenzialmente avendo come riferimento gli studi più autorevoli sul sistema di giustizia amministrativa, inquadrato in una prospettiva costituzionale.

Una volta chiariti i concetti fondamentali, si intende sviluppare la ricerca attraverso l'analisi dei settori dove si ritiene che la funzione giustiziale possa trovare in modo più evidente ed immediato applicazioni innovative: in tali ambiti si analizzeranno le principali innovazioni legislative e gli orientamenti giurisprudenziali, nel tentativo di trarne indicazioni sistematiche. Si vorrebbero poi, all'esito di tale analisi, tracciare ed evidenziare le principali linee di tendenza evolutiva, attraverso la ricostruzione dei diversi fenomeni in corso nell'ordinamento.

Il percorso che sarà dunque seguito nel corso della ricerca è articolato in una prima parte dedicata all'inquadramento teorico e costituzionale della funzione giustiziale; constatando come i tradizionali ricorsi amministrativi abbiano nel corso del tempo perso di rilevanza, si tenterà di individuare una definizione in grado di proporre in una nuova luce rimedi giustiziali che potrebbero apparire, ed alla pratica risultano, obsoleti o comunque superflui.

Sulla base di tali considerazioni si affronterà poi l'analisi del sistema europeo, mettendo in evidenza le specificità dell'amministrazione dell'Unione e delle questioni, di ordine

costituzionale oltre che pratico, che pone l'istituzione di amministrazioni decentrate – le agenzie – e delle soluzioni a tali problemi che sono offerte proprio dai rimedi giustiziali ivi previsti. Sulla base di tali risultanze si tenterà di individuare un modello astrattamente idoneo a costituire un ampliamento effettivo della tutela, sottolineando tuttavia anche i limiti applicativi che tale prospettiva comunque potrebbe scontare.

L'esame dei principali strumenti di revisione amministrativa vigenti nell'ordinamento nazionale, messi in comparazione con il modello tratto dalla disciplina europea, porterà infine a metter in luce il reale stato “di salute” della funzione giustiziale, offrendo spunti interpretativi della disciplina vigente, in particolar modo quella processuale, nonché evidenziando quali strade potrebbero essere percorse, in una prospettiva *de jure condendo*, dal legislatore.

CAPITOLO I

LA FUNZIONE GIUSTIZIALE NEL SISTEMA COSTITUZIONALE DEI POTERI

1. La funzione giustiziale nel quadro dell'attività amministrativa

Ragionare intorno alla giustizia nell'amministrazione comporta, preliminarmente, l'esame dell'attività amministrativa colta nella sua dimensione funzionale, come attività vincolata, nelle modalità oltre che nei fini, alla soddisfazione di un interesse prefissato dalla legge. Una volta chiarite le implicazioni più profonde di tale aspetto, potranno essere esaminati con maggiore efficacia i problemi legati alla funzione giustiziale, che ha come oggetto la stessa attività amministrativa e come scopo la piena realizzazione dell'interesse pubblico a cui essa è tesa, attraverso la revisione degli atti illegittimi o viziati, secondo schemi che possono assumere differenti caratteristiche e peculiarità.

La situazione giuridica soggettiva di potere¹, tanto può sussistere e trova una sua giustificazione nell'ordinamento giuridico in quanto sia riferibile ad un interesse; il potere è dunque un mezzo per soddisfare questo interesse e di conseguenza «funzione» di esso. Il potere inoltre necessita per il suo esercizio, dunque presuppone, un'area di autonomia, in cui si ammette che un soggetto possa realizzare un interesse proprio, in quanto ritenuto rilevante e non confligente con i fini generali dell'ordinamento.

A partire da questa considerazione, si può ulteriormente osservare come proprio l'esercizio di tale autonomia possa, nel suo esplicarsi, divenire una sorta di «fonte del diritto²», nel senso che il soggetto che ne gode può determinare, in relazione alle circostanze di fatto ed in modo unico e diverso per ogni caso specifico, la regola concreta per assicurare la soddisfazione del proprio interesse, in accordo con la norma attributiva del potere; in altri termini «il soggetto fa propria la volontà della norma che ritiene che meglio realizzi l'assetto dei propri rapporti e interessi»³.

¹ Per una ricostruzione della nozione di potere giuridico v. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 173 ss.; GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario Amministrativo*, Milano, 1983, 101 ss.; DI GASPARO G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; dal punto di vista privatistico v. LENER A., *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1989, 610; v. anche FROSINI V., *Potere (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. Italiano*, XIII, 440 ss. e la bibliografia ivi citata.

² PIRAINO S., *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, 7.

³ CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Milano, 1936, 55

L'esercizio del potere tuttavia non implica necessariamente una contestuale posizione di autorità, in quanto essa si sostanzia non soltanto nella possibilità di realizzare un interesse proprio all'interno di uno spazio di autonomia – definizione che si è data del potere – ma anche in un ulteriore giudizio di superiorità dell'interesse oggetto del potere sugli altri interessi con esso confliggenti, tale da consentirgli di imporsi: in tal senso si è ritenuto che potere e autorità siano in rapporto di genere a specie⁴.

Con specifico riguardo all'attività amministrativa, la natura funzionale tipica di ogni potere giuridico assume un carattere peculiare, ancora più marcato e derivante dalla eterodeterminazione (nella legge) non solo degli interessi da realizzare ma anche delle modalità attraverso le quali agire. Attività amministrativa è allora funzione⁵ nel senso di realizzare un fine previsto nella legge attraverso modalità e strumenti da essa predisposti, all'interno di uno spazio di autonomia, seppur limitato, che costituisce l'ambito di esercizio della discrezionalità amministrativa – che qui si intende, con estrema semplificazione, come ponderazione degli interessi oggetto dell'attività⁶ – e delle scelte di opportunità relative ai provvedimenti da adottare, su cui comunque ci si soffermerà più avanti.

Sulla base di quanto appena esposto può dunque agevolmente concludersi che ogni attività amministrativa è funzionalizzata ed in quanto tale diretta alla soddisfazione di un interesse pubblico e non libera nei fini⁷; tale conclusione, su cui non pare possano sorgere particolari dubbi nel suo assunto generale, va a questo punto riportata in concreto nel contesto dell'attività giustiziale della pubblica amministrazione⁸.

⁴ La ricostruzione sinteticamente proposta sui concetti di potere e autorità è ripresa da PIRAINO S., *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, 18 ss.

⁵ Si utilizza il termine funzione nel suo significato «empirico», nel senso di attività preordinata alla realizzazione di uno scopo. Come precisa BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1952, 119, esiste un ulteriore significato del termine funzione, quando esso è utilizzato in senso tecnico, che fa invece riferimento all'esercizio di un potere, all'attività concreta e materiale diretta all'esercizio del potere stesso. In questo senso «sotto il profilo obiettivo, la funzione è un momento della concretizzazione del potere in un atto: momento di cui è appena da sottolineare qui la sostanziale unitarietà» *ibidem*, 122. Del medesimo autore, sempre sul concetto di funzione in senso tecnico e sulla sua applicabilità al diritto amministrativo v. BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Diritto pubblico*, 1950, 1 ss.

⁶ Secondo la nozione elaborata da GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939.

⁷ All'interno di quella che era in origine ritenuta un'unica «funzione» esecutiva infatti si distingue l'attività amministrativa in senso stretto dall'attività di indirizzo politico, in considerazione della libertà di determinare le finalità dell'azione. Sulla funzione di indirizzo politico nella dottrina italiana v. CRISAFULLI V., *Per una teoria dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, e MARTINES T., *Indirizzo Politico*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 134, e la bibliografia ivi richiamata.

⁸ In ordine alla concezione della divisione dei poteri, che prende le mosse dalla teorizzazione dei giuristi tedeschi che va sotto il nome di teoria «formale-sostanziale», ogni atto va valutato, a prescindere dal soggetto che lo pone in

Qualora si intenda trattare della funzione giustiziale della pubblica amministrazione dovrà necessariamente individuarsi quale sia l'interesse che ivi si persegue, operazione che non appare di soluzione altrettanto immediata. Senza dubbio l'attività giustiziale⁹ incide su un vizio della funzione, poiché dato il carattere doveroso dell'attività amministrativa, e lo stretto legame con il fine pubblico, una revisione dell'atto è giustificabile soltanto qualora la sua destinazione, o le modalità con le quali è stato compiuto, si distanzino da quello che è il «tracciato» della funzione. Tale ricostruzione si ritiene che possa tuttavia essere estesa, poiché non solo infatti andrebbero valorizzati i rimedi amministrativi per dare concretezza al principio di legalità, quanto piuttosto si dovrebbe accedere ad una diversa idea di giustizia¹⁰, più ampia, che rifletta un modo di inquadrare i rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione riconducibile ai diversi ma non meno rilevanti principi di imparzialità e buon andamento¹¹.

Tale giustizia andrebbe rintracciata dunque non solo e non tanto in un giudizio di conformità alle leggi da attribuire ai singoli provvedimenti, quanto piuttosto in una valutazione in ordine agli effetti complessivi che l'atto è in grado di produrre, anche avendo riguardo a giudizi aventi ad oggetto norme non giuridiche, ma economico-sociali¹². L'importanza di una rivalutazione della

essere, in virtù della funzione che esso sostanzialmente va a realizzare v. CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, 5. Tale tipo di approccio non è mutato neanche nelle concezioni storicamente successive, seppure si sono presi in considerazioni nuovi «livelli» di legalità, con l'avvento del costituzionalismo moderno. Per l'evoluzione storica v. SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 670 ss.

⁹ Si segnala, per la definizione dell'amministrazione giustiziale, come contributo monografico più recente CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2013; v. inoltre PAJNO A., *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. Giur.*, 2000; CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; BALBONI E., *L'Amministrazione giustiziale*, Milano, 1984; per una rassegna dei principali istituti v. RAGANELLA E. VALLA L., *La tutela giustiziale*, in CARINGELLA F. GAROFOLI R. (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, Milano, 2007 in particolare sul rapporto tra funzione e attività amministrativa giustiziale v. BENVENUTI F., *Funzione, procedimento, processo*, in *op. cit.*, 118.

¹⁰ Può rinviarsi a CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, *op. cit.*, 15, per una definizione di «giustizia» in termini di teoria generale come conformità ad una regola, anche al di sopra della legge; la giustizia sarebbe dunque una «forza dello spirito», che tende a risolvere un conflitto di interessi in una determinata direzione piuttosto che in un'altra.

¹¹ Sulla portata generale del principio di buon andamento come regola dell'azione amministrativa e principio fondante del rapporto tra amministrazione e privati, in virtù di un superamento delle «vecchie formule dello Stato-galantuomo, che non può far male e simili, proprie di una concezione paternalistica, risalente nei tempi e pur dura a morire, ma non compatibile con un ordinamento che si qualifica democratico, ed in cui, quindi, l'amministrazione nei suoi *grands commis* non dev'essere l'erede del sovrano illuminato, fonte e garanzia del benessere dei sudditi.» v. CANNADA BARTOLI E., *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1989. Per una sintesi sulle diverse interpretazioni in ordine ai principi di imparzialità e buon andamento che si sono susseguite nella dottrina v. ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 205 e la bibliografia ivi citata. Una lettura del principio di buon andamento come contrappeso rispetto al potere discrezionale della PA, nel senso di vincolare l'autorità pubblica alla scelta del risultato più efficace, è offerta da Mario Nigro, così come riportata in CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 1106.

¹² Sulla sempre maggiore incidenza delle «ragioni» economiche sull'organizzazione dei sistemi di giustizia v. PAJNO A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 972.

decisione, che di per sé potrebbe ritenersi sempre auspicabile in base ad una massima d'esperienza, va comunque bilanciata con i costi legati al meccanismo di realizzazione della revisione ed ai rapporti tra il decisore e l'autorità di secondo grado, i quali potrebbero, se non ben congegnati, non essere adatti alla costruzione di orientamenti solidi e principi chiari.

Se si considera infatti che l'amministrazione, seppure soggetto istituzionalmente deputato alla cura dell'interesse pubblico, non debba individuarlo autoritativamente – *rectius* arbitrariamente¹³ – ma solo per il tramite del confronto e della ponderazione dei diversi interessi che si incontrano nel caso specifico, attività che rappresenta il cuore della sua discrezionalità, allora può comprendersi l'utilità di un procedimento di revisione, fondato sull'istanza di parte, a rappresentare l'ultima occasione per realizzare, scongiurando anche eventuali ricorsi giurisdizionali, una valutazione «giusta».

2. *L'interesse oggetto dei procedimenti giustiziali*

In primo luogo tuttavia è utile svolgere qualche considerazione in merito alla effettiva direzione di questa funzione, poiché sia l'eterogeneità dei procedimenti mediante i quali può essere realizzata sia l'analisi dei processi storici che hanno portato alla sua affermazione e l'evoluzione che essa ha avuto nel nostro ordinamento conducono ad un interrogativo di fondo.

Si potrebbe sostenere infatti che l'esercizio di un potere di secondo grado¹⁴, di revisione su istanza di parte degli atti amministrativi, può avere, come minimo, due oggetti diversi: da un lato la garanzia degli interessi privati, ipoteticamente lesi dall'atto amministrativo, dall'altro un controllo sulla conformità degli atti alla legge, inteso come controllo di legalità generale a prescindere dal soggetto in grado di attivarlo.

Possono a ben vedere distinguersi all'interno di una lite, che altro non rappresenta se non l'emersione di un conflitto di interessi, da un lato gli interessi individuali delle parti, contrapposti, dall'altro l'interesse pubblico alla risoluzione del conflitto, interesse autonomo ed esterno alla lite stessa e proprio della funzione pubblica che a tale controversia si propone di dare soluzione¹⁵.

¹³ Sull'esercizio del potere discrezionale della PA in maniera arbitraria v. diffusamente PIRAINO S., *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, op. cit., in particolare 127 ss.

¹⁴ Sulla classificazione dei provvedimenti di decisione dei ricorsi amministrativi nella più generale categoria dei provvedimenti di secondo grado v. su tutti, GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 1037 ss.

¹⁵ Così CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, op. cit., 16.

Tali diverse finalità, seppure sembrerebbero tendere verso la medesima conclusione, ovvero un rafforzamento della «giustizia» nell'amministrazione intesa in senso più ampio possibile¹⁶, nella pratica conducono a soluzioni diverse, se si intende ricondurre a sistema l'intera galassia di procedimenti giustiziali. Se da un lato vi sono argomenti che fanno propendere verso la prima soluzione, cioè che l'interesse tutelato nel ricorso amministrativo sia quello del privato, quali la disponibilità del rimedio da parte del ricorrente per ciò che concerne l'iniziativa e la definizione dei motivi¹⁷, ci si potrebbe orientare in una diversa direzione considerando che tali ricorsi spesso consentono un riesame nel merito e sono decisi da autorità gerarchicamente sovraordinate, circostanza che lascia maggiormente aperta l'ipotesi per cui al centro dell'attività giustiziale dovrebbe permanere l'interesse pubblico. E in effetti lo stesso inquadramento del potere attribuito all'Amministrazione nella decisione dei ricorsi amministrativi nell'ambito del più generale potere di autotutela¹⁸, in cui si fanno rientrare tutti i provvedimenti c.d. «di secondo grado»¹⁹, potrebbe orientare nel senso di ritenere l'interesse pubblico alla legittimità dell'azione amministrativa come fondamento dell'istituzione dei sistemi di amministrazione contenziosa.

Tale dubbio – che si pose anche rispetto alla IV Sezione del Consiglio di Stato negli anni immediatamente successivi alla sua istituzione, come meglio si dirà più avanti – allo stato attuale pare possa essere risolto attraverso una lettura sistematica di determinati fenomeni che caratterizzano l'ordinamento della giustizia amministrativa.

¹⁶ Nel senso in cui si ritiene che sia utilizzata l'espressione nell'art. 100 Cost., che attribuisce al Consiglio di Stato il compito di assicurare la giustizia nell'amministrazione. Vale sottolineare la doppia natura del Consiglio di Stato, quale organo insieme amministrativo e giurisdizionale, per intendere quanto l'espressione, nell'idea del costituente, arrivasse ad abbracciare non solo la tutela giurisdizionale ma più pienamente tutta l'attività, anche quella amministrativa contenziosa, svolta per assicurare il rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento.

¹⁷ Per un'analisi delle disposizioni processuali che regolano gli istituti citati si rimanda al commento di PALEOLOGO G., *La riforma dei ricorsi amministrativi. Commento al d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199*, Milano, 1975, 22 ss.

¹⁸ Così nello specifico nella teoria espressa da BENVENUTI F., *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 553. Va sottolineato che secondo altra dottrina non sarebbe coerente ricondurre il potere di decidere su ricorso amministrativo nell'ambito più generale dell'autotutela, così GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 1037 ss., ma anche VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003, che evidenzia come l'autorità decidente sia vincolata al contenuto del ricorso ed esaurisca il proprio potere con la decisione, che non potrebbe a sua volta annullare in autotutela.

¹⁹ Tuttavia già all'interno di queste classificazioni occorre tener conto della peculiarità dei procedimenti giustiziali rispetto agli altri atti di secondo grado, che risiede essenzialmente, come sarà meglio esplicitato in seguito, nel vincolo alle allegazioni del ricorrente. Per tale distinzione in dottrina si veda su tutti GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo, op. cit.*, 1037, che divide i provvedimenti di secondo grado in tre categorie fondamentali (provvedimenti di riesame, provvedimenti giustiziali, e provvedimenti di mera revisione).

In primo luogo deve notarsi che in relazione alle forme di controllo²⁰ e ai rapporti di gerarchia tra le amministrazioni si è verificato, come da tempo rilevato in dottrina, un processo di affievolimento del sistema precedentemente ispirato al principio gerarchico²¹, a causa di una lunga serie di fattori; si pensi alle riforme sulla distinzione tra gli apparati politici e amministrativi²², alla spinta propulsiva delle autonomie territoriali, sulle quali ogni forma di controllo è stata abolita dalla riforma del Titolo V con la l. Cost. 3/2001 che ha inoltre introdotto il novellato art. 118 ed il principio di sussidiarietà orizzontale²³, e alla proliferazione delle amministrazioni indipendenti²⁴ e la crescita dei settori di loro pertinenza, ove la ripartizione delle funzioni amministrative avviene sempre più spesso secondo il criterio di competenza, a scapito delle amministrazioni statali organizzate sulla base dei ministeri e dunque ancora strutturate in senso verticistico-piramidale.

Sembra inoltre che il diritto amministrativo nelle sue recenti evoluzioni dimostri una sempre maggiore attenzione nei confronti della posizione dei privati destinatari o comunque coinvolti nei provvedimenti amministrativi, potendosi evidenziare come, sulla scia di una giurisprudenza spesso pionieristica che ha molte volte indicato al legislatore la via della riforma²⁵, si sia operato negli ultimi anni un potenziamento delle garanzie dei privati, sia nella fase procedimentale sia

²⁰ In generale sulla nozione di controllo e sull'evoluzione normativa che ha portato alla riduzione dei controlli preventivi di legittimità v. D'AURIA G., *I controlli*, in CASSESE S. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, 2, Milano, 2003, 1347. Sull'evoluzione dei controlli, anche in relazione alla diversa funzione di controllo sulla *performance*, e sulla natura giuridica di tale attività v. TARASCO A. L., *Corte dei Conti ed effetti dei controlli amministrativi*, Padova, 2012, che evidenzia in modo critico l'avvicinamento tra funzione giurisdizionale e funzione di controllo.

²¹ Si veda già ARCIDIACONO L., *Le tendenze organizzative nelle recenti disposizioni sulla giurisdizione amministrativa: la recessione del principio gerarchico*, in *Riv. Amm.*, 1975, 225, insieme a molti commentatori della riforma attuata con il d. P.R. 1199/1971. Ne dà conto, successivamente e con considerazioni ricostruttive sulla ineluttabilità del fenomeno, TRAVI A., *Ricorso gerarchico*, in *Dig. (Disc. Pubbl.)*, XIII, Torino, 1997, 396, per cui è in atto una «crisi del modello gerarchico».

²² TRAVI A., *Ricorso gerarchico, op. cit.*, 396, per cui «la distinzione fra livello politico e livello gestionale e l'attribuzione ai dirigenti di una reale autonomia gestionale sono incompatibili con la configurabilità di quei poteri di intervento degli organi sovraordinati che costituivano l'espressione più significativa del modello gerarchico.»

²³ Sulla portata costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale v. CAMERLENGO Q., *Art. 118*, in BIFULCO R. CELOTTO A. OLIVETTI M., *Commentario alla costituzione*, III, Torino, 2006, 2335, e la bibliografia ivi richiamata.

²⁴ Sul fenomeno dell'ascesa delle autorità amministrative indipendenti, senza pretesa di completezza data la più che copiosa bibliografia in materia, si rimanda a CASSESE S. FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996.

²⁵ CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, III, Torino, 2003, 37, definisce la materia amministrativa in continua evoluzione, per cui il processo amministrativo «nel sistema italiano, è stato costruito su poche e scarse regole procedurali dalla giurisprudenza amministrativa che è riuscita ad adeguarlo a tali mutamenti.» Tali ragioni secondo l'Autore sarebbero risultate ostative al successo di una codificazione del processo amministrativo, poi attuata con il D.lgs 104 del 2010.

durante il processo, attraverso un significativo aumento degli strumenti di tutela degli interessi legittimi.

Si possono portare ad esempio di tale processo gli istituti di partecipazione²⁶ ed accesso agli atti, riconosciuti in modo organico a partire dalla l. 241/1990, che hanno recentemente trovato un loro potenziamento, seppure orientato nella direzione di stabilire una sorta di controllo «dal basso» sulla PA²⁷, nella forma del c.d. diritto d'accesso civico generalizzato, non sorretto da alcun interesse differenziato, introdotto con il recepimento – con D.Lgs. 25 maggio 2016 n. 97 – della delega contenuta nella l. 124/2015 (altrimenti nota come riforma «Madia»).

Ancora maggiore l'attenzione riservata al processo amministrativo, che riflette, a partire dalla recente codificazione, lo sviluppo di un sistema quanto mai articolato e diversificato di tutela – l'introduzione delle azioni risarcitorie, avverso il silenzio e di accertamento della nullità, oltre all'apertura anche verso un'azione generale di accertamento, non specificamente menzionata ma da alcuni ritenuta ammissibile dinnanzi al giudice amministrativo²⁸ – improntato all'effettività della tutela²⁹.

Dalla considerazione congiunta dei fenomeni sopra elencati sembra potersi argomentare che gli istituti di amministrazione giustiziale, seppure originatisi in un contesto storico idoneo a fondare dubbi in merito all'interesse fondamentale da essi perseguito, debbano oggi interpretarsi, per garantire una certa compatibilità tra tali rimedi e l'attuale configurazione del sistema di giustizia amministrativa, come principalmente volti alla realizzazione di una pretesa individuale, contenuta appunto nel ricorso, di «giustizia» nei confronti della Pubblica Amministrazione.

²⁶ Per un commento sullo sviluppo degli istituti di partecipazione si segnalano, *ex multis*, GIGLIONI F. LARICCIA S., *La partecipazione dei privati all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, le opere monografiche di COGNETTI S., «Quantità» e «qualità» della partecipazione, Milano, 2000 e VIRGA P., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; CROSETTI A. FRACCHIA F. (a cura di), *Provvedimento amministrativo e partecipazione: problemi prospettive ed esperienze. Raccolta di saggi sul tema della partecipazione amministrativa nelle sue diverse valenze*, Milano, 2002.

²⁷ Per un commento in ordine alle finalità ed alla portata innovativa delle norme citate v. GALETTA D. U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, marzo 2016.

²⁸ Per i problemi suscitati dall'azione di accertamento nel processo amministrativo, inserita nella bozza e poi stralciata dal testo definitivo, e su una sua possibile ammissibilità a prescindere da una esplicita previsione normativa v. VELTRI G., *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹ Principio affermato solennemente nell'art. 1 del Codice del processo amministrativo D.lgs 104/2010, rubricato «effettività», per cui «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

Qualche perplessità in ordine a tale conclusione può sorgere in base alla ricostruzione tratteggiata da Giannini³⁰, che inquadra i ricorsi amministrativi come strumenti di riesame e non di tutela in quanto l'oggetto del procedimento sarebbe non la situazione giuridica del privato ma l'atto impugnato. A tali argomenti può tuttavia obiettarsi da un lato che la disponibilità del ricorso e la limitazione del *thema decidendum* sono affidate al privato, che vincola il riesame alle proprie allegazioni, dall'altro che ciò che giustifica il ricorso è pur sempre il vantaggio che il ricorrente può trarne³¹, a prescindere dall'interesse pubblico alla legittimità degli atti amministrativi che permane sullo sfondo. Anche ragionando in merito all'ordine dei rapporti di potere tra amministrazioni, deve ritenersi che il potere che la legge conferisce all'autorità decidente di caducare l'atto impugnato sia vincolato ed esercitabile soltanto se ciò corrisponde effettivamente ad un vantaggio per il ricorrente, e non per ragioni di mera legittimità, nel qual caso si verrebbe a configurare un improprio rapporto di controllo, che va escluso anche in relazione ad amministrazioni in rapporto di gerarchia tra loro.

La soluzione dunque che si ritiene preferibile è quella di inquadrare i ricorsi amministrativi come uno strumento esclusivo di tutela delle posizioni soggettive lese dagli atti amministrativi, pur dovendosi ammettere la possibilità che attraverso la risoluzione in via giustiziale delle controversie si possa, soltanto mediatamente, realizzare anche l'interesse, questa volta pubblico e generale, alla giustizia nell'amministrazione e alla prevenzione delle cattive prassi amministrative³².

3. *Le radici storiche dei ricorsi amministrativi e le ragioni del loro declino*

L'approfondimento delle tematiche legate all'amministrazione contenziosa non può che prendere le mosse dal ripercorrere alcuni passaggi storici del sistema di giustizia amministrativa, nel tentativo di chiarificare e di esporre, anche alla luce dell'elaborazione dottrinarie e della sua

³⁰ GIANNINI M. S., *La giustizia amministrativa*, Milano, 1966, 44 ss. L'autore opera una distinzione, all'interno dei procedimenti giustiziali, tra procedimenti di *riesame*, tesi a rivedere l'atto, e procedimenti di *revisione*, che invece si concentrano sulla situazione che l'atto ha creato, dunque sui suoi effetti e sulle modificazioni alle situazioni giuridiche dei privati. In base a tale distinzione, continua sostenendo che i ricorsi amministrativi nell'ordinamento italiano sono concepiti e costruiti come strumenti di riesame, e non di revisione, seppure non vi siano ragioni di principio ostative a questa seconda ipotesi.

³¹ Lo confermano i problemi sorti in ordine alla determinazione dell'interesse al ricorso anche in via amministrativa, per cui v. QUARANTA A. GRASSO G., *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1981, 112 ss.

³² Sulla portata del principio di buona amministrazione nell'ordinamento v. GIUFFRIDA A., *Il diritto ad una buona amministrazione e profili della sua giustiziabilità*, Torino, 2012.

evoluzione³³, la «parabola» dei ricorsi amministrativi da unico rimedio nei confronti dell'arbitrio della Pubblica Amministrazione ad «organo vestigiale» del sistema di giustizia amministrativa.

L'analisi – per quanto sintetica, non costituendo l'oggetto diretto della ricerca – condurrà necessariamente a ragionare su alcuni dei concetti fondamentali del diritto amministrativo, anche al fine di comprendere se ed in quali limiti la giustizia all'interno dell'amministrazione possa trovare ancora un suo ruolo e una sua utilità³⁴ nell'attuale grado di sviluppo dell'ordinamento giuridico.

L'amministrazione contenziosa si è sviluppata, negli Stati liberali nel corso del XIX secolo³⁵, come unico strumento concesso per entrare in una sfera che si riteneva fosse riservata alla Pubblica Amministrazione, investita di un ruolo istituzionale che le impediva di poter essere controllata o comunque sottomessa ad altri poteri nell'attività di cura dell'interesse, «assiologicamente» definito pubblico, che era ad essa affidata.

I processi storici e ideologici che hanno portato ad una evoluzione nell'idea di funzione amministrativa, anche in relazione ai rapporti con il potere giudiziario, hanno in seguito consentito l'affermazione di una giurisdizione di legittimità sugli atti amministrativi, tesa a rendere maggiormente effettivo il principio di legalità.

Possono, ancora con estrema semplificazione, individuarsi due fondamentali processi storici che hanno portato alla marginalizzazione dei ricorsi amministrativi: da un lato l'affermazione di un diverso modo di intendere la divisione dei poteri ed il principio di legalità, dall'altro l'emersione dell'interesse legittimo³⁶ e la sempre maggiore rilevanza della posizione dei privati³⁷ nei

³³ Tra le numerose trattazioni sullo sviluppo del sistema di giustizia amministrativa in Italia si segnalano *ex multis* BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1989, 610; MIGLIORINI L., *Ricorsi Amministrativi*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 684; VIDARI, *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dig. (disc. Pubbl)*, VII, 502; ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 655. In particolare sui ricorsi amministrativi v. SANDULLI A.M., *Ricorso amministrativo*, in *Noviss. Dig. Italiano.*, XV, Torino, 1968, ARCIDIACONO, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur.*, XXVII; TRAVI A., *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. (Disc. Pubbl.)*, XIII, Torino, 1997, 381.

³⁴ Di tale possibilità sono convinti, seppure sulla base di diverse argomentazioni, PAJNO A., *I ricorsi amministrativi tradizionali Una prospettiva non tradizionale*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, FALCON G. MARCHETTI B. (a cura di), Trento, 2015, e GIOVANNINI M., *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 2, 597.

³⁵ L'affermazione dei rimedi di amministrazione contenziosa negli ordinamenti europei, e della sua evoluzione a partire dai principi scaturiti dalla rivoluzione francese, e le peculiarità di questo sviluppo nell'ordinamento italiano, sono approfonditamente trattate in MANNORI L. SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 305 ss.

³⁶ Per una trattazione approfondita sulla nascita e lo sviluppo della nozione di interesse legittimo si rimanda a SORDI B., *Amministrazione e giustizia. Storia dell'interesse legittimo*, Milano, 1985.

³⁷ Si può far riferimento, per uno studio sull'interazione tra Amministrazione e privati nel procedimento amministrativo precedente alla legge generale 241/1990 a GHETTI G., *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971.

confronti dell'azione amministrativa, che hanno portato contestualmente all'affermazione del sindacato del giudice (speciale o ordinario, a seconda dei sistemi, se si considera l'evoluzione su scala europea) sugli atti della Pubblica Amministrazione.

Si può comunque ritenere che tale assetto sia stato raggiunto in conseguenza del crescente bisogno di tutela manifestato dai privati nei confronti degli atti illegittimi, generato evidentemente da un sistema di giustizia all'interno dell'amministrazione che, nella forma al tempo consolidata, non si presentava ad esso adeguato. Dunque si trattò non solo di un ripensamento istituzionale, ma anche di un ampliamento del panorama degli strumenti processuali e procedurali, che ha portato ad un sempre maggiore riconoscimento e ad una sempre più forte garanzia delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti dell'azione amministrativa.

Tale evoluzione è figlia della società liberale ottocentesca, e del pensiero dell'epoca, in uno Stato che diviene Stato di diritto in quanto il potere si limita, a garanzia della libertà degli individui, ma continua ad essere portatore di un interesse «pubblico» ed in quanto tale concepito come del tutto distinto e contrapposto rispetto a quello dei cittadini «privati» alla realizzazione della propria libertà³⁸.

Il momento che va esaminato più da vicino in questa evoluzione, che ha rappresentato lo snodo cruciale per lo sviluppo dell'attuale sistema di giustizia amministrativa, è il periodo che va dall'abolizione del sistema del contenzioso amministrativo nel 1865³⁹ alla successiva introduzione del controllo giurisdizionale da parte della IV sezione del Consiglio di Stato⁴⁰. Gli

³⁸ Per come l'affermazione del concetto Stato di Diritto abbia influito sul ruolo della Pubblica Amministrazione nello Stato liberale v. MANNORI L. SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, op. cit., 305; su come questa visione possa riportare ad una lettura in un certo senso riduttiva del principio di legalità v. SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, 12, secondo cui «il principio di legalità nella sua dimensione classica è divenuto, se così si può dire, pleonastico, nel senso che la conseguenza concreta cui portava – la tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione – non si fonda più su di esso, ma è legge costituzionale». Il riferimento è all'art. 113 Cost. che garantisce la tutela delle situazioni giuridiche dei privati contro gli atti della Pubblica Amministrazione, che l'Autore ritiene arrivi a ricomprendere il principio di legalità inteso nella sua nozione classica affermatasi durante l'Ottocento.

³⁹ Legge del 20 marzo 1865 n. 2248, allegato E, in dottrina v. SAMBATARO S., *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977. Per una ricostruzione dell'interpretazione classica della legge di abolizione del contenzioso amministrativo e delle successive evoluzioni v. SATTA F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 422 ss. e la bibliografia ivi citata.

⁴⁰ Legge 21 marzo 1889 n. 5992, nota come legge Crispi, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato. All'epoca dell'istituzione non venne espressamente denominata sezione «giurisdizionale», ingenerando ampio dibattito sulla natura del suo potere di annullamento, come si evidenziò nelle prime pronunce della Cassazione che riconobbero nel ricorso alla IV Sezione una nuova specie di ricorso amministrativo, posizione superata poco dopo anche grazie alle indicazioni della dottrina. In generale sulla legge Crispi v. BARUCCHI A., *La creazione della IV sezione del Consiglio di Stato nel quadro giuridico-istituzionale del tempo*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, I, Napoli, 2001, 167.

autori che hanno ripercorso il dibattito politico e dottrinario dell'epoca⁴¹ evidenziano l'emersione con particolare forza del vuoto di tutela creato nei confronti di quegli atti, espressione della potestà pubblica, che si ritrovavano ad essere di fatto insindacabili, poiché da un lato erano sottratti al giudice ordinario, in quanto non lesivi di diritti soggettivi, dall'altro non più censurabili di fronte ai tribunali del contenzioso amministrativo, aboliti perché ritenuti parziali ed identificati come «maschera di giustizia compiacente al potere»⁴².

Anche sulla base di questa considerazione negativa, colma di sfiducia nei confronti di una giustizia tutta interna all'Amministrazione, fu condotta la campagna, anche politica⁴³, protesa verso l'istituzione di un giudice del potere, soggettivamente distinto dall'amministrazione.

A partire da questo bisogno⁴⁴ si è affermato, nel corso del XX secolo sempre con maggiore incidenza, il sindacato giurisdizionale del Consiglio di Stato sugli atti amministrativi per vizi di legittimità, seppure in una prima fase senza chiarire il fondamentale equivoco in ordine alla natura «soggettiva» od «oggettiva» di questo potere. Se, in altri termini, il Consiglio di Stato fosse stato investito del potere di annullare gli atti amministrativi illegittimi a tutela delle situazioni giuridiche dei privati o a garanzia del superiore interesse alla legalità⁴⁵ dell'azione amministrativa.

⁴¹ Per una ricostruzione dei principali passaggi del dibattito sviluppatosi nel nostro paese all'indomani della legge di abolizione del contenzioso amministrativo v. MANNORI L. SORDI B., *Storia del diritto amministrativo, op. cit.*, 330 e ss.

⁴² MANNORI L. SORDI B., *Storia del diritto amministrativo, op. cit.*, 331, riporta l'espressione emersa nel dibattito parlamentare che portò alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo nel discorso di Pasquale Stanislao Mancini nella tornata del 9 giugno 1864, considerato il vero e proprio manifesto della riforma.

⁴³ Battaglia politica il cui più celebre sostenitore fu senza dubbio Silvio Spaventa, a cui è attribuita «l'invenzione» del sistema di giustizia amministrativa italiano v. SPAVENTA S., *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949 per un commento sull'attualità e l'eredità del pensiero di Spaventa v. NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico, in Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1970, 715.

⁴⁴ SATTA F., *Giustizia amministrativa, op. cit.*, 417, per cui «il sistema classico della giustizia amministrativa è dunque finito per il concorrere di una serie di elementi: [...] vi era l'incredibile contraddizione per cui la tutela giurisdizionale non era disciplinata in funzione delle necessità del cittadino, ma le necessità del cittadino dovevano adeguarsi alla tutela che l'ordinamento offriva al modello teorico di situazione giuridica soggettiva in cui i suoi interessi lesi andavano inquadri. [...] Nei termini in cui era stato concepito, costruito e mantenuto, quel sistema insomma non poteva durare. Esso alimentava quotidianamente l'aspirazione ad una giustizia più incisiva ed organica.»

⁴⁵ Si ricordano le tesi «oggettivistiche» sulla natura della giustizia amministrativa espresse da GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, seppure poi rivelatesi minoritarie. La diffusione di tale idea nel periodo successivo al 1865 ed anche successivamente all'introduzione della IV Sezione è testimoniata anche da CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo, op. cit.*, 78, per cui la IV Sezione fu istituita «per fornire una risposta ad una domanda di arricchimento di tutela del cittadino», dove però «ci si avviava verso una giurisdizione di tipo obiettivo», fondata sull'idea, riportata da BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa, in Enc. Dir.*, Milano, 1970, che «le situazioni individuali ne avrebbero beneficiato di riflesso giacché si credeva ancora, nonostante le esperienze vissute, che l'amministrazione bastasse di per sé stessa ad assicurare una certa giustizia».

Si propose l'interrogativo, a cui si è accennato in termini generali relativamente ai rimedi giustiziali, in ordine all'interesse ultimo perseguito dalle norme sulla giustizia amministrativa, in un momento storico in cui la posizione dell'individuo, fuori dai casi in cui si potesse vantare un diritto soggettivo pieno, era ancora riconosciuta come di pura soggezione rispetto all'azione amministrativa.

Il dibattito, seppure mai del tutto sopito e ciclicamente rievocato nella letteratura scientifica⁴⁶, sembra essersi definitivamente orientato nel senso di riconoscere la natura «soggettiva» della giurisdizione amministrativa, e si ritiene che proprio da questa base debba partire anche lo studio dei ricorsi amministrativi come strumento, parallelo e non sostitutivo del rimedio giurisdizionale, di affermazione dialettica degli interessi privati in conflitto con quelli pubblici⁴⁷. Tale dibattito può essere portato ad esempio di quanto permanga sempre viva nella giustizia amministrativa una sorta di identità ambigua: da un lato complesso di istituti che contribuiscono a proteggere gli individui dall'arbitrio e dall'abuso del potere pubblico, dall'altro strumento «speciale» per consentire l'effettivo soddisfacimento degli interessi pubblici al cui perseguimento è volta l'azione amministrativa⁴⁸.

Dunque l'affermazione del controllo di natura giurisdizionale sugli atti amministrativi, se all'inizio non fu neanche avvertito come tale, come testimonia la prima giurisprudenza del Consiglio di Stato⁴⁹ e l'assenza di una specifica qualificazione della IV Sezione come giurisdizionale nella legge Crispi del 1889⁵⁰, seguì a svilupparsi sempre in maggiore contraddizione rispetto agli istituti di ricorso interno, con un processo che raggiungerà il suo

⁴⁶ La questione è stata riproposta in merito all'introduzione della speciale legittimazione a ricorrere dell'Antitrust *ex art. 21bis l. 287/1990*, su cui v. CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione ad agire delle autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2012 e SANDULLI M.A., *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'articolo 21 bis l. 287/1990*, in *federalismi.it*, 2012; Si è ulteriormente riproposto anche a proposito della c.d. *class action* amministrativa di cui al D.lgs 20 dicembre 2009 n. 198, su cui v. CINTIOLI F., *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in *www.giustamm.it*, n. 8, 2010

⁴⁷ NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 33, per cui «la tutela del singolo è perseguita e ordinata, ma non può essere che una tutela mediata e coordinata a quella dell'interesse pubblico. O se si preferisce, mira ad un accertamento unico e bivalente, il quale cadendo sulla legalità del comportamento amministrativo, insieme procuri la soddisfazione dell'interesse obiettivo della collettività (e dell'amministrazione) e quella dell'interesse del singolo».

⁴⁸ Sempre NIGRO M., *Giustizia amministrativa, op. cit.*, 34 che in tale caratteristica risolve la «rilevanza politica» della lite amministrativa, con espressione mutuata da CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 252.

⁴⁹ Per una ricostruzione delle prime decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato, da cui emerge una non piena consapevolezza di svolgere una funzione giurisdizionale, v. BENVENUTI F., *Giustizia Amministrativa, op. cit.*, 615.

⁵⁰ Qualificazione che sarà poi espressa nella legge 7 marzo 1907 n. 62 istitutiva della V Sezione ed il successivo regolamento di procedura «dinnanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato» R.D. 17 agosto 1907 n. 643.

culmine al momento dell'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali⁵¹ e con la riforma ed il riordino delle norme in materia di ricorsi amministrativi con il d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199.

4. *La riforma del 1971 e le ragioni della marginalizzazione dei rimedi giustiziali*

Fu dunque, come si accennava, nel momento in cui il legislatore decise di dare finalmente attuazione compiuta alla previsione costituzionale in merito all'istituzione di effettivi organi di giustizia amministrativa diversi dal Consiglio di Stato⁵², sulla scia della dichiarazione di incostituzionalità delle giunte provinciali amministrative⁵³, che l'istituto del ricorso amministrativo venne riformato in senso tale da rendere inefficaci, o certamente depotenziate, le garanzie e le «occasioni» di giustizia che lo stesso, a prescindere dai malfunzionamenti che lo caratterizzavano, poteva prestare nei confronti del privato.

L'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali ed il superamento del criterio della definitività dell'atto amministrativo come condizione per esercitare l'azione di annullamento in via giurisdizionale rappresentano le innovazioni che più contribuirono a ridimensionare l'ambito di applicazione dei rimedi giustiziali, ed in particolare del ricorso gerarchico, assecondando una linea di pensiero, forse di ispirazione politica piuttosto che giuridica, volta alla estensione della giurisdizione amministrativa a scapito della revisione interna.

Il potenziamento delle garanzie di tutela giurisdizionale, di per sé costituzionalmente obbligatoria sulla base degli artt. 24 e 113 Cost., attraverso l'istituzione di giudici di primo grado, ha costituito un interlocutore ritenuto affidabile, proprio in virtù della sua indipendenza ed estraneità all'apparato amministrativo; quest'ultimo resta invece percepito con sfiducia e chiusura, in ossequio all'opinione radicatasi anche a causa della carenza di effettività⁵⁴ del principale strumento di ricorso amministrativo, il ricorso gerarchico, «che ha storicamente operato, più che come strumento di giustizia a disposizione degli amministrati, come uno strumento a disposizione dell'Amministrazione per rallentare, in pregiudizio ad essi, il cammino della giustizia⁵⁵».

⁵¹ Legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

⁵² «Gli altri organi di giustizia amministrativa» di cui all'art. 103 Cost.

⁵³ Sentenza C. Cost. 30/1967, in *Giur. Cost.*, 1967, 214 con nota di CERRI A., *Inapplicabilità ed invalidità consequenziale*, in *Giur. Cost.*, 1967, 216.

⁵⁴ Sottolinea CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit., 81 che «è dunque proprio sul terreno dell'effettività che il ricorso gerarchico ha conosciuto, come la dottrina non ha mai cessato di sottolineare, la sua decisiva involuzione.»

⁵⁵ SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1256.

Tale processo storico, giustificato a partire dalla naturale diffidenza nei confronti di un giudizio non avvertito come imparziale, ha dunque spostato l'accento sulla giurisdizione di legittimità, che si è affermata nel tempo come generale modello di giurisdizione amministrativa, anche grazie all'interpretazione che il Consiglio di Stato, fin dalla sua prima giurisprudenza, ha dato del suo ruolo istituzionale⁵⁶.

Accentuando la rilevanza del ricorso giurisdizionale, con cognizione limitata ai profili di legittimità, ciò che si perse fu l'occasione di riorganizzare la giustizia amministrativa, nel tentativo di superare l'inefficienza atavica che aveva caratterizzato i ricorsi amministrativi e per un ridimensionamento della «vocazione» gerarchica⁵⁷ dell'organizzazione amministrativa, anche considerando l'esigenza di una tutela nel merito del provvedimento. Se infatti la giurisdizione di merito rappresenta l'eccezione nell'ambito del processo amministrativo⁵⁸, nel procedimento giustiziale dovrebbe rappresentare quantomeno la norma, seppure non sembra opportuno generalizzare tale affermazione in considerazione delle numerose forme di amministrazione contenziosa, che si diversificano tra loro anche in relazione agli effetti.

Altra modifica che ha inciso per la definizione di un sistema «sbilanciato» a favore della tutela giurisdizionale⁵⁹ a scapito di quella amministrativa, quale quello che pare attualmente esistere nell'ordinamento italiano, riguarda l'abolizione del requisito della definitività⁶⁰ dell'atto quale condizione di procedibilità per il ricorso al giudice⁶¹.

⁵⁶ CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit., 50 ss.

⁵⁷ CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit., 71 ss. sulla crisi del rapporto di gerarchi all'interno della PA e la conseguente decadenza del ricorso gerarchico. v. anche la bibliografia ivi richiamata sul principio di gerarchia nell'organizzazione dello Stato.

⁵⁸ Per un studio recente sul tema, costantemente oggetto di interesse da parte della dottrina amministrativistica, v. D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo: Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013.

⁵⁹ CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit., 65, evidenzia come in conseguenza delle riforme del 1971, «al previsto incremento della efficacia della garanzia per le posizioni soggettive, affidata al giudice indipendente e vicino, ha fatto riscontro una perdita di terreno – vistosa e quasi integrale – della tutela giustiziale nel merito.»

⁶⁰ Si possono citare, per quanto riguarda la dottrina che ha ragionato intorno alla definitività dei provvedimenti: RAGNISCO L. ROSSANO M., *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954; MIELE G., *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 1 ss.; MAZZAROLLI L., *L'atto definitivo, la teoria dell'assorbimento e la riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 701 ss.; CASSARINO S., *Rapporto tra ricorsi amministrativi ordinari e ricorso giurisdizionale*, in *Foro amm.* 1975, II, 83; SCOCA F. G., *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1977, 375 ss.

⁶¹ L'abolizione del necessario previo esperimento del ricorso gerarchico all'indomani della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e del d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 è stata oggetto di un dibattito in dottrina, poi definitivamente orientatosi nel senso di considerare effettivamente possibile il ricorso in via giurisdizionale anche avverso atti non definitivi. Se infatti il d.P.R. 1199 nulla indica in proposito se non che il ricorso gerarchico è ammissibile soltanto nei confronti di atti non definitivi, la legge TAR si limita a non prevedere alcun limite al ricorso giurisdizionale, portando

Com'è noto infatti prima della c.d. legge TAR il ricorso in via giurisdizionale poteva essere esperito esclusivamente contro provvedimenti «definitivi»⁶², sui quali era già intervenuta una pronuncia – di rigetto – del ricorso gerarchico o per i quali, nonostante la proposizione del ricorso gerarchico, fosse scaduto il termine per la pronuncia dell'autorità investita della decisione⁶³. Tale condizione di procedibilità ha costituito da un lato un forte ostacolo – di fatto più che di diritto – all'accesso alla tutela giurisdizionale e dall'altro ha contribuito alla conferma dell'inutilità del ricorso, che nella maggior parte dei casi si concludeva con l'inerzia dell'Amministrazione e la conseguente formazione del silenzio rigetto.

In ogni caso, non sembra anche attualmente potersi prescindere dall'alternatività del ricorso amministrativo, e non si intende auspicare un ritorno generalizzato al previo esperimento del ricorso come condizione di procedibilità, che realizzerebbe un sistema maggiormente oneroso per il ricorrente e presterebbe all'Amministrazione una facile occasione per assumere comportamenti opportunistici e dilatori.

Ciò nonostante non può non sottolinearsi come l'abolizione della obbligatorietà del previo ricorso ne abbia rappresentato uno dei fattori più rilevanti di abbandono⁶⁴, in particolar modo di quello gerarchico. D'altro canto, si può sottolineare, con un accenno a quanto sarà in seguito trattato con maggiore approfondimento⁶⁵, che tale accesso diretto alla tutela giurisdizionale non è previsto in maniera uniforme in tutti gli ordinamenti europei, dove in molti casi è necessario il previo

naturalmente l'interprete a ritenere tale restrizione all'accesso diretto al giudice (contenuta nella previgente disposizione di cui all'art. 34 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) non più vigente. Per una ricostruzione del dibattito v. PALEOLOGO G., *La riforma dei ricorsi amministrativi. Commento al d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199*, Milano, 1975, 2 e la bibliografia ivi richiamata.

⁶² Il requisito della definitività dell'atto amministrativo, posto come limite all'esperimento della tutela gerarchica, ha rappresentato oggetto di esame da parte della dottrina per delinearne i confini ed il fondamento giuridico, per cui si rimanda a BERTI G., *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, 1965.

⁶³ L'istituto del silenzio rigetto, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale ed in particolare dai principi espressi da Cons. St. Ad. Plen. 3 maggio 1960 n. 8, riformulato nel d.P.R. nei suoi presupposti e nelle sue conseguenze, principalmente al fine di semplificare il passaggio dalla tutela giustiziale gerarchica a quella giurisdizionale impedendo all'amministrazione di assumere un contegno eccessivamente dilatorio, consente al ricorrente di rivolgersi liberamente al giudice trascorsi 90 giorni dalla presentazione del ricorso gerarchico. Per l'analisi dell'istituto e dei risvolti procedurali che esso comporta si rinvia a PALEOLOGO G., *La riforma dei ricorsi amministrativi*, op. cit., 34 ss.

⁶⁴ CALABRÒ M., *Modelli di tutela non giurisdizionali: i ricorsi amministrativi*, in *Ius publicum network review*, 1, 2013, lo definisce uno dei fattori più rilevanti della «crisi identitaria» dei ricorsi amministrativi nel nostro ordinamento.

⁶⁵ La questione sarà trattata in modo approfondito nei successivi capitoli dedicati alle Commissioni di ricorso previste nell'ordinamento europeo.

esperimento obbligatorio del ricorso amministrativo per accedere all'azione di annullamento giudiziale⁶⁶.

Ancora di recente le trattazioni in materia di giustizia nell'amministrazione continuano a sottolineare il carattere «marginale» dei ricorsi amministrativi⁶⁷, rinvenendone tuttavia la causa non tanto e non solo nella loro disciplina quanto in fattori di tipo politico e, in un certo senso, culturale. Si nota infatti che lo sviluppo dell'amministrazione giustiziale è ostacolato sia da una certa opposizione nel pensiero politico, dovuta ad una mancanza di comprensione delle potenzialità insite in questi istituti, sia dagli organi giurisdizionali, che tendono ad inquadrare come unica tutela effettiva ed imparziale quella fornita in giudizio⁶⁸.

Lo stato della funzione amministrativa contenziosa nel nostro ordinamento appare dunque una conseguenza di come è stata esercitata, e delle resistenze di altri poteri dello Stato all'affermazione di una tutela effettivamente imparziale, piuttosto che un vizio della costruzione giuridica con cui fu edificata⁶⁹. Ciò nonostante, non può trascurarsi che il mancato funzionamento dei meccanismi di revisione interna dei provvedimenti amministrativi, prolungato nel tempo, non può che risolversi nella sostanziale inutilità degli stessi, e dunque nella necessità di un ripensamento complessivo, che non si limiti ad inquadrarli sotto una nuova luce nell'ottica di una rinnovata interpretazione dei principi costituzionali e dei rapporti tra l'Amministrazione e i privati ma ne investa anche la natura giuridica e l'architettura normativa, per rilanciarne l'utilizzo.

⁶⁶ Nell'ordinamento dell'Unione Europea, si cita fra tutti il caso delle Commissioni di ricorso istituite presso l'EUIPO (l'Ufficio Europeo per la Proprietà Intellettuale), disciplinate dal Regolamento (CE) n. 216/96 della Commissione, del 5 febbraio 1996, così come modificato dal Regolamento (CE) n. 2082/2004), oltre che della Commissione di ricorso congiunta istituita presso le Agenzie di Vigilanza Europee, come previsto dagli artt. 58 e seguenti dei rispettivi regolamenti istitutivi. Tra gli ordinamenti nazionali ciò è evidente nel sistema britannico degli *Administrative Tribunals*, che prevedono una fase amministrativa obbligatoria prima di poter ricorrere alla High Court, v. CHIRULLI P., *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996; MACCHIA M., *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 1, 209; v. anche CHITI M. P., *La giustizia nell'amministrazione. il curioso caso degli amministrative tribunals britannici*, in FALCON G. MARCHETTI B. (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Trento, 2015.

⁶⁷ Così GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007, 238.

⁶⁸ GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, op. cit., 238, riferisce infatti di una «non chiara consapevolezza, a livello politico, delle potenzialità insite nell'attribuire poteri contenziosi alle autorità» e di «costante resistenza da parte del potere giurisdizionale».

⁶⁹ Va sottolineata l'opinione di TRAVI A., *Ricorsi amministrativi*, op. cit., 382, che aderisce a tale prospettazione, per cui nella condanna dei ricorsi amministrativi, anche dal punto di vista normativo per come sono strutturati, si possa celare il rischio di una «semplificazione eccessiva, come è quella che porta a considerare come difetto di una legge i limiti nella sua attuazione ad opera degli apparati».

Occorre infine puntualizzare che le precedenti considerazioni circa l'evoluzione storica e la decadenza dei ricorsi amministrativi sono state formulate avendo ad esempio principalmente la figura del ricorso gerarchico⁷⁰, ipotesi che maggiormente riflette le dinamiche storiche descritte. Per quanto riguarda le altre categorie classiche in cui la dottrina divide i ricorsi amministrativi, devono differenziarsi i ricorsi in opposizione, che vivono un processo di decadenza forse ancora maggiore di quelli gerarchici, proprio in virtù del vistoso difetto di imparzialità dal quale sono connotati, e quelli c.d. gerarchici impropri che, rimanendo connotati da forte specialità in quanto singolarmente disciplinati dalle leggi che li istituiscono, presentano caratteristiche sensibilmente diverse sulla cui specificità si tornerà in seguito.

È apparso comunque opportuno utilizzare la figura del ricorso gerarchico come esempio del «destino comune» della funzione giustiziale della Pubblica Amministrazione nell'ordinamento italiano non solo per il rinvio alla sua disciplina che opera lo stesso d.P.R., che la estende in quanto compatibile alle altre categorie, ma anche perché la sua struttura, intimamente ancorata ad un assetto organizzativo fondato sulla gerarchia da tempo oramai entrato in crisi, contribuisce a mettere meglio in evidenza la necessità di un ripensamento del complesso degli istituti di amministrazione contenziosa che rappresenta l'obiettivo del presente lavoro.

5. La funzione giustiziale nel quadro della separazione dei poteri: al confine fra amministrazione e giurisdizione.

Se dunque, come si è tentato di evidenziare nei paragrafi precedenti, i ricorsi amministrativi hanno rivestito un ruolo marginale nel sistema di giustizia amministrativa, al fine di ricercare una diversa maniera di intendere tali istituti e rivalutarne le potenzialità di fornire una tutela effettiva dei privati nei confronti della Pubblica Amministrazione, pare in primo luogo opportuno tentare di meglio inquadrare l'esercizio della funzione giustiziale nei rapporti tra poteri nell'ordinamento⁷¹.

⁷⁰ Sulla classificazione classica dei ricorsi amministrativi v. SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1150; ARCIDIACONO L., *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur., op. cit.*; Per delle classificazioni alternative si vedano NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 156, che propone la distinzione tra rimedi rinnovatori e rimedi eliminatori e CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, *op. cit.*, 153 ss., che propone una distinzione tra ricorsi amministrativi generali e singolari.

⁷¹ MACCHIA M., *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Gior. Dir. amm.*, 5, 2015, 634 evidenzia, rispetto alla riorganizzazione dei poteri di secondo grado di recente operata con la l. 124 del 2015, che «il potere di autotutela riflette le peculiarità del rapporto tra amministrazione e giurisdizione: giacché se all'amministrazione è dato il potere di annullare i propri provvedimenti su ricorso degli interessati». Sul punto

Tale indagine preliminare appare necessaria in quanto si ritiene che l'esercizio di amministrazione giustiziale non possa essere totalmente sovrapposto, per darne un'interpretazione coerente con l'ordinamento attuale, all'esercizio della funzione giurisdizionale, né debba, d'altro canto, essere ricondotto pienamente nell'esercizio della funzione di amministrazione attiva, ma vada ad occupare uno spazio intermedio, di collegamento, tra le due.

Le funzioni amministrative e giurisdizionali, negli ordinamenti antecedenti alla rivoluzione francese, non erano concepite come distinte ma venivano confuse nel concetto di *iurisdictio*⁷², che assorbiva al suo interno una gamma di poteri, distinti dalla funzione puramente normativa ed attinenti all'applicazione delle norme giuridiche tanto nella loro dimensione di lite tra privati quanto in quella di esercizio di poteri strettamente autoritativi. Il comando come esecuzione della norma giuridica astratta era connotato da un identico carattere applicativo, che non distingueva tra cura dell'interesse pubblico o privato.

Una notazione di questo tenore vale, più che a voler tracciare una storia del diverso atteggiarsi delle funzioni amministrative e giurisdizionali negli ordinamenti moderni⁷³, ad evidenziare il tratto comune ad entrambe le attività, ovvero l'applicazione di norme giuridiche al caso concreto, a differenza della funzione normativa in senso stretto, che attiene alla definizione di un comando generale e astratto.

La divisione dei poteri non può intendersi come rigida e netta corrispondenza biunivoca tra organi e funzioni⁷⁴, così come semplificata attraverso lo schema disegnato dai rivoluzionari francesi⁷⁵, poiché in tal modo si rivelerebbe incapace di comprendere la complessità ed i rapporti

l'Autore segnala anche MATTARELLA B. G., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1223 ss.

⁷² MANNORI L. SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, *op. cit.*, 36 ss. definisce l'assetto dei poteri in età pre-rivoluzionaria come «Stato giurisdizionale» ed esemplifica in varie forme le «amministrazioni giustiziali» affermatesi nel corso di tutta l'Età moderna negli Stati nazionali europei. Sarà l'affermazione del principio di divisione dei poteri a operare come «discrimine epocale nei confronti degli assetti giustiziali di antico regime» *ibidem*, 204.

⁷³ Per cui si rimanda sempre a MANNORI L. SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, *op. cit.*

⁷⁴ Così ne ricostruisce la visione teorica propria dei rivoluzionari francesi, mutuata dal pensiero di Montesquieu, CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 4. Si richiama anche SILVESTRI G., *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1985, 684 per cui «la teoria montesquieuiana è basata sull'indissolubile combinazione della distinzione funzionale e dell'indipendenza soggettiva: l'una non può esistere senza l'altra e viceversa».

⁷⁵ Particolarmente evocativa l'immagine delle «forbici da geometra» con le quali l'Assemblea Costituente dell'autunno del 1789 avrebbe disegnato la divisione dei poteri nella prima Costituzione della Francia rivoluzionaria. L'immagine è di Hippolyte Taine e viene ripresa da LEGENDRE P., *Trésor historique de l'Etat en France: l'administration publique*, Parigi, 1992, 120.

esistenti tra funzioni e soggetti di potere. Pertanto, come compreso già dalla dottrina tedesca della prima metà dell'Ottocento, la cui elaborazione viene indicata come teoria c.d. «formale-sostanziale»⁷⁶, gli atti dei pubblici poteri devono essere valutati non tanto avuto riguardo alla loro forma o al soggetto che li pone in essere, quanto piuttosto in relazione agli effetti che attraverso l'atto intendono produrre⁷⁷. Su queste premesse per ricondurre un'attività ad una determinata funzione occorrerà preventivamente individuare il nucleo fondante delle funzioni stesse, ciò che le caratterizza e le distingue dalle altre, per confrontare poi con tali peculiarità i caratteri dell'atto che si intende qualificare, dunque del ricorso in via amministrativa per ciò che ivi interessa.

Volendo distinguere le due funzioni, può operarsi, come proposto da autorevole dottrina⁷⁸, su due diverse basi: in primo luogo si può considerare la natura della volontà, se il giudizio, espresso nel comando, è espresso *per lo svolgimento* del conflitto di interesse o *sopra lo svolgimento* del conflitto stesso.

D'altra parte può aversi riguardo alla natura del soggetto; se infatti nello svolgimento della funzione amministrativa l'Amministrazione è parte nel conflitto, in quanto portatrice di un proprio interesse in conflitto con quelli particolari, nello svolgimento della funzione giurisdizionale il giudice è terzo, ed agisce nell'esclusivo interesse alla risoluzione del conflitto innanzi a lui tradotto.

Se si fa riferimento alla funzione giurisdizionale, ciò che pare distinguerla e caratterizzarla rispetto agli altri poteri dello Stato attiene da un lato alla particolare forza dell'accertamento e dall'altro al ruolo del giudice come interprete di un conflitto, determinato, tra due parti. Considerando tale ultimo profilo come oggetto di maggiore interesse ai fini del confronto con la funzione amministrativa, deve infatti osservarsi che al giudice è sottoposta una controversia

⁷⁶ Si rimanda a SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir., op. cit.*, 677, per la descrizione dell'elaborazione dottrina tedesca, in particolare di Jellinek e Laband, che ha superato la rigida separazione tra organi, soggettivamente caratterizzati, introducendo una distinzione basata sull'individuazione delle funzioni. Si ritiene infatti che «legislazione esecuzione e giurisdizione non sono connotazioni di organi, ma di procedimenti. Quando al posto di ciascuna di queste classi di atti di volontà si è messo un organo determinato, competente per ognuna di esse ed indipendente rispetto agli altri, si è trasformata la distinzione delle funzioni in divisione dei poteri. Da questo momento soggettivo della competenza si deve prescindere se si vuole caratterizzare e distinguere gli atti, nei quali si esplica l'effettività dello Stato, secondo la loro specifica differenziazione.» La citazione è di LABAND P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, II, Tubinga, 1911, 176.

⁷⁷ Possono richiamarsi le considerazioni di SANDULLI A. M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1964, anche in *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967, 245, per cui «i caratteri essenziali di individuazione delle attività dei pubblici poteri non sono in corrispondenza del contenuto delle statuizioni in cui le attività stesse si risolvono, bensì della funzione nell'esercizio della quale vengono poste in essere».

⁷⁸ CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile, op. cit.*, 218, per cui nel ricorso gerarchico «la decisione è una dichiarazione di *volontà per lo svolgimento del conflitto*, non per la composizione di un conflitto».

determinata, sulla quale le parti hanno la piena disponibilità, e rispetto alla quale il giudice è non solo imparziale, ma anche terzo. Può dirsi infatti che durante l'esercizio della funzione giurisdizionale «non solo intervengono soggetti diversi da quello cui compete emanare l'atto, ma questi perseguono con i loro atti processuali un interesse sostanziale che non è l'interesse dell'autore dell'atto ma quello dei suoi destinatari⁷⁹». Ciò conferisce alla funzione giurisdizionale un certo carattere di «eterodirezione», come funzione pubblica «servente» in quanto tesa a realizzare, nella concreta attività di esercizio del potere, vale a dire attraverso il processo e la sentenza, gli interessi delle parti.

Scevro da questa peculiare connotazione, il comando del giudice, anche se contenuto in una sentenza o in atti formalmente distinti da quelli amministrativi, risulterebbe corrispondere all'esercizio di potere – *rectius* potestà⁸⁰ – del tutto assimilabile a quella di cui gode l'amministrazione nel momento in cui emana un provvedimento autoritativo.

Ragionando in altro modo, sulla base dell'interesse pubblico perseguito dalle due funzioni, può dirsi che la funzione giurisdizionale realizza l'interesse alla risoluzione della lite, ulteriore e diverso rispetto agli interessi particolari delle parti, che rispetto ad esso sono strumentali. La funzione amministrativa contenziosa, seppure utilizzando il medesimo meccanismo – per cui alla realizzazione del bisogno oggetto della funzione è strumentale lo scontro di interessi contrapposti, e dunque operando attraverso uno schema che si è definito «processuale» e non «procedimentale» – persegue un diverso obiettivo, legato alla migliore cura dell'interesse pubblico concretamente oggetto dell'atto impugnato, attraverso un riesame delle posizioni private e di quella pubblica cristallizzata nel provvedimento.

La nota caratterizzante l'attività della Pubblica Amministrazione sembra essere pertanto, anche alla luce delle considerazioni sopra svolte sulla natura «funzionalizzata» dell'esercizio del potere amministrativo, la cura dell'interesse pubblico, per cui l'azione amministrativa tende necessariamente ad una finalità generale – pubblica in senso lato e già contenuta e determinata nella legge – che si realizza non solo attraverso l'esecuzione e la concretizzazione della norma di legge, ma anche in attività più propriamente decisionali, di selezione delle modalità dell'azione e di ponderazione degli interessi, non automatiche bensì discrezionali.

⁷⁹ BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo, op. cit.*, 135.

⁸⁰ La peculiarità della potestà rispetto al potere, nella già richiamata sistematica di PIRAINO S., *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio, op. cit.*, 8, attiene alla capacità di imporsi sugli altri interessi, a prescindere da qualsiasi bilanciamento, e corrisponde ad una posizione di autorità del soggetto che ne è titolare.

Anche negli ordinamenti costituzionali contemporanei, entrambe le funzioni restano vincolate e sottoposte alla legge, per cui, seppure sembra persa l'aspirazione al legicentrismo proprio delle prime teorizzazioni della divisione dei poteri⁸¹, la legge continua a rappresentare l'espressione del principio democratico, e si pone come espressione diretta della sovranità popolare. Tuttavia la subordinazione alla legge non pregiudica uno spazio di autonomia per le singole funzioni, di cui possono cogliersi due aspetti: da un lato l'operazione intellettuale che porta dalla legge al singolo provvedimento, che nel caso del giudice è «interpretazione» e nel caso dell'Amministrazione invece è «scelta discrezionale», dall'altro negli atti posti in essere per applicare la legge: il giudice arriva alla decisione attraverso il processo, l'Amministrazione attraverso il procedimento. Il profilo che dunque si ritiene più interessante da sottolineare nel confronto tra giurisdizione e amministrazione, che si può estendere ad entrambi i termini sopra distinti, attiene alla diversità nella «valutazione» degli interessi che vengono in questione nell'esercizio della funzione, e dell'interesse pubblico che è sotteso a tale diversa valutazione. Un carattere che può individuarsi come comune ad entrambe le funzioni è l'imparzialità del soggetto pubblico detentore del potere. Ciò che invece è proprio del giudice e non dell'Amministrazione è il requisito della terzietà⁸², che presuppone una estraneità di fondo di qualsiasi interesse proprio del soggetto pubblico nella risoluzione del conflitto.

Giova richiamare la visione classica della divisione dei poteri per evidenziare che la giurisdizione, nel momento in cui viene concettualmente separata dall'amministrazione, viene inquadrata come potere non politico⁸³ per eccellenza, in quanto la soggezione alla legge è totale e non si presta alla determinazione di fini ulteriori rispetto alla prospettazione delle parti che

⁸¹ Si pensi all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino francese del 1789, ove viene testualmente affermato che «ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata e la separazione dei poteri non è determinata non ha una costituzione» sul punto v. SILVESTRI G., *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir., op. cit.* 670, per cui «la preminenza della legge fa sì che nel sistema montesquieuiano, l'esecutivo si qualifichi, sul piano funzionale, come sfera nettamente subordinata al legislativo».

⁸² SPECA R., *I ricorsi amministrativi*, Teramo, 1978, 24, ricostruisce la natura amministrativa e non giurisdizionale dei ricorsi amministrativi proprio sulla base della «non terzietà» dell'organo decidente.

⁸³ SILVESTRI G., *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir., op. cit.*, 672, riguardo alla ricostruzione del pensiero Montesquieuiano afferma che «la nullità politica del giudice lo fonda come *auctoritas* che proprio dalla sua estraneità alle contese politiche immediate trae la sua forza.» Si segnala inoltre, per una lettura che, pur confermando la sostanziale «apoliticità» del potere giudiziario nelle ricostruzioni settecentesche, non trae da questa un elemento di forza ma di debolezza, MARONGIU A., *Il posto del potere giudiziario nella dottrina settecentesca della divisione dei poteri*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, I, Padova, 1972, 685 ss.

agiscono per sentire accertati i propri diritti⁸⁴. Il dubbio in merito all'applicazione della legge si risolve in una attività puramente ermeneutica, che non dovrebbe trascendere il fine risultante dalla legge ma che non considera, per orientarsi nella scelta, interessi, pubblici o privati, diversi da quelli dedotti né valutazioni che esulano dalla stretta interpretazione del diritto⁸⁵.

La funzione amministrativa è informata invece alla realizzazione dell'interesse pubblico che dalla legge promana, al fine di stabilire in concreto come questo debba realizzarsi⁸⁶, facendolo proprio, seppure senza possibilità di esorbitare dai confini che la legge stessa traccia. Come si è già accennato l'Amministrazione trova il suo spazio di autonomia nella scelta discrezionale, compiuta sulla base delle finalità e delle modalità d'azione fissate nella legge, che la porta ad individuare un interesse pubblico, di cui essa diviene portatrice, e di realizzarlo sulla base di quelli che sono i propri mezzi e i propri obiettivi.

Dunque è dal punto di vista del diverso atteggiarsi dell'imparzialità del soggetto pubblico che si arriva a distinguere con maggiore chiarezza la funzione amministrativa da quella giurisdizionale, nel senso che «la giurisdizione è un potere esercitato da un'autorità che non è parte nei rapporti e nelle situazioni che essa concerne, mentre l'autorità esecutiva è interessata nei rapporti e nelle situazioni in cui cadono i suoi atti.»⁸⁷

Per quanto, come si è rilevato, la dottrina è giunta a distinguere con chiarezza le due funzioni, da un punto di vista concettuale, tuttavia sembra comune riscontrarsi qualche difficoltà in più nel giungere ad una determinazione relativa a situazioni particolari⁸⁸, che si pongono alla stregua di casi limite nei quali sembra possibile rintracciare tanto un «momento amministrativo» quanto un «momento giurisdizionale».

⁸⁴ «La funzione giurisdizionale consiste nel decidere l'applicabilità delle norme giuridiche alle fattispecie concrete» così JELLINEK G., *Gesetz und Verordnung*, Tubinga, 1919, nella elaborazione della dottrina «formale-sostanziale» a cui si è fatto riferimento.

⁸⁵ Secondo i criteri contenuti nell'art. 12 delle «Disposizioni sulla legge in generale» preliminari al Codice Civile. Sull'estraneità del giudice, in particolar modo quello amministrativo, rispetto a qualsiasi valutazione di opportunità v. D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo: Contributo allo studio dei profili evolutivi*, *op. cit.*, 171 e la bibliografia ivi richiamata in nota.

⁸⁶ v. PIRAINO S., *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, *op. cit.*, 6, che individua un collegamento necessario tra potere e interesse che «lungi dal risolversi in una fusione delle due entità che dia luogo ad un'unica figura giuridica, rivela piuttosto come l'una sia necessaria all'altra in un rapporto di reciprocità»

⁸⁷ SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 308. Opinione condivisa da MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, XIV, Torino, 1994, 1 ed anche da LIGUIGNA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 155.

⁸⁸ Così BALBONI E., *L'amministrazione giustiziale*, Padova, 1986, 38, che ricorda come la dottrina italiana più illustre – Scialoja, Cammeo, Chiovenda – tra ottocento e novecento tentò di operare tale separazione ragionando in termini di «prevalenza» o di «accentuazione» di un momento logico rispetto ad un altro, e non tanto di separazione, contrapponendo a quest'ultima una «razionale coordinazione» tra i poteri (l'espressione è di CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 60).

6. Lo «spazio proprio» della funzione giustiziale

Per ciò che attiene tuttavia alla funzione propriamente giustiziale, essa, anche se istituzionalmente affidata alla PA come soggetto giuridico, si trova ad occupare uno spazio che pare intermedio tra l'applicazione della legge al caso concreto, in considerazione dei soli interessi sottoposti all'esame dell'autorità dai privati, e la determinazione dell'interesse pubblico, sulla base della legge, o la sua ponderazione rispetto agli interessi privati coinvolti e confliggenti.

L'autorità che decide un ricorso amministrativo infatti non svolge una funzione amministrativa pura, nell'accezione che è stata sopra descritta⁸⁹, in quanto si trova a determinare la soluzione, ed anche la regola giuridica applicabile al caso concreto, sulla base di una prospettazione parziale, posta da due parti in contraddittorio – il ricorrente e la Pubblica Amministrazione resistente – e da tale prospettazione non può distaccarsi⁹⁰.

Non sembra dunque che si trovi ad operare in uno spazio di libera determinazione, assimilabile alla scelta discrezionale che connota l'attività amministrativa non giustiziale. L'interesse del caso concreto è già determinato, si tratta tuttavia di rivedere, alla luce della prospettazione del ricorrente, come esso sia stato individuato ed in che modo sia avvenuta la ponderazione con gli altri interessi in questione⁹¹. Sulla scorta di tali argomenti vi è chi ha definito la decisione amministrativa, come categoria di atti a cui appartengono i provvedimenti decisori dei ricorsi amministrativi, un atto privo di discrezionalità, totalmente assimilabile alla sentenza, con la sola esclusione dell'efficacia di cosa giudicata, che non può essere propria di un atto amministrativo⁹². Parrebbe dunque che si tratti di una attività a carattere sostanzialmente giurisdizionale⁹³, in quanto esclusivamente volta all'applicazione delle norme di diritto relative all'esercizio del

⁸⁹ Nel senso di vincolo dell'esercizio del potere esclusivamente al fine fissato nella legge.

⁹⁰ GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, op. cit., 1065 evidenzia come «costituisce indubbia peculiarità del procedimento di riesame giustiziale [...] il vincolo del procedimento all'atto di iniziativa».

⁹¹ Secondo GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, op. cit., 1032, i procedimenti di secondo grado sono «manifestazioni di potestà generali che l'amministrazione possiede per dare ordine alla propria attività». Essi sono dunque ricondotti nell'ambito dell'esercizio di un potere discrezionale, ancor più perché essi sono espressione di «potestà che non sono volte alla cura di questo o quell'interesse pubblico positivo, bensì alla cura di quell'interesse di ambito generale, che l'amministrazione ha in ordine ad un corretto, ordinato e pertinente svolgimento della propria attività.»

⁹² CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 351

⁹³ Può dirsi infatti che, nella ricostruzione fornita, riprendendo l'espressione di FLEINER F., *Institutionem des deutschen Verwaltungsrechts*, Tubinga, 1928, 12 «ad ogni potere è attribuita una funzione principale, e frammenti di altre funzioni appartenenti in via normale agli altri poteri» a sua volta riportata da SILVESTRI G., *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, op. cit., 680. Nel contesto del costituzionalismo moderno il medesimo principio di «illimitatezza delle funzioni» è enunciato da una certa dottrina, per cui «ciascun centro di riferimento è idoneo ad

potere amministrativo. Anche in relazione alle garanzie che ne assistono lo svolgimento, l'autorità amministrativa decidente utilizza schemi che sono stati individuati come propri, seppure non esclusivi⁹⁴, della funzione giurisdizionale, quali il contraddittorio tra le parti, l'udienza di discussione e le forme processuali in genere.

Potrebbe valere a mettere in dubbio questa conclusione la riflessione in ordine ad alcuni aspetti. In primo luogo, dal punto di vista soggettivo, poiché seppure, come sopra si è ricordato, accedere ad una visione «sostanzialistica» della distinzione tra poteri dello Stato porta ad escludere che un atto espressione di potestà pubblica possa essere qualificato come amministrativo o giurisdizionale esclusivamente argomentando sulla base del soggetto che lo pone in essere, tuttavia nel caso dell'esercizio di competenze giustiziali sembra opportuno riflettere sul ruolo che assume l'Amministrazione della decisione della controversia, in particolare della sua non totale estraneità rispetto alle parti della controversia⁹⁵.

Tale profilo in primo luogo non va confuso con l'imparzialità, propria della PA, e ad essa costituzionalmente imposta⁹⁶, che è requisito soggettivo anche del giudice. L'assenza di ingiustificata propensione per una parte o più parti nella controversia da un lato è essenziale per garantire la serietà del giudizio, dall'altro non coincide con l'estraneità del soggetto giudicante rispetto agli interessi innanzi a lui dedotti dalle parti. Nei procedimenti giustiziali infatti l'organo decidente è comunque una Pubblica Amministrazione, che, si potrebbe ritenere, non ha come

esercitare tutte le funzioni che la norma gli attribuisce e non soltanto alcune ad eccezione di altre» v. CARNEVALE VENCHI M. A., *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, II, 1969, Padova, 111.

⁹⁴ Già CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale*, Napoli, 1923, 111, ricordava come «anche le garanzie esteriori della funzione giurisdizionale – indipendenza del funzionario, forme processuali, contraddittorio, udienza di discussione – non appartengono all'essenza della giurisdizione, perché si può avere una giurisdizione che ne manchi e viceversa, atti amministrativi circondati da uguali garanzie.»

⁹⁵ Su tale argomento si fonda la distinzione tra attività amministrativa e giurisdizionale nella ricostruzione di NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1954, 27 ss. In particolare l'Autore, sulla scia dei precedenti contributi di Canelutti e Romano, tende a valorizzare, nel tentativo di delineare una linea di confine tra le due funzioni il ruolo dell'Amministrazione come «parte imparziale», o meglio la natura degli interessi di cui si fa portatrice la «parte» costituita dall'Amministrazione in un procedimento contenzioso. A tale conclusione si giunge dopo aver evidenziato come né la natura della decisione né il fatto che essa sia resa in contraddittorio possano valere quali elementi realmente distintivi delle due funzioni.

⁹⁶ Sull'estensione del principio di imparzialità e le sue possibili declinazioni si fa riferimento soprattutto a ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965 e *ibidem*, *Imparzialità e buon andamento nella Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 131. La bibliografia sul principio di imparzialità è molto ampia, per cui può rinviarsi anche a CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973, CERRI A., *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, COLAJANNI A., *L'imparzialità come finalità dell'azione amministrativa*, in *Nuova Rass.*, 1987, 500, SATTÀ F., *Imparzialità nella pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, LARICCIA S., *Origini storiche e fondamento costituzionale del principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 1377. Sull'interpretazione del principio nella giurisprudenza costituzionale v. CARANTA R., *Art. 97*, in BIFULCO R. CELOTTO A. OLIVETTI M., *Commentario alla costituzione*, III, Torino, 2006, 1889.

obiettivo soltanto l'interesse alla corretta definizione della controversia ma persegue, seppure in via mediata, l'interesse pubblico alla cui cura era teso l'atto amministrativo contestato.

Sembrano potersi correttamente richiamare le considerazioni svolte in dottrina per cui, in armonia con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, che rendono l'amministrazione immune a qualsiasi tipo di particolarismo, in essa debba realizzarsi la «coesistenza della duplice qualità di parte interessata e giudice imparziale»⁹⁷.

Se inoltre si accede ad una visione dell'imparzialità come dovere di comportarsi secondo i principi di equità e buona fede⁹⁸, esso implica a ben vedere una rivalutazione degli interessi del singolo, portando sullo stesso piano i suoi interessi con quelli dell'Amministrazione contro cui si rivolge la sua doglianza. Va inoltre menzionato come, nella ricostruzione di autorevole dottrina⁹⁹, è lo stesso art. 97 Cost. a porre in capo alla Pubblica Amministrazione uno specifico obbligo di conformità ai canoni di imparzialità ed efficienza anche nell'organizzazione – in cui rientra l'organizzazione dei sistemi di revisione amministrativa – ed a porre in tale dovere uno specifico limite all'esercizio del potere discrezionale.

In secondo luogo la dottrina amministrativistica non sembra mettere in dubbio la qualificazione delle decisioni dei ricorsi amministrativi come provvedimenti formalmente e sostanzialmente amministrativi¹⁰⁰, con ciò escludendo che la decisione della controversia, per quanto indotta dal ricorso, sia del tutto estranea ad una valutazione discrezionale, e dunque in un certo senso «interessata», dell'amministrazione decidente. Tuttavia i privati, proprio attraverso il ricorso che è atto necessario ad attivare il processo giustiziale, «hanno la possibilità di partecipare alla trasformazione del potere e cioè alla concretizzazione del potere in quell'atto che è determinativo di una loro posizione giuridica¹⁰¹». Tale caratteristica, che nella ricostruzione dell'illustre Autore appena citato è propria anche della funzione giurisdizionale, sembra comunque essere applicabile all'attività amministrativa contenziosa, che infatti è dal medesimo definita come esempio di funzione amministrativa esercitata attraverso il «processo»¹⁰².

⁹⁷ SAITTA F., *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, Napoli, 1995.

⁹⁸ Così ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., 15.

⁹⁹ NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, 81 ss.

¹⁰⁰ Così ad esempio, per far riferimento alla dottrina più risalente, MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, 1945, 22; GIANNINI M. S., *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro Amm.*, I, 1949, 322 ss.; si segnalano *contra* CODACCI PISANELLI G., *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1945, 127. NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, op. cit., 29.

¹⁰¹ BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, op. cit., 136.

¹⁰² *Ibidem*, 137. L'Autore ritiene infatti che procedimento e processo, in rapporto con le funzioni amministrativa e giurisdizionale, siano due modelli d'azione che non valgono di per sé a caratterizzare le diverse funzioni, ma possono

Dunque seppure può parlarsi di una «neutralità» dell'autorità decidente nel momento in cui giudica su un ricorso amministrativo, soprattutto nel caso di ricorsi «atipici» o «gerarchici impropri»¹⁰³, assimilabile a quella del giudice, deve precisarsi che questa neutralità assume un carattere differente, poiché è propria di un organo che resta parte dell'Amministrazione, ed è finalizzata alla pronuncia di una decisione amministrativa, che resta successivamente impugnabile di fronte ad un giudice. Tale particolare attitudine è stata definita come una «neutralità interna», che «si esaurisce nell'ambito dell'Amministrazione» e della cui osservanza «l'autorità amministrativa decidente non risponde infatti se non nell'ordine amministrativo»¹⁰⁴.

Ciò carica la decisione del ricorso amministrativo di un doppio significato, che potrebbe collocarla, volendo tornare ad una classificazione dei poteri dello Stato, in un'area intermedia tra amministrazione e giurisdizione, potendo essa presentare caratteri distintivi di entrambe.

Seppure infatti l'attività amministrativa contenziosa si svolge in revisione di un provvedimento, che è dichiarazione di volontà già formata e contiene la valutazione dell'interesse pubblico del caso concreto, l'oggetto della stessa è sempre *una dichiarazione di volontà per lo svolgimento del conflitto*, non soltanto tesa alla risoluzione dello stesso, ma proiettata ancora verso l'individuazione del medesimo interesse pubblico del caso concreto.

Sottolineare questa distinzione, che la si ritenga o meno idonea a costituire un «potere intermedio» tra amministrazione e giurisdizione, porta in ogni caso a comprendere come l'esercizio della funzione giustiziale arrivi a riempire un vuoto tra i due poteri, un'area grigia. Il riesame contenzioso dei provvedimenti porta la dimensione dell'amministrazione attiva e della cura dell'interesse pubblico in un rapporto realmente dinamico con quello privato.

Si ritiene tuttavia che per comprendere appieno l'estensione di questo «spazio proprio», la sua rilevanza ed i suoi rapporti con l'oggetto della giurisdizione amministrativa si debba riflettere su alcune ulteriori peculiarità della funzione giustiziale, in primo luogo rispetto alla possibilità di indagare e riformare il provvedimento amministrativo anche nel merito ed in seguito a proposito del diverso atteggiarsi del contraddittorio che si instaura nel momento del riesame giustiziale rispetto alla partecipazione nel procedimento.

essere utilizzati indistintamente per realizzare l'una o l'altra. Esiste dunque sia una funzione giurisdizionale esercitata attraverso il procedimento sia, per ciò che qui interessa, una funzione amministrativa ma esercitata attraverso il processo.

¹⁰³ Così delineata da SANDULLI A. M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, op. cit., 247.

¹⁰⁴ Così CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit., 148.

L'analisi che si vuole svolgere dovrebbe condurre ad una migliore comprensione dell'articolazione dei rapporti tra i soggetti pubblici e privati nel processo di elaborazione dell'interesse pubblico, per riqualificare l'esercizio della funzione giustiziale, alla luce di una visione «paritaria» dell'Amministrazione¹⁰⁵, non come uno strumento per una affermazione arbitraria dell'interesse del decidente ma in grado di realizzare un più equo bilanciamento tra gli interessi privati e pubblici in conflitto.

7. *Considerazioni sulle situazioni giuridiche soggettive e gli interessi dei privati nei ricorsi amministrativi*

Esaminare lo sviluppo dei rapporti tra amministrazione e privati nell'ambito dei procedimenti giustiziali dovrebbe a questo punto far riflettere anche sulla soglia di rilevanza¹⁰⁶ degli interessi in gioco, da una parte e dall'altra, il quale necessariamente dovrà essere fatto per comprendere fino a che punto l'area del ricorso amministrativo, che è strumento per la difesa di "interessi", possa estendersi ed a quali limiti all'accesso a tale forma di tutela debba essere subordinata.

A riprova dell'importanza delle considerazioni sopra svolte si consideri la lettura di una certa dottrina¹⁰⁷ che ha ritenuto fondante, nella nascita del sistema di giustizia amministrativa, la creazione di un «diaframma» tra diritti e interessi in seguito alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo. L'affermazione del sindacato del giudice sull'esercizio del potere, nonostante la postulata sfera di autonomia dell'amministrazione nelle sue scelte discrezionali, se da un lato ha consentito che si ampliasse la sfera di garanzia degli interessi dei privati, dall'altro ha richiesto lo sforzo della dottrina e della giurisprudenza nell'elaborazione della categoria dell'interesse legittimo, al fine di giustificare, e di conseguentemente anche di comporre la contraddizione tra il controllo giurisdizionale degli atti della PA e l'affermata sfera di insindacabilità della scelta discrezionale.

¹⁰⁵ Per considerazioni sistematiche intorno alla ricostruzione in senso paritario dei rapporti tra privati e Pubbliche Amministrazioni e le conseguenze su diversi istituti di giustizia amministrativa si rimanda a BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 807.

¹⁰⁶ Per una ricostruzione delle differenti posizioni soggettive dei privati nei confronti della PA può rimandarsi a SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 118 ss.

¹⁰⁷ L'espressione è ripresa da POLICE A., *Giurisdizione di merito*, in *Enc. Giur. Diritto online*, 2015. Possono richiamarsi inoltre le considerazioni di BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 608, per cui l'oggetto del giudizio amministrativo, da sempre incentrato sulla tutela contro l'atto illegittimo, non si è originariamente esteso al rapporto tra PA ed amministrati, poiché il rapporto sarebbe stato concepibile esclusivamente in termini di diritto soggettivo, e la legge del 1865 aveva esplicitamente escluso che rapporti in tal modo qualificati potessero rientrare nella conoscenza del giudice amministrativo.

L'interesse legittimo, nonostante i dubbi sulla sua portata e sulla sua valenza, riconosciuta in un primo momento come meramente processuale¹⁰⁸, poi ritenuta a tutti gli effetti quella di una situazione giuridica sostanziale, in ogni caso ha comportato l'esclusione di altri interessi dalla possibilità di essere fatti valere di fronte al giudice amministrativo¹⁰⁹. Il riferimento, piuttosto che ai diritti soggettivi – che hanno trovato, sin dalla legge di abolizione del contenzioso del 1865, la loro sede naturale di tutela di fronte al giudice ordinario – è a tutti gli interessi semplici, la cui lesione non sarebbe immediatamente riconducibile ad un vizio della funzione¹¹⁰, e dunque non direttamente derivanti da un cattivo esercizio del potere, che tuttavia occorrerebbe ponderare alla luce delle valutazioni di opportunità, che la Pubblica Amministrazione può compiere nell'adozione di un provvedimento.

La natura «interna» all'amministrazione del ricorso giustiziale parrebbe renderlo idoneo invece, almeno in linea di principio, al sindacato sulle valutazioni discrezionali «pure» della PA, non ostando il principio, costantemente ribadito nella giurisprudenza amministrativa, del divieto di «sostituzione» del giudice all'amministrazione, ben potendo l'autorità decidente, che è essa stessa amministrazione, esercitare un potere di secondo grado e rivalutare direttamente il merito del provvedimento. Ciò parrebbe costituire un essenziale valore aggiunto rispetto alla tutela offerta dal sindacato giurisdizionale, poiché amplia sensibilmente il raggio di interessi protetti, seppure solo in via amministrativa, e diversifica le soluzioni adottabili, non trovandosi l'amministrazione decidente vincolata dai poteri, sostanzialmente caducatori o di condanna¹¹¹, di cui dispone il giudice.

¹⁰⁸ Per una ricostruzione dello sviluppo della nozione di interesse legittimo si rimanda ancora a SORDI B., *Amministrazione e giustizia. Storia dell'interesse legittimo*, op. cit.; per le tesi che inquadravano l'interesse legittimo come situazione giuridica processuale v. anche, *ex multis* BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa (voce)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 610; SATTA F., *Giustizia amministrativa*, op. cit.; NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, op. cit.

¹⁰⁹ Si noti comunque la possibilità di estendere a situazioni anche meramente di fatto la tutela di fronte al giudice amministrativo, se vista come strumentale rispetto ad un interesse legittimo o comunque ad un vizio nell'esercizio del potere. Sul punto si vedano le considerazioni, riferite alla tutela del possesso nei confronti della PA, di BACHELET V., *L'art. 113 Cost. e le restrizioni giurisprudenziali alla tutela giudiziaria nei confronti della PA*, in *Giur. Cost.*, 1971, 1744.

¹¹⁰ Si veda il contributo di BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, op. cit., sul rapporto tra esercizio della funzione, inteso come momento di concretizzazione dell'esercizio del potere e dunque procedimento, e sindacato per eccesso di potere del giudice.

¹¹¹ Si fa riferimento alle azioni sistematizzate nel codice del processo amministrativo agli art. 30 ss., che ampliano notevolmente le possibilità del giudice amministrativo di incidere direttamente nel rapporto tra ricorrente e PA, rispetto alla tradizionale tutela esclusivamente caducatoria, che non è in grado di garantire una tutela effettiva rispetto a numerose situazioni giuridiche. Per una recente ricostruzione del sistema delle azioni disponibili di fronte al giudice amministrativo v. CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121; CARBONE A. PIGNATIELLO F., *Le azioni di cognizione* e MARI G., *L'azione avverso il silenzio* e *ibidem*, *L'azione di*

Una radice storica di quanto affermato può ritrovarsi anche nel pensiero dei primi autorevoli studiosi della legge 2248 del 1865, all. E¹¹² – che istituì il ricorso amministrativo gerarchico come rimedio generale contro gli atti della Pubblica Amministrazione, concepito come unico strumento di tutela per interessi diversi dai diritti soggettivi – che ritennero tutelabili anche meri interessi semplici e si fecero promotori di una ampia legittimazione alla proposizione del ricorso. Tali argomenti rimasero anche in seguito all'introduzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, a marcare con maggior forza la distinzione tra tutela amministrativa e giurisdizionale¹¹³.

Sulla scorta di tali aperture dovrebbe confermarsi una maggiore tutela anche per i portatori di interessi diffusi, non aventi natura di soggetti istituzionali o rappresentativi¹¹⁴, che potrebbero vedere riconosciute le loro pretese in via amministrativa anche nei casi in cui la lesione alla loro sfera giuridica non presenti i caratteri di attualità, concretezza e individualità richiesti quali

condanna al risarcimento del danno derivante dal mancato o ritardato esercizio dell'azione amministrativa; contributi contenuti in SANDULLI M. A., *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, I, Milano, 2013; per ulteriori riferimenti bibliografici e per profili storico-comparatistici rispetto ai sistemi inglese e tedesco si rinvia a CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.

¹¹² Si fa riferimento a CAMMEO F., *Questioni di diritto amministrativo*, Firenze, 1900, 67 ss, SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 215, RANELETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Scritti scelti*, a cura di FERRARI E. e SORDI B., II, Napoli, 1992, 63 ss. Gli illustri autori presero tutti posizione a favore di una legittimazione ampia alla proposizione del ricorso amministrativo, sostenendo che dovesse essere in grado di presentare ricorso qualsiasi soggetto che ne potesse ricavare un certo vantaggio.

¹¹³ v. TRAVI A., *Ricorsi amministrativi*, *op. cit.*, 386. Si richiamano inoltre le considerazioni di RANELETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, *op. cit.*, 63, per cui si ritiene che l'introduzione del ricorso gerarchico nel 1865 risponda alla necessità che l'amministrazione consideri e tenga conto degli interessi (semplici) dei privati, ma che «non per tutti questi interessi sia aperto, dopo il ricorso in via gerarchica, anche il ricorso alla IV sezione del Consiglio di Stato». L'Autore prosegue nell'argomentazione richiamando anche quanto sostenuto da MEUCCI L., *il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. Amm.*, IV, 1891, 18, per cui sarebbe un assurdo concepire una tutela giurisdizionale aperta non solo ad interessi ritenuti meritevoli dall'ordinamento ma anche a situazioni di mero fatto. Pertanto tale dottrina ammette che il ricorso amministrativo potesse essere inteso anche per richiede all'amministrazione il riesame sulla base di un semplice vantaggio che il privato possa ricavarne, al di là di qualsiasi considerazione intorno alla situazione giuridica in cui lo stesso privato versa nei confronti dell'atto contro cui si ricorre.

¹¹⁴ I quali hanno ormai ingresso nel processo amministrativo in base a previsioni legislative, quali l'art. 310 d. lgs. 3 aprile 2006 n. 152, che attribuisce alle «organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente», di cui all'art. 13 l. n. 349/1986, la legittimazione ad agire, secondo i principi generali, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del decreto medesimo, cioè in materia di danno ambientale e, dunque, di tutela dell'ambiente e l'art. 139 D. Lgs. 6 settembre 2005 n. 206, che attribuisce alle associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137, in particolare la legittimazione «ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti». Va inoltre segnalata la posizione favorevole della giurisprudenza a riconoscere la legittimazione in capo ad enti esponenziali, ritenendo che essi siano idonei a fornire una «concretizzazione» dell'interesse diffuso per sua natura adesiva. Si veda al riguardo Cons. St., parere 26 giugno 2013 n. 3014, per cui «in capo all'ente esponenziale l'interesse diffuso, se omogeneo, in quanto comune (ai) rappresentati, si soggettivizza, divenendo interesse legittimo, nella forma del c.d. «interesse collettivo», fermo restando che l'interesse diffuso (che attraverso l'ente esponenziale diviene interesse collettivo e quindi interesse legittimo) è, per sua natura, indifferenziato, omogeneo, seriale, comune a tutti gli appartenenti alla categoria»

condizioni dell'azione nel processo amministrativo¹¹⁵, assimilando in questo caso la legittimazione al ricorso amministrativo ai requisiti per la partecipazione procedimentale *ex art. 10 l. 241/1990*¹¹⁶.

La possibilità di riforma del provvedimento e di riedizione del potere all'esito del ricorso sembrano consentire dunque un sindacato sull'opportunità del provvedimento, all'interno di quella che è stata sempre considerata l'area del merito amministrativo, come nucleo essenziale e proprio della funzione amministrativa di fronte al quale il giudice dovrebbe arrestarsi per evitare di sovrapporsi alla sfera costituzionalmente riservata alla Pubblica Amministrazione.

8. *L'area di estensione del «merito» amministrativo*

A tal proposito tuttavia occorre soffermarsi su cosa si debba intendere per merito amministrativo, e quale ne sia la reale estensione, anche al fine di verificare quale incidenza nella pratica potrebbe avere un potenziamento dei ricorsi amministrativi volto a consentire una revisione di tali profili.

L'individuazione di un'area di «merito» amministrativo ha rappresentato una sfida per molti giuristi, che nel corso del secolo hanno tentato di identificare quale fosse la portata di quest'area di insindacabilità dovuta alla Pubblica Amministrazione. In aggiunta, l'interesse per la categoria del merito amministrativo sorge anche in relazione alla giurisdizione «di merito» del giudice amministrativo, nella quale si è spesso tentato di leggere un'ipotesi, speciale e limitata, di controllo giudiziale esteso anche all'opportunità. Se in un primo momento il merito amministrativo rimane una nozione ancorata alle concezioni rigide in ordine alla separazione dei poteri¹¹⁷, per cui si ritiene essere merito tutto ciò che è espressamente «riservato» alla Amministrazione a scopo di mantenere l'indipendenza dei diversi soggetti a cui fanno capo le funzioni fondamentali dello Stato, già nella prima parte del secolo cominciano a susseguirsi le

¹¹⁵ In generale sulla difficoltà di classificare gli interessi comuni ad una pluralità di soggetti, nello specifico distinguendo tra interessi collettivi e diffusi, v. FERRARA R., *Interessi collettivi e diffusi (ricorso amministrativo)*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, vol. VIII, Torino, 1993, 487; Sui c.d. «criteri di collegamento» individuati dalla giurisprudenza per individualizzare la titolarità degli interessi diffusi al fine di consentire l'accesso alla tutela giurisdizionale v. ROMANO M., *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro Amministrativo C.d.S.*, 2012, 1691.

¹¹⁶ Sull'estensione di tale legittimazione e sulla differenziazione tra i destinatari del provvedimento e gli altri interessati v. CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2010, 345.

¹¹⁷ Così nella ricostruzione della nascita della nozione di merito, a partire dalle prime affermazioni giurisprudenziali che ossequiose del principio della separazione dei poteri, dichiararono insindacabile la valutazione di opportunità compiuta dalla Pubblica Amministrazione. In tal senso può sostenersi che il merito nasce come nozione processuale, contrapposta a quella di legittimità, per arginare il controllo del giudice sugli atti amministrativi v. GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, 26 ss.

elaborazioni della dottrina più attenta, che riportano la nozione di merito entro quella di opportunità dell'atto, per distinguerla dalla discrezionalità, che, seppur vista come scelta della PA viene ritenuta sindacabile in quanto come scelta è legata al fine posto dalla legge¹¹⁸. Non si intende in questa sede ripercorrere puntualmente le numerose ricostruzioni teoriche della categoria del merito amministrativo¹¹⁹, ma vanno necessariamente evidenziati alcuni punti necessari allo sviluppo dell'argomentazione che qui interessa. Il primo riguarda l'equiparazione del merito alla valutazione di opportunità operata dalla Pubblica Amministrazione, che, seppur ricostruita con differenti estensioni, viene comunque ritenuta insindacabile in quanto rappresenta un processo logico su cui non può esercitarsi un controllo giurisdizionale¹²⁰, non solo in sede di legittimità, ma anche, come è stato sostenuto, in sede di giurisdizione «estesa al merito», che viene ad essere interpretata come sindacato non tanto sull'opportunità ma piuttosto sul «merito» in senso processuale, ovvero con una cognizione piena del fatto¹²¹.

Il secondo assunto di fondo che si ritiene di dover considerare è la progressiva riduzione dell'area del merito amministrativo, in conseguenza dell'estensione del sindacato del giudice, in sede di legittimità, soprattutto a causa della lettura espansiva dei principi generali del diritto amministrativo, attraverso i quali il giudice può spingersi a svolgere valutazioni che rasentano «l'opportunità» del provvedimento, valorizzando la nozione di buon andamento, o anche attraverso gli istituti di partecipazione che consentono una maggiore comprensione, e

¹¹⁸ Così una delle più autorevoli ricostruzioni dedicate al tema del merito amministrativo AMORTH A., *Il merito amministrativo*, Milano, 1939. Lo stesso sforzo di isolare il merito nel ristretto spazio della valutazione di opportunità si coglie nei lavori della dottrina successiva, tra cui possono citarsi ad esempio GIANNINI M.S., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e Diritto*, anno II, n. 6, 1941, ora in *Scritti giuridici (anni 1939-1948)*, II, Milano, 2002 e OTTAVIANO V., *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1964.

¹¹⁹ Si rimanda, per recenti studi monografici dedicati al tema, a GILIBERTI B., *Il merito amministrativo, op. cit.*, per l'esame della nozione dal punto di vista sostanziale ed a D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo: Contributo allo studio dei profili evolutivi, op. cit.*, per una ricostruzione dal punto di vista della giurisdizione di merito.

¹²⁰ v. già AMORTH A., *Il merito amministrativo, op. cit.*, 96, anche VACIRCA G., *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1604, SCOCA F. G., *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rass.*, n. 14, 1981, 1387. v. anche NIGRO M., *La giurisdizione di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito*, Perugia, 1968, 107 per cui una giurisdizione estesa all'opportunità risulterebbe impedita dalle norme Costituzionali, in particolare riguardo all'art. 101 Cost. e alla soggezione del giudice «soltanto alla legge».

¹²¹ La tesi è sostenuta da D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo: Contributo allo studio dei profili evolutivi, op. cit.*, ripresa da PONTICELLI P. G., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato (indagini storiche)*, Milano, 1958.

conseguente «giuridicizzazione» e sindacabilità delle scelte discrezionali in sede giurisdizionale¹²².

Da tali elementi pare di poter trarre due distinte considerazioni: se infatti è vero che non è possibile estendere il controllo del giudice sul nucleo più profondo del processo decisionale della PA, rappresentato dal merito¹²³, ne consegue necessariamente che l'unico strumento nell'ordinamento in grado di assicurare una revisione di tali scelte di opportunità, anche nell'ordine di ricondurle ad un assetto più favorevole per i privati coinvolti, è il ricorso in via amministrativa, che ammette la possibilità, per l'autorità decidente, di ripetere, alla luce delle contestazioni mosse dal ricorrente, la valutazione di opportunità alla base dell'atto impugnato¹²⁴.

In secondo luogo non può però trascurarsi che l'area di insindacabilità giurisdizionale delle scelte dell'amministrazione si sta progressivamente riducendo, con l'aumento degli strumenti in mano al giudice amministrativo e la diversificazione della tutela ottenibile in giudizio e grazie all'azione di «erosione» svolta di giudici servendosi dei principi generali e sulla spinta del diritto comunitario¹²⁵, per cui ne deriva che l'ambito in cui i ricorsi amministrativi possono operare esclusivamente sta progressivamente perdendo di rilevanza.

Pertanto si ritiene che non possa fondarsi esclusivamente su tale argomento una possibile rivalutazione dei ricorsi amministrativi, poiché lo spazio che effettivamente potrebbe andare a coprire un ampliamento della tutela nel merito non sembra da solo rappresentare, allo stato attuale, un miglioramento molto rilevante delle posizioni dei privati nei confronti della pubblica amministrazione.

¹²² Riferimenti alla progressiva riduzione dell'area del merito amministrativo si trovano in da D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo: Contributo allo studio dei profili evolutivi*, op. cit., 113 ss. v. anche per la dottrina più risalente OTTAVIANO V., *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv Trim. dir. pubbl.*, 1964, 925.

¹²³ Può citarsi l'opinione di quella dottrina che guarda in modo critico la giurisdizione di merito come giurisdizione sull'opportunità, perché ritenuta inidonea ad ampliare la tutela dei privati, «primo perché c'è un sostanziale rifiuto dell'Amministrazione a farsi sindacare le scelte di opportunità; secondo perché non c'è un giudice nel merito; in terzo luogo perché non c'è un processo nel merito» v. SCOCA F. G., *Profili sostanziali del merito amministrativo*, op. cit.

¹²⁴ CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit., 41, ritiene che il sindacato sul merito costituisca il vero e proprio «fulcro degli istituti di amministrazione giustiziale». Ricostruendo il sistema di tutela nello «Stato amministrativo» come necessariamente improntato ad una «tutela innestata proprio nel settore dell'esercizio, discrezionale, della potestà».

¹²⁵ Come rileva MATTARELLA B. G., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n.1, 2012, 18, «le garanzie partecipative, il termine per la conclusione del procedimento, la motivazione, il diritto d'accesso ai documenti, l'eliminazione del potere di scelta per intere categorie di provvedimenti, come le autorizzazioni, per effetto del diritto comunitario; sono fattori che depongono nel senso della negazione della supremazia dell'amministrazione, della conformazione delle sue scelte e della riduzione o eliminazione del potere discrezionale».

9. *Rivalutazione dei ricorsi amministrativi come strumento di «determinazione dialettica» dell'interesse pubblico; distinzione tra contraddittorio e partecipazione*

Una volta evidenziato come aspetto peculiare del ricorso amministrativo la sua idoneità a mettere in discussione le scelte di opportunità compiute dall'amministrazione, anche qualora queste dovessero essere ritenute insindacabili dal giudice, si vorrebbe riflettere sulla portata che tale possibilità possa rivestire nell'ambito dei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione, nello svolgimento concreto dell'attività amministrativa. La possibilità di presentare ricorso in via amministrativa potrebbe infatti leggersi come un ulteriore grado di sviluppo della partecipazione procedimentale, idonea a portare le istanze e gli interessi privati in risalto nel corso dell'esercizio del potere amministrativo, in modo tale da garantirne l'emersione in una fase che potrebbe definirsi non ancora «patologica», pur essendo già stato espresso il provvedimento finale e vertendo già su un atto compiuto le contestazioni mosse nel ricorso.

Se tuttavia la partecipazione al provvedimento avviene attraverso moduli che consentono all'Amministrazione la valutazione libera dei contributi dei privati, onerandola più che altro di un obbligo motivazionale rafforzato, l'esposizione di determinate critiche, cristallizzata in motivi di ricorso, nei confronti del provvedimento già emanato, sembra valere a realizzare una forma più intensa di coinvolgimento, un momento nel quale le richieste ed i bisogni emergenti dai destinatari dell'atto possano emergere in maniera diretta¹²⁶.

Se inoltre si ha riguardo alla struttura delle garanzie partecipative, è evidente come quest'ultima non contenga in sé l'idea di interessi confliggenti, e del conseguente confronto ad armi pari, che è propria del contraddittorio come garanzia di difesa; piuttosto la partecipazione mette in risalto «al di fuori da ogni idea di conflitto giuridico, la presenza attiva della società, in termini di forze sociali o gruppi sociali, in ogni occasione di attuazione del potere»¹²⁷.

Come è stato affermato, la finalità dell'intervento nel procedimento è duplice¹²⁸: da una parte, serve alla migliore cura dell'interesse pubblico poiché mette l'amministrazione nella condizione

¹²⁶ PAJNO A., *Amministrazione giustiziale*, op. cit., 8, ritiene che nei procedimenti contenziosi si realizzi un contraddittorio identico a quello del processo, ciò che muta è soltanto l'efficacia giuridica della decisione attribuita dalla legge, che nel caso del processo ha gli effetti del giudicato.

¹²⁷ BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 800 cui si rimanda per una minuziosa ricostruzione delle differenze teoriche tra partecipazione e contraddittorio.

¹²⁸ CHIRULLI P., *Art. 10*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*. Milano, 2011, 532. v. anche POLICE A., *La predeterminazione delle scelte amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del*

di adottare una decisione ponderata, dall'altra serve a tutelare il privato e l'interesse di cui è titolare nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo¹²⁹. Si potrebbe ritenere che anche il contraddittorio esercitato attraverso un procedimento contenzioso non solo rafforza la posizione del privato, ma nel contempo ne valorizza l'apporto al fine di realizzare un equo contemperamento degli interessi, quella «tutela sostanziale» delle posizioni giuridiche dei privati che rappresenta il medesimo scopo degli istituti partecipativi¹³⁰.

Le circostanze e le argomentazioni che trovano ingresso nel procedimento di secondo grado si inseriscono direttamente in modo dialettico rispetto ad una decisione compiuta. Tale diversa configurazione sortisce effetti ancora maggiori nei casi – la maggior parte, se si escludono le forme di ricorso in opposizione – in cui la valutazione finale avviene ad opera di un soggetto distinto dall'amministrazione che ha adottato il provvedimento, e da essa indipendente.

La partecipazione procedimentale si svolge invece nella fase decisionale¹³¹, dunque nella fase di formazione del convincimento della PA in merito alle modalità di adozione dell'atto¹³² e di bilanciamento degli interessi coinvolti, e su questa si ripromette di incidere rappresentando circostanze che potrebbero risultare sconosciute al decidente e sfuggire nel corso dell'istruttoria¹³³. Diversamente accade invece nel processo, quando tra ricorrente ed amministrazione, così come tra le parti nel processo civile, si instaura un contraddittorio che consente lo sviluppo dialettico delle argomentazioni, permettendo a ciascuno di presentare la propria prospettazione a partire dalle contestazioni mosse alla ricostruzione proposta dalla controparte. Tale scambio fa sì che la valutazione dell'assetto da dare agli interessi in gioco sia piena ma circoscritta al volere delle parti, che godono della libertà di impostare il dibattito su determinati aspetti o circostanze, vincolando il decidente a tenere in considerazione le diverse prospettazioni ed a pronunciarsi su tutto quanto gli è sottoposto. Come è stato sostenuto infatti,

potere discrezionale, Napoli, 1997, 32 ss.; LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 148, per la rilevanza dell'apporto partecipativo ai fini dell'istruttoria.

¹²⁹ ZITO A., *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo* (a cura di) SCOCA, Torino, 2008, 222.

¹³⁰ Così BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, *op. cit.*, 839.

¹³¹ Si rimanda ancora a NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, *op. cit.*, 155, per una distinzione tra momenti collaborativi, riconducibili alla partecipazione, e procedimenti di secondo grado, che rappresentano un momento distinto e successivo. Si v. anche BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, *op. cit.*, 802, per cui la partecipazione non rappresenta una tutela o una garanzia, ma una modalità dell'azione, il cui carattere fondamentale si apprezza in seguito ad una valutazione che è in primo luogo politica».

¹³² Nozione che, nella già citata ricostruzione di BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, *op. cit.*, rappresenta il significato proprio della «funzione» amministrativa.

¹³³ NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225, già evidenziava le differenze tra contraddittorio e partecipazione, sottolineando la successiva emersione di quest'ultima nella prima fase del procedimento.

nelle procedure in contraddittorio il soggetto assume la veste di «parte» e non di «soggetto passivo», come accade nei procedimenti amministrativi autoritativi¹³⁴.

Si può ritenere che trasportare questo metodo nell'ambito di un'attività considerata ancora amministrativa, ma svolta nella forma del processo¹³⁵, rappresenti un forte vantaggio per una effettiva tutela del ricorrente, al quale è consentito opporre la propria prospettazione a quella cristallizzata nel provvedimento ma senza le formalità del processo, chiedendo un riconoscimento del proprio interesse al di fuori delle valutazioni della PA e di fronte ad un'istruttoria già formata. Tale confronto pare idoneo a formare un convincimento pieno dell'amministrazione, che non si trova più ad operare unilateralmente ma ad opporre le proprie ragioni a quelle del ricorrente in una fase in cui l'interesse pubblico perseguito può dirsi individuato, ma non ancora fissato in modo definitivo.

Anche all'indomani dell'adozione della legge generale sul procedimento amministrativo, che ha contribuito in modo importante allo sviluppo delle garanzie partecipative, è stato sottolineato come esse risponderrebbero ad un'esigenza di tutela comunque subordinata alla valutazione dell'interesse pubblico e necessariamente «intrecciate» all'amministrazione attiva. Tale conseguenza è il frutto necessario della tensione tra l'esigenza di imparzialità e quella di efficacia dell'azione amministrativa, per cui il procedimento appare «irriducibile ad una pura prospettiva di tutela delle posizioni dei soggetti coinvolti nell'agire amministrativo»¹³⁶. I rimedi giustiziali al contrario garantiscono una tutela più effettiva proprio perché in essi ad entrare in questione è esclusivamente la prospettiva dell'interesse privato lesa.

A conferma di tale impostazione può anche citarsi la proposta, avanzata in dottrina¹³⁷, di istituire dei rimedi giurisdizionali *ad hoc* per i casi di violazione delle garanzie partecipative, in particolare del difetto della comunicazione di avvio, ancor prima della conclusione del procedimento. Si dovrebbe prospettare dunque un procedimento giurisdizionale impostato come «rito speciale accelerato», ispirato al rito sull'accesso, o come procedimento cautelare. Tuttavia si ritiene che tale impostazione non possa garantire risultati soddisfacenti, in quanto potrebbe esporre il ricorrente ad un eccessivo aggravio in vista di un risultato che finirebbe per risultare

¹³⁴ BERTIG., *Procedimento, procedura, partecipazione*, op. cit., 799.

¹³⁵ Così sempre BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, op. cit., parlando del ricorso gerarchico come attività amministrativa esercitata «attraverso il processo».

¹³⁶ CHITI M. P., *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Studi in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 563

¹³⁷ Così prospettato da OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 466. Richiamato da CHIRULLI P., *Art. 10*, op. cit.

alquanto esiguo, considerando che il giudice non potrebbe far altro che introdurre nel procedimento i contributi offerti dal ricorrente e illegittimamente non considerati, senza avere gli strumenti per vincolare l'amministrazione a conformarsi al loro contenuto.

Nella stessa direzione della critica ora svolta infatti si riporta l'opinione di chi ha considerato la violazione della partecipazione una «invalidità non pronunciabile»¹³⁸, ritenendo che essa potesse essere valorizzata soltanto attraverso l'inversione dell'onere della prova sull'effettivo contributo che la partecipazione avrebbe dato, inversione che tuttavia a nulla varrebbe, in quanto logicamente non sostenibile, prima della conclusione del procedimento stesso.

Apparirebbe perciò più efficace utilizzare a tutela dell'interesse alla partecipazione un meccanismo di tipo giustiziale, che potrebbe assicurare l'inserimento di un «incidente contenzioso» all'interno del procedimento principale, finalizzato a rendere effettiva la partecipazione concentrando in un'unica fase non solo l'eventuale accoglimento delle osservazioni dei privati ma anche le valutazioni che l'amministrazione può compiere in merito, in vista del provvedimento finale. Può infine aggiungersi quanto sottolineato in dottrina in merito ad una migliore idoneità a proteggere interessi deboli, o di terzi, di un procedimento di secondo grado rispetto alla mera partecipazione, che non è in grado di impedire l'oggettiva «maggiore influenza» degli interessi forti¹³⁹.

Avuto riguardo del ruolo che può rivestire l'impostazione di un effettivo contraddittorio in una fase ancora procedimentale, seppure – si ripete – di secondo grado, come quella del «processo» giustiziale, nella formazione della scelta discrezionale amministrativa occorre notare come, nonostante si sia assistito negli ultimi anni ad un rafforzamento degli istituti di partecipazione, con particolare attenzione al coinvolgimento dei privati nel processo decisionale attraverso cui si arriva al provvedimento, non altrettanto pare si sia fatto per rivalutare i rimedi contenziosi amministrativi.

Il diverso destino e rilievo dei due istituti potrebbe giustificarsi sulla base delle ragioni di politica legislativa che hanno animato le ultime riforme, ispirate a ragioni di efficienza e semplificazione, che da un lato impongono la partecipazione procedimentale e dall'altro sembra ostino al

¹³⁸ FERRARA L., *La partecipazione fra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 116.

¹³⁹ CHITI M. P., *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, *op. cit.*, 571.

potenziamento di uno strumento di ricorso successivo, considerato come un aggravio non necessario né utile.

*10. Il rapporto tra Amministrazione ed individui alla luce dei principi costituzionali:
abbandono della concezione autoritativa dell'azione amministrativa*

La prospettazione di un momento di confronto giustiziale tra amministrazione e privati, davanti ad un organo della stessa amministrazione ma secondo modalità prettamente processuali, dovrebbe ricondursi ad un modello istituzionale improntato alla parità tra Amministrazione ed amministrati che, seppure contrastante con l'impostazione storica degli ordinamenti dei c.d. paesi a diritto amministrativo e più in sintonia con i sistemi di *common law*¹⁴⁰, pare oggi doversi considerare prevalente anche alla luce dell'influenza del diritto comunitario sui singoli diritti amministrativi nazionali.

Ciò risulta interessante, ai fini del ragionamento intorno al tema della giustizia nell'amministrazione, in quanto si ritiene che l'impostazione teorica fondata sulla «supremazia» della pubblica amministrazione¹⁴¹, che come si è accennato è all'origine del sistema dei ricorsi amministrativi per come declinati nello Stato liberale, sia legata in un certo senso anche alle ragioni del loro declino o di una loro possibile svalutazione.

Si deve considerare infatti che tale modo di inquadrare i rapporti tra privati e amministrazione abbia portato a conservare, anche nel pensiero della giurisprudenza e della dottrina, un'idea di amministrazione ancora legata al perseguimento di un interesse «superiore»¹⁴², posto in condizione di supremazia in quanto derivante direttamente della legge, così contribuendo a ritagliare spazi di insindacabilità e di arbitrio di fronte ai quali ogni tutela si sarebbe dovuta arrestare al fine di consentire alla PA di raggiungere i propri fini istituzionali.

¹⁴⁰ ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, op. cit., 208, evidenzia come tale affermazione dei modelli di amministrazione paritaria negli ordinamenti angloamericani possa essere letta in conseguenza anche dell'assetto organizzativo secondo cui è organizzato lo Stato, per cui «da una parte (modello franco-germanico) alla soggettivizzazione statalistica dell'impianto organizzativo corrisponde l'autoritarismo dell'atto amministrativo, dall'altra parte (modello angloamericano) al pluralismo localistico corrisponde la prevalenza dell'attività amministrativa paritaria o a diritto comune, allora lo spostamento di accento dal potere alla funzione produce un'immediata conseguenza sul regime del momento organizzativo.»

¹⁴¹ L'espressione è ripresa da LEONI B., *La libertà e la legge*, Macerata, 1994 per cui «il principio della supremazia dell'amministrazione è qualcosa che caratterizza il diritto amministrativo di tutti i paesi dell'Europa continentale».

¹⁴² CANNADA BARTOLI E., *Interesse (diritto amministrativo)*, op. cit., 4, la definisce una «concezione paternalistica, risalente nel tempo e pur dura a morire» mentre nell'ordinamento costituzionale il principio di legalità, correttamente interpretato, «tende a escludere, nel diritto amministrativo, una rilevanza immediata – al di fuori della fenomenologia giuridica – dell'interesse pubblico.»

Seppure il dogma dell'intangibilità dell'amministrazione, legato alle prime elaborazioni sulla separazione dei poteri sopra ricordate, sia venuto meno con l'affermazione del sindacato del giudice¹⁴³, pare che proprio questo retaggio abbia portato ad identificare il ricorso amministrativo come uno strumento non davvero idoneo alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, per la sola ragione di essere un rimedio interno all'Amministrazione. Ciò non appare invece come una diretta conseguenza, poiché la natura interna dei ricorsi amministrativi non ne pregiudica di per sé l'efficacia, né dovrebbe condizionarne l'imparzialità, com'era chiaro persino a chi per primo denunciò l'inefficienza del rimedio e la necessità della tutela giurisdizionale¹⁴⁴, ed una tale degenerazione si deve essenzialmente ad un malcostume proprio dell'Amministrazione per come essa concretamente opera¹⁴⁵.

Occorre perciò abbandonare la prospettiva di un rapporto autorità-libertà¹⁴⁶ tra privati e Pubblica Amministrazione, in quanto non solo considerazioni di ordine costituzionale ma anche il grado di avanzamento degli strumenti di tutela conduce a ritenere completamente parificata la condizione delle due parti¹⁴⁷, anche alla luce di una lettura sistematica dei principi di legalità, imparzialità e

¹⁴³ Lo stesso GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 159, sottolinea come l'azionabilità in giudizio delle pretese del cittadino contro gli atti della Pubblica Amministrazione rappresenti una delle tendenze principali di sviluppo del diritto amministrativo nel suo «polo non autoritario».

¹⁴⁴ Il riferimento è a Silvio Spaventa, che nella sua critica ai ricorsi amministrativi evidenziò soprattutto la loro dipendenza da interessi politici ed una conseguente scarsa imparzialità del decidente. Sul punto v. CHIODI G. M., *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969, 47 ss. Ma anche NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 763, sottolinea come l'intento di Spaventa fosse quello di curare, attraverso soluzioni tecnico giuridiche e dunque attraverso l'introduzione di un controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi, i problemi della politica del tempo, troppo condizionata da interessi parziali e da logiche di clientelismo.

¹⁴⁵ Così TRAVI A., *Ricorsi amministrativi*, *op. cit.*, per cui «l'inadeguatezza in termini di imparzialità non è un limite del ricorso amministrativo in quanto tale (varie esperienze straniere lo dimostrano), ma era un difetto generale dell'Amministrazione italiana dell'epoca (rimasto tale anche nelle epoche successive), ossia un'espressione dell'incapacità della nostra Amministrazione di riconoscere il suo ruolo nello Stato di diritto e un riflesso della fragilità culturale di fondo degli apparati burocratici e della classe politica.»

¹⁴⁶ v. GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, 534, «la regola base dell'attività amministrativa di diritto pubblico è che la situazione di cui è titolare il privato è cedevole di fronte all'atto di esercizio della potestà». Lo stesso Autore individua poi nella dialettica libertà-autorità la radice degli istituti di giustizia amministrativa, come strumenti di tutela della prima, come complessi di norme che stabiliscono i modi di esercizio del potere pubblico. Si veda anche, per una ricostruzione che collega la centralità dell'atto amministrativo al rapporto autorità-libertà tra privati e Stato, nell'ottica dello Stato liberale di fine ottocento, NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, *op. cit.*, 735, per cui «l'atto amministrativo è la formale enunciazione autoritativa della volontà dello Stato nel caso concreto, una volontà non capricciosa e arbitraria ma giustificata nella legge: esso segna il momento della prevalenza irresistibile dell'autorità sulla libertà, ma anche quello in cui la libertà «giustifica» e limita l'autorità.»

¹⁴⁷ NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, *op. cit.*, 34 parla di un progressivo superamento del distacco tra Stato e comunità, apparato e società civile, che si risolve nello «scioglimento dell'entità obiettiva e astratta di Stato nella corposità e nella concretezza della comunità sociale pluralisticamente strutturata».

buon andamento¹⁴⁸. Si ritiene pertanto di dover considerare, per garantire una maggiore coerenza al tentativo di recuperare una certa rilevanza dell'amministrazione giustiziale nel sistema italiano di giustizia amministrativa, tale rapporto come un rapporto «libertà-libertà¹⁴⁹», che arrivi a snodarsi nel quadro dei principi sopra richiamati, seppure teleologicamente orientato alla realizzazione dei fini stabiliti nella legge.

Secondo una certa ricostruzione del principio di legalità¹⁵⁰, che si ritiene di dover accogliere quale punto di partenza per le successive considerazioni, la radice della crisi che tale principio ha attraversato nella sua nozione elaborata nella dottrina classica, che avrebbe finito per ridurlo ad una mera riproposizione del diverso principio della tutela contro gli atti amministrativi illegittimi¹⁵¹, andrebbe ricercata nell'impostazione dei rapporti tra Stato e cittadini sulla base di una netta contrapposizione¹⁵². Tale contrapposizione però ha assunto storicamente una forma peculiare, in quanto si è realizzata non in un rovesciamento dello Stato autoritario, ma in una sua sottomissione agli scopi previsti nella legge, alla cui formazione si assume partecipino tutti i cittadini. La legge diventa dunque protezione dall'arbitrio e dall'abuso, pur scontrandosi contro la realtà materiale¹⁵³ che vede l'amministrazione agire anche al di fuori dei limiti strettamente posti dalla legge stessa.

¹⁴⁸ CANNADA BARTOLI E., *Interesse (diritto amministrativo)*, op. cit., 9, per cui «se l'art. 97 Cost., stabilendo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento, costituisce la norma fondamentale dell'azione amministrativa, tale norma fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità, il contenuto dell'interesse legittimo, che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto.»

¹⁴⁹ Si fa riferimento alle opinioni di una certa dottrina che ha ritenuto di dover leggere, sulla base dei principi costituzionali, il rapporto tra cittadini e amministrazione come un rapporto tra pari, dove la «partecipazione», nel senso più politico del termine, fosse in grado di realizzare appieno anche nell'esercizio del potere amministrativo il principio democratico posto alla base della Costituzione. v. in particolare BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, op. cit.; v. anche ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 205.

¹⁵⁰ SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969

¹⁵¹ SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, op. cit., 12, per cui il principio di legalità, nella sua accezione più classica, ha subito una sostanziale identificazione e codificazione nel principio di tutela giurisdizionale di fronte agli atti amministrativi illegittimi ex art. 113 Cost. e dunque «realizzato nelle leggi e nella costituzione (come in Italia così in tutti i paesi civili) il principio di legalità ha perso il significato ideale che aveva nelle trattazioni degli scrittori classici; esso si limita a descrivere, ed anche in maniera approssimativa, come si è accennato, una situazione di fatto esistente: come entità distinta da questa è divenuto, si può dire, inutile.»

¹⁵² Per un'indagine sul punto in una prospettiva storico-filosofica v. DE STEFANO R., *Il problema del potere*, Milano, 1962. Per la validità di questa affermazione nel sistema istituzionale dello Stato liberale, v. MANNORI L. SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, op. cit., 307.

¹⁵³ SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, op. cit., 10, per cui allo stato non si può considerare il principio di legalità tradizionalmente inteso come principio in grado di influenzare l'intera sfera di azione dell'Amministrazione, rimanendone esclusa l'area più fortemente discrezionale (sull'esempio delle

Una rivalutazione del principio di legalità che consenta di operare «preventivamente» e non soltanto nella fase di repressione degli illeciti amministrativi si origina da un diverso inquadramento dei rapporti tra Stato e cittadini, in termini non più di contrapposizione ma di collaborazione¹⁵⁴.

Così come sembra possibile ricollegare la funzione giustiziale ad un momento di emersione dei c.d. *autolimiti*¹⁵⁵, vale a dire dei criteri che l'Amministrazione stessa deve darsi nell'esercizio della propria discrezionalità, seppure non siano direttamente ricavabili dalla legge attributiva del potere, necessari per conformare la propria azione ai principi di imparzialità e buon andamento in relazione al fine da raggiungere.

Tale differente considerazione dovrebbe portare ad inquadrare anche l'amministrazione giustiziale, così come quella attiva ma, si può dire, ancora più marcatamente, come attività tesa alla realizzazione di quella composizione di interessi tra collettività ed individualità che non può realizzarsi soltanto attraverso la legge, e dunque in ipotesi prefissate che si risolverebbero in vizi di legittimità tradizionalmente intesi. Se si ritiene che l'Amministrazione, seppure imparziale, non agisca sempre per il bene di *tutta* la collettività, ma ricostruisca sulla base delle esigenze della *maggior parte* della comunità un proprio contenuto dell'interesse pubblico¹⁵⁶, non può non ritenersi necessaria una fase di confronto, di fronte ad un'altra amministrazione, per non sacrificare eccessivamente gli interessi della minoranza, che si troverebbe in grado di far valere le proprie ragioni anche al di fuori di eventuali vizi del provvedimento¹⁵⁷.

Infine, come è stato sottolineato in dottrina in riferimento a quelle particolari forme di amministrazione giustiziale realizzate tramite gli *Administrative Tribunals* britannici, le procedure giustiziali sono intese a valorizzare non solo l'interesse dei singoli, ma anche

ordinanze d'urgenza dei sindaci) e l'attività svolta attraverso strumenti convenzionali e di diritto privato, che si tiene al di fuori della legge.

¹⁵⁴ Lo stesso autore esemplifica tale evoluzione del rapporto Stato-cittadino attraverso l'esame dell'art. 41 Cost., la cui applicazione ha condotto in pratica lo Stato a servirsi dell'imprenditore privato quale strumento per la realizzazione dell'interesse generale al benessere, che viene curato non direttamente ma attraverso la protezione della libertà di iniziativa economica; *ibidem*, 51.

¹⁵⁵ CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 47 ss.

¹⁵⁶ Tale è la ricostruzione che propone CERRI A., *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, *op. cit.*, che rifiuta l'idea dell'imparzialità intesa come principio astratto e tenta di calare lo stesso principio nella realtà, ritenendo che essa implichi la ponderazione tra i vari interessi, senza esclusioni o discriminazioni, ma non possa escludere valutazioni di preferenza rispetto a tali interessi, che arrivano a formare un'idea di interesse pubblico del caso concreto.

¹⁵⁷ Si richiamano in proposito le considerazioni di BENVENUTI F., *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1963, 740, per cui «l'imparzialità, se dal lato negativo indica il disinteresse di chi esercita la funzione, dal lato positivo significa uguale interesse di chi è chiamato ad essere destinatario del suo esercizio: ciò che, appunto, costituisce il fondamento generale dell'istituto del contraddittorio.»

l'interesse generale, «contribuendo per tale via alla costruzione dell'amministrazione attraverso il consenso»¹⁵⁸. Secondo quanto ribadito dal medesimo Autore infatti, il riesame in via amministrativa attraverso corpi specializzati rappresenta una forma di «auto-amministrazione della società»¹⁵⁹, in grado di assicurare una maggiore convergenza tra l'interesse pubblico, e la conseguente azione dei pubblici poteri, con le ragioni dei privati.

11. Considerazioni conclusive: per una rivalutazione della giustizia interna all'Amministrazione

Attraverso le considerazioni svolte si è ritenuto di ricostruire il ruolo dei ricorsi amministrativi, complessivamente considerati, ragionando in ordine ai fondamentali concetti del diritto amministrativo, mostrando come nell'attuale panorama dell'ordinamento amministrativo possa ancora esserci spazio per l'esercizio della funzione giustiziale. Tale «funzione» assume un ruolo particolare nell'equilibrio tra poteri, ponendosi come attività sostanzialmente giurisdizionale ma svolta dall'amministrazione, e ciò le consente di operare in un ambito d'azione intermedio, tra la risoluzione di una controversia tra due parti e la determinazione della soluzione più conforme all'interesse pubblico.

D'altronde essa pare contribuire alla realizzazione della tutela sostanziale delle posizioni giuridiche soggettive, poiché si ritiene che la tutela giurisdizionale, necessaria e imprescindibile, dovrebbe essere valutata come *ultima ratio*, come un «accidente che ha da essere in ogni maniera evitato»¹⁶⁰.

Da un lato si è evidenziato come il processo storico di affermazione della giurisdizione all'interno del nostro sistema di giustizia amministrativa abbia portato naturalmente a marginalizzare l'ambito di applicazione, e la diffusione pratica, dei ricorsi amministrativi, fatta eccezione per il ricorso straordinario al Capo dello Stato, che tuttavia ha subito un processo di «giurisdizionalizzazione» che ha portato ad assimilarlo, nella sostanza, al ricorso al giudice¹⁶¹.

¹⁵⁸ BALBONI E., *L'amministrazione giustiziale*, Padova, 1986, 5. Per approfondimenti in ordine all'evoluzione dei *Tribunals* inglesi a seguito della recente riforma del 2011 v. MACCHIA M., *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209.

¹⁵⁹ *ibidem*, 6.

¹⁶⁰ BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, op. cit., 838.

¹⁶¹ Sugli sviluppi della riforma dell'istituto posta in essere con la l. 69/2009 e le questioni attualmente dibattute sul ricorso straordinario al Capo dello Stato si rimanda a TANDA P. (a cura di), *Il ricorso straordinario al capo dello Stato: atti del Convegno, Roma, 9 ottobre 2014*, Torino, 2015. Sul collegamento tra tale istituto e l'amministrazione giustiziale si segnala il contributo di CALABRÒ M., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di*

Può infatti ritenersi che qualora i ricorsi debbano risultare un mezzo per rallentare la tutela in giudizio, o per consentire all'Amministrazione di assumere atteggiamenti dilatori o ostruzionistici nei confronti dei privati, o se ancora l'Autorità decidente non dovesse porsi con imparzialità nell'esame della questione ma fosse costantemente portata a fare le ragioni della parte pubblica, questi strumenti dovrebbero essere considerati privi di ogni concreta utilità.

D'altro canto si sono sottolineate una serie di ragioni per cui mantenere «in vita» un sistema di amministrazione giustiziale potrebbe risultare necessario, o comunque funzionale, ad ampliare l'effettività della tutela dei privati. Ciò può realizzarsi da un lato attraverso l'approfondimento della tutela nel merito, attraverso una revisione delle scelte discrezionali che possa investire anche il nucleo più profondo riservato all'Amministrazione precedente, che è attualmente uno spazio ristretto eppure non del tutto privo di rilevanza, come si è tentato di mostrare, in quanto naturalmente precluso all'esame del giudice amministrativo, che non può sostituire le proprie valutazioni di opportunità a quelle compiute in sede di emanazione dell'atto impugnato.

D'altronde «la facilità con cui il diritto soggettivo può essere degradato in interesse legittimo, la irresponsabilità che consegue, nella pratica, alla lesione degli interessi occasionalmente protetti, il valore meramente potestativo del ricorso alla giurisdizione amministrativa, spesso vanificato dal lungo tempo intercorrente tra l'inizio e la fine effettiva del giudizio [...] sono tutti elementi che ci costringono a qualificare il nostro sistema amministrativo non, come talora si pretende, come il sistema più perfetto, ma come un sistema meno perfetto di altri»¹⁶².

Seppure il sistema abbia percorso notevoli passi in avanti dal tempo a cui risale lo scritto appena citato¹⁶³, non può tacersi il permanente interesse nel guardare ad altri modelli per colmare quella distanza tra amministrazione ed amministrati che il nostro ordinamento, e la nostra storia, hanno originato¹⁶⁴.

Alla luce di tali considerazioni critiche, si auspica un ripensamento dei ricorsi amministrativi frutto di una visione paritaria dei rapporti tra privati e amministrazioni, per un definitivo superamento di concezioni che portino ad indentificare una supremazia dell'interesse pubblico, non meglio specificato, su quelli privati.

a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione, in TANDA P. (a cura di), *Il ricorso straordinario*, op. ult. cit., 74.

¹⁶² BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, op. cit., 811.

¹⁶³ Possono citarsi come esempi dell'ampliamento dell'effettività della tutela nel processo, tra i molti, il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo e della tutela cautelare nel processo amministrativo.

¹⁶⁴ Per una ricostruzione in chiave storica degli sforzi della scienza del diritto amministrativo verso l'avvicinamento tra amministrazione ed amministrati, v. CASSESE S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010.

Si è intravista una possibilità di un miglioramento attraverso una forma di composizione ulteriore rispetto a quella operata durante l'istruttoria attraverso istituti riconducibili alla partecipazione procedimentale. Si ritiene infatti che tali strumenti non siano sufficienti ad assicurare l'efficace emersione di tutti gli interessi coinvolti, e che sarebbe auspicabile una fase successiva di revisione durante la quale impostare un contraddittorio, di natura processuale e non procedimentale, idoneo a garantire la stessa rilevanza agli interessi privati al confronto con la valutazione del soggetto pubblico.

Può dirsi in conclusione che il riesame amministrativo soddisfa da un lato l'istanza di giustizia, coincidente con il confronto in contraddittorio sui vizi del provvedimento, ma d'altro canto ha ad oggetto non solo la revisione ma l'esercizio stesso del potere, nel suo più profondo esplicarsi, non parametrato alla mera legittimità ma all'opportunità stessa del provvedimento. A ciò possono aggiungersi anche alcune considerazioni in merito al principio di legalità, da intendersi non come mera garanzia del privato ma come piena realizzazione dei principi costituzionali attraverso l'azione amministrativa. Tale fine, in armonia con il principio democratico che dovrebbe imporre l'organizzazione dell'azione amministrativa come espressione diretta della sovranità popolare, non può realizzarsi esclusivamente attraverso la legge, poiché essa può prevedere, e di regola prevede, solo norme generali e astratte, e non può ambire alla disciplina puntuale di ogni rapporto che concretamente si instaura tra privati e pubblici poteri. Né può realizzarsi attraverso un sindacato del giudice esteso in ogni caso al merito, in quanto ciò di fatto arriverebbe ad azzerare la funzione tipica della Pubblica Amministrazione, e finirebbe per mettere al rischio le istanze di tutela dei privati, che si troverebbero a poter richiedere tutela ad un organo di natura incerta – un giudice-amministratore non in grado di assicurare la necessaria terzietà rispetto alle esigenze delle parti – e pertanto rimarrebbero esposti al pericolo di decisioni arbitrarie¹⁶⁵.

Occorre dunque svolgere ulteriori considerazioni sulle norme positive che regolano attualmente i ricorsi amministrativi, non soltanto nell'ordinamento interno ma anche nell'ordinamento comunitario, per verificare in che termini tali tendenze sono realizzate o realizzabili alla luce del dato positivo e quali prospettive future si pongono per lo sviluppo della funzione giustiziale, anche in considerazione del fatto che essa pare «la più difficile da esercitare nonché la più idonea a mostrare lo stato di salute di un apparato organizzativo»¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Tali considerazioni sono riprese da SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, op. cit., 15

¹⁶⁶ CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit., 58.

CAPITOLO II

CARATTERISTICHE E MODELLI DI ESERCIZIO DELLA FUNZIONE GIUSTIZIALE NELL'AMMINISTRAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA

1. *Premessa*

Quando si è trattato della funzione giustiziale come «ago della bilancia» tra giurisdizione ed amministrazione, momento di confronto tra autorità e cittadini ed importante strumento di emersione degli interessi coinvolti nei procedimenti amministrativi, si è condotto il discorso ragionando in astratto, isolando la funzione all'interno di un'indistinta «attività amministrativa», e mettendola in relazione con una altrettanto astratta collettività di amministrati.

Se tale analisi teorica è risultata opportuna al fine di comprendere come dovrebbero svilupparsi le dinamiche della funzione giustiziale, oltre che per ricercare le cause dell'abbandono dei modelli tradizionali di amministrazione giustiziale nel nostro ordinamento, a questo punto appare necessario verificare allo stato delle norme positive e delle prassi amministrative come sia effettivamente esercitata la giustizia nell'amministrazione.

Da un lato si intende evidenziare come l'evoluzione dei modelli organizzativi e l'allontanamento dal sistema storicamente fondato sulla gerarchia¹⁶⁷ e sull'organizzazione delle amministrazioni centrali sulla base dei ministeri abbia aperto nuovi spazi e nuove frontiere, per lo sviluppo di sistemi articolati di revisione interna degli atti amministrativi diversi dal ricorso gerarchico generale. Dall'alto si vuole ricondurre a sistema tali istituti, per quanto il loro sviluppo sia stato spesso asistemico e occasionale, non tanto per sostenere che essi condividano la medesima natura, conclusione che pare eccessiva sulla base delle decisive differenze tra i diversi sistemi, quanto per individuare alcune caratteristiche comuni che li differenziano dai procedimenti di amministrazione attiva e dal processo.

Tale analisi verrà condotta concentrando lo spettro di osservazione sull'ordinamento europeo, a partire dalla peculiare evoluzione che ne ha interessato l'assetto organizzativo, per fornire un quadro più ampio di come i rimedi giustiziali stiano assumendo una rilevanza sempre maggiore nel contesto degli organi che esercitano funzioni amministrative nell'Unione Europea. Estendere

¹⁶⁷ Anche sotto la spinta dell'influenza del diritto sovranazionale, che prevede sistemi di *governance* non fondati sulla gerarchia. Per cui v. EBERLEIN B. KERWER D., *New Governance in the European Union: A Theoretical Perspective*, in *Journal of Common Market Studies*, 2004, 128.

anche al contesto europeo l'analisi dei sistemi vigenti di amministrazione giustiziale appare imprescindibile per una serie di ragioni, oltre che per le suggestioni che possono sorgere dalla comparazione tra due sistemi differenti.

Si dovrebbe in primo luogo precisare che in realtà non sussiste tra ordinamento nazionale ed europeo una comparazione in senso proprio, considerando che l'amministrazione europea agisce producendo effetti direttamente nell'ordinamento interno, e il tentativo di comprendere sotto categorie unitarie processi che trovano la propria fonte in norme nazionali o sovranazionali andrebbe operato come soluzione unificante¹⁶⁸, per raggiungere una maggiore coerenza interna, piuttosto che come un confronto tra due realtà distinte¹⁶⁹.

In secondo luogo lo sviluppo di amministrazioni integrate – autorevolmente ritenuto uno degli elementi in cui si manifesta la c.d. «signoria del diritto comunitario»¹⁷⁰, che ha portato a sostenere che ormai non possa esistere un diritto amministrativo europeo distinto da quello nazionale ma che si debbano ristudiare le categorie di tutto il diritto interno alla luce dell'influenza di quello europeo¹⁷¹ – rappresenta un fenomeno capace di incidere in modo significativo anche sull'organizzazione delle amministrazioni nazionali, oltre che sui criteri e sull'ampiezza della tutela giustiziale.

Inoltre il panorama delle istituzioni comunitarie rappresenta uno spettro variegato di diverse soluzioni possibili, modellate ciascuna su singoli settori aventi diverse peculiarità – anche a seconda delle differenti basi giuridiche¹⁷² utilizzate per giustificare la previsione di tali poteri –

¹⁶⁸ La lunga diatriba giurisprudenziale tra la Corte di Giustizia e la Corte Costituzionale dimostra il perdurare di diverse concezioni dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario. Pare tuttavia potersi evidenziare come sia sempre più affermata la teoria dell'integrazione tra ordinamenti, non solo in dottrina su cui si rimanda in generale alle considerazioni svolte da GRECO G., *Rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in CHITI M. P. e GRECO G. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 399 e ss., ma anche nelle decisioni della Corte Costituzionale, che hanno ammesso il sindacato di costituzionalità assumendo, seppure indirettamente, delle norme comunitarie come parametro, v. ad esempio Corte Cost. sentt. 384/1994 e 94/1995.

¹⁶⁹ Può dirsi comunque che, nonostante la presupposta integrazione tra ordinamento giuridico nazionale ed europeo, con riferimento all'obiettivo di armonizzazione e perfezionamento delle regole giuridiche e più in generale di una migliore soluzione dei conflitti sociali, lo scopo dell'analisi sul sistema comunitario ricalca quello definito in generale per la scienza del diritto comparato, v. ZWEIGERT K. KÖTZ H., *Introduction to comparative law*, Terza edizione rivista, Oxford, 1998, 15.

¹⁷⁰ CASSESE S., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 293, ricorda che “a mano a mano che si ampliano le funzioni comunitarie, aumentano le tipologie di integrazione amministrativa, con ponderazione diversa dell'elemento comunitario, di quello nazionale e di quello comune al primo e al secondo. Per cui si affaccia ormai un diverso ordinamento, nel quale l'Unione acquisisce una signoria sul diritto amministrativo.”

¹⁷¹ Così CERULLI IRELLI V., durante un intervento tenuto al convegno “La pubblica amministrazione tra diritto europeo e diritto nazionale” tenutosi presso l'Università Sapienza di Roma, il 6 maggio 2016.

¹⁷² Per un'analisi della giurisprudenza comunitaria (con particolare riferimento al caso *Enisa*, CGUE, 6 maggio 2006, C-217/04) che ha portato all'espansione dell'art. 114 TFUE come base giuridica per la creazione di agenzie esecutive, e sulla peculiarità che in questo contesto hanno trovato le agenzie di vigilanza (ESA), v. VAN

che informano il sistema del diritto amministrativo europeo ed i meccanismi di delegazione dei poteri esecutivi¹⁷³.

Infine, esaminare come nella pratica i singoli organi interpretano l'esercizio della funzione giustiziale porterà a riflettere anche sui rapporti tra ricorsi amministrativi e tutela giurisdizionale, sull'intensità del sindacato del giudice europeo su tali decisioni e su come i ricorsi amministrativi dovrebbero operare con maggiore incisività in un contesto, come quello comunitario, dove il giudice tende a ritrarsi dal sindacato sulle valutazioni discrezionali, che più facilmente potrebbero coinvolgere il «merito» del provvedimento amministrativo.

Pertanto una volta chiarito il ruolo della funzione giustiziale nel sistema dei poteri dello Stato – così come desumibile dalle disposizioni costituzionali e con lo sguardo rivolto all'ordinamento nazionale ed alla sua storia – occorre calare il discorso nella concreta realtà delle amministrazioni nazionali e comunitarie, per valutare se, ed in quale misura, la protezione offerta dai procedimenti giustiziali rappresenta un ampliamento di quella giurisdizionale, e se essa rappresenta un'efficiente risposta ai problemi che tanto il procedimento quanto il processo pongono nel rapporto tra amministrazione ed amministrati.

2. Profili distintivi dell'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea

2.1 Dalla gerarchia all'amministrazione «decentralata», specializzata e indipendente

Si è già accennato, e si ritornerà sul punto esaminando in seguito la disciplina dei ricorsi amministrativi nell'ordinamento nazionale, al fatto che una amministrazione ispirata al modello gerarchico e accentrata in strutture piramidali, seppure rappresenti il contesto storico in cui le

CLEYNENBRUEGEL P., *Meroni circumvented? Article 114 TFEU and EU regulatory agencies*, in *Maastricht journal of european and comparative law*, 21, 2014, 64 ss. Tale giurisprudenza, per l'indubbia apertura nell'interpretazione dei limiti di applicazione dell'art. 114 TFUE come base giuridica per adottare misure di armonizzazione, ivi comprese quelle che determinino l'istituzione di nuovi enti o agenzie esecutive, risulta spesso valorizzata dal legislatore europeo al momento dell'adozione degli atti legislativi istitutivi delle agenzie, come testimonia il Considerando n. 17 del Reg. 1093/2010, in cui viene riportato un passaggio di tale decisione dove la Corte di Giustizia ha ritenuto che «nulla nel tenore testuale dell'articolo 95 CE [attuale articolo 114 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)] permette di concludere che i provvedimenti adottati dal legislatore comunitario sul fondamento di tale disposizione debbano limitarsi, quanto ai loro destinatari, ai soli Stati membri. Può infatti rendersi necessario prevedere, sulla scorta di una valutazione rimessa al detto legislatore, l'istituzione di un organismo comunitario incaricato di contribuire alla realizzazione di un processo di armonizzazione nelle situazioni in cui, per agevolare l'attuazione e l'applicazione uniformi di atti fondati su tale norma, appaia appropriata l'adozione di misure di accompagnamento e di inquadramento non vincolanti».

¹⁷³ Sull'importanza che la scelta di una differente base giuridica potrebbe rivestire nel rafforzamento dell'*accountability* delle agenzie di regolazione europea v. SCHOLTEN M. VAN RIJSBERGEN M., *The limits of Agencification in the European Union*, in *German law Journal*, 15, 2014, 1248, e le conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen nel caso c.d. *ESMA Short selling (Regno Unito vs. Consiglio, C-270/12)*.

prime forme di amministrazione contenziosa hanno avuto origine, poco si presti allo sviluppo di sistemi di giustizia nell'amministrazione in grado di esercitare una tutela effettiva delle posizioni del privato.

Tale considerazione porta a riflettere sull'influenza che un diverso assetto organizzativo possa avere sulla costruzione di un rimedio efficiente, ovvero su quanto il problema della funzione giustiziale – ovvero se essa rappresenti o meno un ampliamento della tutela contro l'arbitrio delle Pubbliche Amministrazioni – sia anche una questione di organizzazione.

Profilo che si ritiene rilevante anche nel tentativo di cogliere la dimensione evolutiva del fenomeno, che per come si manifesta soprattutto a livello comunitario, evidenziando la tendenza verso un'organizzazione degli uffici che rifletta più la specializzazione settoriale piuttosto che l'unitarietà della funzione esecutiva¹⁷⁴, sulla scia della «prevalenza» dei profili tecnici su quelli politici¹⁷⁵.

Una amministrazione organizzata secondo un modello gerarchico appare funzionale rispetto all'esigenza primaria di assicurare il rispetto e l'applicazione uniforme delle scelte di *policy* provenienti dal vertice della struttura. In tale quadro si inserisce la struttura ministeriale tipica degli ordinamenti europei, basata sulla responsabilità politica dei singoli ministri e collettiva del Governo. Tale modello è entrato in crisi nel momento in cui l'intervento dello Stato nell'economia si è andato trasformando, ed ha assunto sempre più spesso la forma della regolazione¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Sul concetto di specializzazione usato per descrivere lo sviluppo dell'amministrazione europea, contrapposto a quello di specialità che invece caratterizza gli ordinamenti amministrativi nazionali di *civil law*, v. CHIRULLI P. DE LUCIA L., *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, in *Riv. di dir. pubbl. com.*, 5, 2015, 1346 per cui «specie alle origini, uno dei concetti fondativi del diritto amministrativo dell'area continentale è stato quello di specialità, ossia il fatto di essere derogatorio rispetto al diritto privato e che le relative controversie fossero devolute a un giudice (diverso dal giudice ordinario), appunto, speciale: il giudice amministrativo. [...] Senza soffermarsi sulle ragioni e sulle implicazioni di questa evoluzione, ci si limita a rilevare che diversa sembra essere la via intrapresa dal diritto amministrativo europeo, che per una parte significativa si fonda invece sulla diversa nozione di specializzazione, ossia sulla differenziazione funzionale e organizzativa di alcuni apparati all'interno dell'amministrazione dell'Unione, alla quale spesso corrispondono forme e strumenti particolari di azione e di tutela (sia amministrativa che giurisdizionale).»

¹⁷⁵ V. HOFMANN H. C. H., *Agency design in the European Union*, in *Windsor Yearbook to Access to justice*, *op. cit.*, 321, sottolinea come l'*expertise* risulti uno dei fattori che giustificano ed allo stesso tempo garantiscono l'indipendenza delle agenzie e che la stessa rifletta un diverso modello di *decision-making*, «based on the scientific as opposed to political influence over a certain decision-outcome»; v. anche CHIRULLI P. DE LUCIA L., *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, *op. cit.*, 1347, per cui «il concetto di specializzazione — come dimostra quanto detto sulle commissioni di ricorso — trova la sua ragion d'essere nella confluenza tra razionalità legale e razionalità tecnico/scientifica.»

¹⁷⁶ Per l'evoluzione del ruolo dello Stato e del suo intervento nell'economia attraverso la regolazione dei mercati può rinviarsi in generale a CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Bari, terza edizione, 2015, 323 ss. ed alla bibliografia ivi contenuta; sulla nozione di «Stato regolatore» v. YEUNG K., *The Regulatory State*, in BALDWIN R.

Il riconoscimento di interessi in conflitto con le ragioni politiche contingenti, e dunque della necessità di costruire apparati burocratici staccati dagli esecutivi, comporta la costruzione di sistemi di amministrazione «orizzontale», in cui le singole autorità si muovono come centri autonomi, deputati ad assicurare un risultato che si identifica con la migliore realizzazione di uno o più interessi pubblici, perseguiti però non tanto come obiettivi politici ma come valori da assicurare per una corretta interazione tra gli operatori nel settore¹⁷⁷.

2.2 *Il crescente contributo dei privati nelle scelte amministrative verso una «concezione relazionale» del diritto amministrativo*

Nella stessa direzione può valutarsi la corrispettiva trasformazione, che allo stato si ritiene ormai compiuta, del ruolo dell'individuo rispetto all'azione amministrativa, da semplice «destinatario» a «cliente» o «fruitore» delle scelte, capace di influenzare attraverso la sua esperienza ed il suo contributo la definizione dell'interesse pubblico, e dunque di contribuire attivamente alle decisioni per quanto discrezionali esse siano.

Molti istituti che caratterizzano l'attuale disciplina del procedimento amministrativo, applicabili anche qualora la funzione amministrativa sia direttamente esercitata da organi comunitari pur in assenza di una disciplina generale del procedimento amministrativo europeo¹⁷⁸, mostrano una

CAVE M. LODGE M. (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2010, 64; sul tema v. anche PISANESCHI A., *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?*, Torino, 2009; sulle forme della regolazione ed i suoi strumenti nell'ordinamento nazionale ed europeo v. i saggi contenuti in CHIRULLI P. MICCÙ R. (a cura di), *Il modello europeo di regolazione: atti della Giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Napoli, 2011; per una riflessione sull'impatto dell'ultima crisi economica e finanziaria sull'organizzazione amministrativa delle autorità indipendenti si rimanda a NAPOLITANO G. ZOPPINI A., *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009. Per ciò che attiene ai riflessi di tali sviluppi storici nei rapporti tra amministrazioni, ed in particolare alla perdita di competenze da parte delle burocrazie ministeriali a favore delle autorità indipendenti si richiamano le considerazioni di CLARICH M., *Autorità Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 33, che sottolinea come «il passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore ha comportato comunque lo smantellamento di gran parte degli strumenti di pianificazione e direzione delle attività economiche affidati ai ministeri competenti».

¹⁷⁷ Sulla rilevanza degli interessi pubblici diversi da quelli relativi al funzionamento dei mercati e dell'economia nella regolazione v. FEINTUCK M., *Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest*, BALDWIN R. CAVE M. LODGE M. (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2010, 39 ss.

¹⁷⁸ Nei Trattati non risultano infatti compiutamente disciplinate le regole sul procedimento amministrativo, seppure possano dedursi alcune regole particolari, come il principio di trasparenza e il diritto d'accesso (art. 15 TFUE) o l'obbligo di motivazione (art. 296 TFUE), v. DELLA CANANEA G., *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di) CHITI M. P. GRECO G., Milano, 2007, I, 518. Alcune voci lamentano la mancanza di una generale codificazione dei principi del procedimento amministrativo europeo, pur risultando in effetti già previste numerose delle garanzie procedurali che una eventuale legge generale andrebbe a disciplinare; v. NAPOLITANO G., *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa dell'Europa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2016, 717, per cui «continuano a mancare normative organiche di carattere generale. Il discorso vale in particolare per il procedimento amministrativo. Questo, pertanto, è regolato essenzialmente dalle discipline speciali previste caso per caso o nei regolamenti istitutivi delle varie autorità e

crescente attenzione del legislatore nei confronti degli interessi privati, non solo in quanto tali ma anche in virtù del loro potenziale apporto fondamentale al miglioramento dell'efficienza e dei «risultati» dell'azione amministrativa¹⁷⁹.

Si può evidenziare ad esempio come il legislatore nazionale accetti una nozione di trasparenza sempre più ampia, consentendo l'accesso agli atti e documenti amministrativi anche al di là di una posizione giuridica differenziata, nel dichiarato intento di consentire un controllo «dal basso» sull'efficacia delle amministrazioni¹⁸⁰; ancora può ritenersi che lo sviluppo di procedure consultive nell'ambito dei procedimenti di elaborazione di norme di settore nei mercati regolamentati, teso a consentire una maggiore prevedibilità dell'azione dell'autorità e della sua

agenzie. Soltanto in alcuni casi, tuttavia, si tratta di regolamentazioni esaustive e allineate ai migliori standard internazionali, per quanto riguarda ad esempio la partecipazione al procedimento, la certezza dei tempi dell'azione amministrativa o l'accesso agli atti e alle informazioni». Si riscontrano comunque opinioni contrarie, che individuano nella codificazione delle norme sul procedimento amministrativo europeo una operazione non necessaria e rischiosa per le troppe differenze che caratterizzano l'amministrazione comunitaria, v. HARLOW C., *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot*, in *European Law Journal*, 1996, 14; BERTEZZOLO G., *Serve una codificazione del procedimento amministrativo*, in MALO M. MARCHETTI B. DE PRETIS D. (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, *Quaderni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento*, 2015, 71 ss. Sul dibattito in merito all'opportunità di una codificazione nel diritto amministrativo europeo si rimanda ai risultati del gruppo di ricerca congiunto ReNEUAL, per l'edizione italiana v. DELLA CANANEA G. GALETTA D. U. (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016; v. anche MATTARELLA B.G., *The Concrete Options for a Law on Administrative Procedure. Bearing on Direct Eu Administration?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 537 ss.

¹⁷⁹ Da tale funzionalità la stessa amministrazione europea, in determinati settori, trae la sua legittimazione, attraverso il meccanismo della c.d. «legittimazione per risultati», contrapposta alla tradizionale legittimazione democratica, come evidenziato da CHITI M. P., *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2, 2016, 403, che considera l'Unione Europea «quale particolare organizzazione politica basata su due forme, complementari e sinergiche, di legittimazione: quella tradizionale, democratica, basata sull'originale idea di rappresentanza a due livelli, europei e nazionali, che si connettono attraverso l'architettura della cittadinanza europea; l'altra basata sull'effettività (utilità/satisfattività) delle decisioni assunte e realizzate; ovvero, dai risultati positivi dei processi decisionali. Le due forme di legittimazione trovano puntuale rispondenza nel diritto UE, anche primario; pure la "legittimazione per risultati", in particolare (ma non solo) nelle previsioni relative alla Banca centrale europea, alle nuove Autorità regolatorie ed alle Amministrazioni indipendenti.»

¹⁸⁰ Sui distinti significati di trasparenza e sull'evoluzione della disciplina interna, in direzione del riconoscimento di un diritto di accesso generalizzato, v. CAVALLARO M. C., *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.*, 2015, 121, che sottolinea la tensione tra l'accesso indiscriminato alle informazioni con il valore della riservatezza. Sulle modifiche apportate dalla c.d. Riforma Madia v. GALETTA D. U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n.33/2013*, in *Federalismi.it*, 5, 2016; per gli sviluppi successivi all'approvazione del D.Lgs. n. 97 del 2016 v. SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior dir. amm.*, 2016, 593. Si vedano anche le considerazioni di FALLETTA P., *Il Freedom of Information Act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in *Federalismi.it*, 2016, 5, che sottolinea come «l'importanza della riforma sta proprio nell'intento di rinnovare il sistema del diritto amministrativo, che non deve esaurirsi nel cosiddetto "diritto autoritativo" [...] ma deve articolarsi in schemi e ambiti di "diritto convenzionale", altrettanto importanti per disciplinare settori di evidente interesse per i cittadini». Per la disciplina degli obblighi di trasparenza imposti alle amministrazioni europee v. SGUEO G., *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in NATALINI A. VESPERINI G. (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, 163.

interpretazione dei concetti giuridici indeterminati contenuti nella normativa primaria, abbia lo scopo di rendere non solo comprensibili, ma anche condivise, le scelte di fondo. Così anche la valorizzazione del legittimo affidamento dei privati nei confronti dei provvedimenti amministrativi, e le conseguenti limitazioni, ribadite anche in via legislativa, all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio *ex art. 21nonies* l. 241/1990, così come modificato dalla legge 7 agosto 2015, n. 124¹⁸¹.

Gli istituti citati, alcuni più risalenti e frutto di principi ormai consolidati e altri di più recente emersione e dotati di una maggiore carica innovativa¹⁸², fanno senza dubbio capo ad esigenze eterogenee e presentano fini ulteriori rispetto a quello di agevolare una definizione «condivisa» dei procedimenti amministrativi, tuttavia pare che ognuna di queste discipline deponga nel senso di una forte considerazione dell'apporto del privato nella fase decisionale. Un apporto che dunque si distingue da quello legato alla partecipazione per come intesa in senso tecnico, che vale ad arricchire le risultanze istruttorie della PA, ma non incide direttamente sulla sua discrezionalità. Pare realizzarsi una sorta di «pressione» dei consociati sulla discrezionalità amministrativa, attraverso il sempre più forte condizionamento legato alle conseguenze dell'accesso civico o degli altri diritti di partecipazione, in primo luogo come possibilità di denuncia degli episodi di *maladministration*¹⁸³ ma anche in termini di eventuali azioni giurisdizionali, per quanto esse possano apparire prerogative incapaci di incidere in modo sostanziale sull'azione amministrativa.

Pare dunque che la valutazione discrezionale debba, in tali contesti, confrontarsi più intensamente con gli interessi privati, tanto da poter sfumare la distinzione tra interesse pubblico primario e interessi privati da contemperare¹⁸⁴. In altri termini e forse più correttamente sembra potersi

¹⁸¹ Si fa riferimento al novellato art. 21nonies l. 241/1990, come modificato dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, che valorizza l'affidamento del privato imponendo un termine massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio in caso di provvedimenti attributivi di vantaggi economici o di autorizzazione.

¹⁸² Sulla portata modernizzatrice e sulle ambizioni della riforma attuata con la l. 124 del 2015 (c.d. Riforma Madia) v. RAMAJOLI M., *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2016, 347.

¹⁸³ Sull'estensione delle competenze e l'incisività del potere di inchiesta del Mediatore Europeo si rimanda a CRAIG P., *European Administrative Law*, Oxford, 2012, 761, per cui «It seems however difficult to deny that the Ombudsman has contributed towards improving the protection of citizen's rights and interests in the Union space and has fostered the fashioning of a healthier administrative ethos for supranational governance.» Per un efficace resoconto del complesso delle attività del Mediatore Europeo si rimanda alle relazioni annuali al Parlamento Europeo, pubblicate e disponibili all'indirizzo www.ombudsman.europa.eu.

¹⁸⁴ v. RAMAJOLI M., *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2016, 347, per cui «ineliminabile nella struttura del diritto amministrativo è la duplicità di punti di vista ordinanti: la prospettiva dell'interesse pubblico istituzionalmente perseguito dall'amministrazione come interesse

affermare che non rilevi più soltanto la natura pubblicistica dell'interesse perseguito dall'autorità, cristallizzata nella legge che prevede il potere amministrativo, ma che debba rinvenirsi una ulteriore giustificazione dell'esercizio della funzione amministrativa, che ne sorregga il potenziale effetto lesivo delle posizioni giuridiche degli individui¹⁸⁵.

In un tale approccio si rinviene una volontà di riaffermare le libertà individuali rispetto all'azione amministrativa, e ciò è ancora più evidente se si guarda alle amministrazioni comunitarie. In primo luogo considerando il *deficit* di legittimazione che caratterizza l'azione amministrativa direttamente esercitata da organismi sovranazionali, su cui si tornerà in seguito, ancora in virtù delle più ampie necessità di concertazione che l'esecuzione accentrata del diritto comunitario può comportare a causa del diverso adattamento ai singoli ordinamenti giuridici nazionali.

Se dunque la *policy* è definita per interessi, che a livello sovranazionale sono rappresentati dagli obiettivi dell'Unione, come ordinamento dotato di fini particolari e non generali¹⁸⁶, la fissazione di garanzie procedurali appare una forma di protezione indispensabile¹⁸⁷.

qualitativamente superiore agli interessi dei singoli e la prospettiva dello Stato di diritto che impone la garanzia degli interessi dei singoli in quanto tali, anche di fronte all'interesse pubblico.»

¹⁸⁵ v. ROMANO TASSONE A., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. Amm.*, 4, 2013, 559 illustra le ragioni di quella dottrina per cui la distinzione tra attività pubblica e privata possa individuarsi nella mera distinzione degli interessi tra privati e «di eminente rilievo collettivo»; L'Autore riconosce poi in conclusione una sostanziale omogeneità giuridica tra le categorie del potere pubblico e di quello privato, salvo poi ritenere ancora utile la distinzione sotto il profilo del differente tipo di legittimazione su cui si fondano.

¹⁸⁶ Il riparto di competenze tra l'Unione Europea e gli Stati membri risulta fondato sul principio delle competenze per attribuzione, ove ciò che non è espressamente previsto dai trattati resta di competenza degli Stati membri, come ribadito negli art. 4 e 5 par. 2 TUE; v. CRAIG P. DE BÛRCA G., *EU Law. Text cases and materials*, Oxford, sesta edizione, 2015, 74, ss. Il dibattito in ordine alla vocazione federalista o meno dell'Unione resta tuttavia aperto, nonostante la netta battuta d'arresto rappresentata dal fallimento del progetto di Costituzione per l'Europa e, di recente, dall'attivazione della procedura di cui all'art. 50 TFUE da parte del Regno Unito. Come rileva OETER S., *Federalism and Democracy*, in VON BOGDANDY A. BAST J. (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, seconda edizione, 2010, 59, «the de facto “Constitution” of the European Community (and of the Union) contains features of a hybrid system. As a treaty community founded by a treaty of public international law, the Community displays strong traits of a confederal, “unional” arrangement and of a functional community with limited purposes.»; v. in generale sulle ambizioni e finalità dell'Unione come comunità di diritto HALTERN U., *On finality*, in VON BOGDANDY A. BAST J. (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, seconda edizione, 2010, 205.

¹⁸⁷ ROMANO TASSONE A., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, *op. cit.*, 565 sottolinea il collegamento tra l'effettiva funzionalità di un atto amministrativo all'interesse pubblico corrispondente ed una serie di valori procedurali, che assicurano appunto il corretto svolgersi della «funzione», tra cui si evidenzia in modo sempre più incisivo il contraddittorio con gli interessati. In particolare sottolinea che «la funzionalità dell'atto agli interessi in gioco non è quasi mai implicita e scontata nella provenienza dell'atto stesso dal soggetto a ciò titolato, ma esige anche, e talvolta con assoluta prevalenza, una evidenza oggettiva, fornita per lo più dall'articolarsi del procedimento di formazione della decisione, ora considerato in sé e per sé, per il suo solo “esserci”, ora considerato nella sua concreta rispondenza quanto meno ad alcuni requisiti di base, ritenuti di particolare pregio e significato (tra i quali, ormai sempre più spesso: il contraddittorio con e tra gli interessati)».

In conclusione, sembra prendere sempre più piede una «concezione relazionale» del diritto amministrativo, che si manifesta attraverso forme di amministrazione concordata, specializzata e sempre più attenta agli interessi degli individui e degli *stakeholders*¹⁸⁸.

Nei paragrafi che seguono si intende mostrare come questo processo possa in concreto osservarsi nelle amministrazioni comunitarie, in principio evidenziando i rischi e i problemi che comporta l'eccessiva frammentazione che attualmente le caratterizza ed in seguito argomentando in merito all'importanza del ruolo che esercita la revisione amministrativa degli atti in termini di equilibrio del sistema, in particolare a potenziamento della legittimazione formale su cui tali amministrazioni necessitano di fondare i propri poteri.

3. *La diffusione dei ricorsi amministrativi nelle amministrazioni decentrate dell'Unione Europea*

3.1 *Il modello delle agenzie europee*

L'interesse ai ricorsi amministrativi atipici ed ai modelli di tutela giustiziale non è estraneo, come si è tentato di mostrare, al dibattito interno, ed esso sembra vivere recentemente una stagione di rinnovato interesse da parte della dottrina; tuttavia, volgendo lo sguardo alla legislazione ed alla prassi corrente nelle amministrazioni, come sarà meglio specificato in seguito, l'applicazione e l'effettività di tali rimedi rimane marginale e connotata da estrema frammentazione, nonostante l'interesse a volte mostrato anche in sede istituzionale ad un riordino ed una razionalizzazione della disciplina in materia¹⁸⁹.

La prospettiva muta qualora si rivolga invece lo sguardo all'organizzazione dei diversi organi che potrebbero definirsi *lato sensu* amministrativi all'interno delle istituzioni comunitarie, in cui sono spesso previsti procedimenti di revisione interna degli atti amministrativi, organizzati per la maggior parte secondo lo schema di massima del ricorso amministrativo atipico, in cui non

¹⁸⁸ Si vedano in generale le considerazioni di VON BOGDANDY A., *Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum*, in VON BOGDANDY A., CASSESE S., HUBER P. M., *Ius Publicum Europaeum Handbuch*, vol. IV, Heidelberg, 2011, 4. Come avverte VAN DE BERGE L., *The relational turn in Dutch administrative law*, in *Utrecht law review*, 1, 2017, 100, dietro questa tensione si annida il pericolo di costruire, senza una base teorica di riferimento, una serie di istituti che risultano poi sbilanciati e slegati dal contesto generale dell'ordinamento. L'autore fa riferimento in particolare al mutamento dell'oggetto del ricorso amministrativo dalla tutela della legalità in astratto a quella di tutela della posizione del singolo, attuata con la legge generale sul diritto amministrativo (GALA) dei Paesi Bassi nel 1994.

¹⁸⁹ Si fa riferimento alle sollecitazioni contenute negli studi della Commissione Cassese sulla riforma della Pubblica Amministrazione del 1994, in particolare nel V volume dedicato alla giustizia nell'amministrazione, per cui v. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI – DIPARTIMENTO PER LA FUNZIONE PUBBLICA, *La riforma della Pubblica Amministrazione*, V (la giustizia nell'amministrazione), Roma 1994.

sussiste una relazione né di gerarchia né di identità tra l'autorità decidente e l'autorità «parte» della controversia¹⁹⁰.

La peculiare architettura di cui si compongono le istituzioni europee, ed il panorama variegato di quelle a cui sono affidate funzioni esecutive, impongono distinzioni e scoraggiano qualsiasi generalizzazione delle conclusioni ottenute, che potrebbero essere suscettibili di applicazione solo a casi specifici; ciò nonostante pare possibile individuare alcuni modelli fondamentali, a partire dai quali ricavare principi e modalità organizzative fondamentali per descrivere, in generale, come dovrebbe realizzarsi una efficiente ed effettiva revisione giustiziale dei provvedimenti, e quali particolari interessi – di natura procedimentale ma anche sostanziale, come si cercherà di argomentare – essa dovrebbe mirare a tutelare.

Tra i differenti enti che svolgono funzioni amministrative a livello europeo, il caso delle agenzie, in particolare quelle c.d. di regolazione¹⁹¹, appare il più interessante al fine di evidenziare il ruolo fondamentale che esercitano al loro interno gli organismi aventi funzioni propriamente giustiziali. Le agenzie europee sono state definite in linea generale come organi permanenti e relativamente indipendenti, muniti di personalità giuridica, istituiti dal diritto derivato dell'Unione e incaricati di specifici obiettivi¹⁹². La definizione appare di natura generalissima, scarsamente descrittiva della mutevole realtà delle agenzie, per cui la dottrina, piuttosto che sforzarsi nel tentativo di elaborare definizioni più puntuali, si è concentrata nell'analizzare le diverse qualità che le accomunano. Si è fatto riferimento soprattutto alle esigenze di competenza tecnico-specialistica¹⁹³ e di indipendenza¹⁹⁴ dal controllo politico e degli operatori del settore di volta in volta oggetto dell'attività dell'agenzia¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Per una diffusa rassegna degli strumenti di tutela amministrativa nelle istituzioni comunitarie può rinviarsi a DE LUCIA L., *I ricorsi amministrativi nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2013, 363.

¹⁹¹ La Commissione Europea, nella prima comunicazione tesa a fare chiarezza sul ruolo istituzionale delle Agenzie distingue tra agenzie «esecutive», alle quali la Commissione delega delle competenze di mera esecuzione, per esigenze di specializzazione, e agenzie di «regolazione», istituite con atti legislativi, a cui sono delegate funzioni amministrative e normative di regolazione all'interno di specifici settori direttamente dai regolamenti istitutivi, v. *Communication from the Commission, The operating framework for the European Regulatory Agencies*, COM(2002) 718, 3, v. anche HOFMANN H. C. H., *Agency design in the European Union*, in *Windsor Yearbook to Access to justice*, 28, 2010, 313. Per recenti opere di carattere monografico sulle agenzie europee, che danno conto delle differenti classificazioni proposte in dottrina, si può far riferimento a CHAMON M., *EU Agencies: legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford, 2016 e TOVO C., *Le agenzie decentrate dell'Unione Europea*, Napoli, 2016.

¹⁹² GRILLER S. ORATOR A., *Everything under control? The way forward for European Agencies in the footsteps of the Meroni doctrine*, in *European Law Review*, 10, 2010, 7.

¹⁹³ In dottrina si è tentato di giustificare la costituzione di agenzie specializzate al fine di espandere la capacità di regolazione dell'UE ed allo stesso tempo consentire alla Commissione di concentrarsi nelle proprie competenze di

Inoltre, valorizzando un diverso profilo, è stato sostenuto che esse siano forme di amministrazione transazionale in grado di integrare le amministrazioni nazionali nell'attuazione del diritto comunitario e di fornire strutture di cooperazione tra i livelli nazionale e sovranazionale¹⁹⁶.

Può ritenersi dunque che non esista ancora allo stato una formula definitoria, se non eccessivamente ampia, in grado di sintetizzare il ruolo delle agenzie europee e in grado di esaurire le peculiarità e le profonde differenze che caratterizzano i numerosi enti suscettibili di rientrare nella medesima categoria¹⁹⁷.

3.2 La delegazione di poteri alla luce dei Trattati: ha ancora senso la dottrina «Meroni»?

Tuttavia, la proliferazione delle agenzie europee, in settori nei quali lo sviluppo del mercato unico richiede una sempre maggiore armonizzazione anche dell'azione amministrativa, è in corso da tempo e negli ultimi anni l'istituzione di nuovi enti si è dimostrata sempre più spesso una soluzione efficace rispetto alle esigenze di armonizzazione tra i sistemi nazionali degli Stati membri¹⁹⁸.

Nei Trattati istitutivi delle Comunità Europee non era espressamente ammessa – né esclusa – la possibilità di creare, attraverso atti legislativi o delegando poteri conferiti dal trattato, enti amministrativi nuovi e distinti dalle istituzioni ivi esplicitamente nominate.

Il fenomeno si è presto presentato all'attenzione della Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità o meno della eventuale delegazione di poteri amministrativi da parte della

policy-making e di pianificazione strategica a lungo termine v. DANIEL KELEMEN R., *The Politics of «eurocratic» structure and the new European Agencies*, in *West European Politics*, vol. 25, n. 4, 2002, 93.

¹⁹⁴ Sulla necessità delle agenzie di essere indipendenti non solo dalle altre istituzioni comunitarie ma anche dagli stati membri v. VOS E., *Independence, Accountability and Transparency of European Regulatory Agencies*, in GERARDIN D. MUNOZ R. PETIT N. (a cura di) *Regulation through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, 2005, 123 per cui «independence is generally considered to be free of both political and industry interests. In the Community context this also refers to national interests.»

¹⁹⁵ Tale considerazione viene innanzitutto dalla stessa Commissione Europea, che pone a fondamento stesso dell'istituzione delle agenzie la loro indipendenza, v. *Communication by the Commission, The operating framework for the European regulatory Agencies*, COM (2002) 718 final, 5.

¹⁹⁶ CHITI E., *Decentralisation and integration into the Community Administrations: a new perspective on European Agencies*, in *European Law Journal*, 10, 2004, 423.

¹⁹⁷ HOFMANN H. C. H., *Agency design in the European Union*, in *Windsor Yearbook to Access to justice*, 28, 2010, 311, con particolare riferimento al caso dell'istituzione delle Agenzie Europee di Vigilanza (ESA).

¹⁹⁸ *Contra* v. SCHOLTEN M. VAN RIJSBERGEN M., *The limits of Agencification in the European Union*, in *German law Journal*, *op. cit.*, 1255, per cui i risultati dell'attività di regolazione delle Agenzie europee non sono ancora stati sufficientemente provati, poiché le analisi della *performance* di tali enti non hanno ancora fatto emergere in modo evidente i segni di un impatto positivo, per cui «the underlying hypothesis of the theory of regulatory legitimacy must still be proven».

Commissione. I principi elaborati nel celebre caso *Meroni*¹⁹⁹, e ribaditi in negativo nella successiva sentenza *Romano*²⁰⁰, pur dettati nell'ambito di controversie particolari relative a fenomeni diversi dalle agenzie di regolazione, hanno rappresentato a lungo le basi su cui valutare la legittimità o meno dell'istituzione di nuove Agenzie. Nelle richiamate controversie la Corte di Giustizia sembra escludere la possibilità di delegare poteri esecutivi, se non rispettando una serie di requisiti, tendenti ad assicurare la responsabilità ultima della Commissione per l'operato degli organismi delegati, evitando pericolose zone franche sottratte tanto al controllo democratico quanto a quello giurisdizionale. Nel delineare tali condizioni, la Corte indica la necessità di delegare esclusivamente poteri effettivamente spettanti alla Commissione, ma non ad essa esplicitamente riservati, attraverso un meccanismo che impedisca l'esercizio di poteri effettivamente discrezionali all'organo delegato e ne assoggetti l'operato ad un controllo stringente da parte della Commissione²⁰¹; l'attività di organismi esecutivi sarebbe dunque ammissibile solo se circoscritta in tale spazio angusto.

Nonostante il legislatore europeo, ed anche parte della dottrina²⁰², continuano a riferirsi a tali conclusioni come a dei veri e propri vincoli invalicabili, tuttavia alcune più recenti analisi hanno colto, nell'osservazione del fenomeno della c.d. *agencification*²⁰³, elementi di discrepanza tra il

¹⁹⁹ Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sent. 13 giugno 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche S.p.A. contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, C-9-10/56.

²⁰⁰ CGUE, Sent. 14 maggio 1981, *Giuseppe Romano*, C-98/80, in cui la Corte di Giustizia ha ritenuto contraria al sistema del diritto comunitario la delegazione di poteri qualora essa comporti la possibilità di adottare decisioni ad effetti vincolanti per i privati da parte dell'ente delegato. Si ricorda che la decisione è stata resa durante la vigenza dei precedenti Trattati sulle Comunità Europee, da cui era impossibile dedurre la possibilità di operare un controllo giurisdizionale su un atto di un organo delegato. Ancora una volta emerge, come principio ispiratore del ragionamento della Corte, la necessità di assicurare una sufficiente garanzia di tutela giurisdizionale. Il quadro normativo di riferimento, in seguito all'approvazione del Trattato di Lisbona, appare sensibilmente modificato, come meglio si specificherà in seguito.

²⁰¹ Corte di Giustizia, *Meroni c. Alta Autorità*, C-10/56, per cui «le conseguenze di una delega di poteri sono molto diverse a seconda che essa riguardi dei poteri d'esecuzione nettamente circoscritti ed il cui esercizio può per ciò stesso venir rigorosamente controllato in base a criteri obbiettivi stabiliti dall'autorità delegante, oppure se trattasi di un potere discrezionale che comporti una ampia libertà di valutazione ed atto ad esprimere, con l'uso che ne viene fatto, una politica economica vera e propria. [...] L'art. 53 può comunque autorizzare deleghe di potere per l'attuazione dei meccanismi finanziari che esso prevede soltanto qualora esse siano necessarie «per l'esecuzione dei compiti enunciati nell'art. 3». Tuttavia tali deleghe possono aver tratto soltanto a poteri d'esecuzione ben definiti ed il cui esercizio stia sotto il pieno controllo dell'Alta Autorità.»

²⁰² VOS E., *Reforming the European Commission: What Role to Play for EU Agencies?*, in *Common Market Law Review*, 37, 2000, 1123, che in ogni caso sottolinea come il mutato quadro normativo conseguente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona possa giustificare un ampliamento dei limiti tracciati, in considerazione dell'esplicito riconoscimento del fenomeno della delegazione di poteri nell'ambito di diverse disposizioni dei Trattati, su cui si dirà anche in seguito.

²⁰³ La formula è utilizzata correntemente dalla dottrina per evidenziare la crescita esponenziale delle Agenzie negli ultimi decenni, per descrivere la quale si è fatto anche ricorso all'immagine di tre diverse "ondate", SCHOLTEN M. VAN RIJSBERGEN M., *The limits of Agencification in the European Union*, in *German law Journal*, op. cit., 1230 v.

modello di delegazione di poteri risultante da una stretta applicazione della dottrina *Meroni* e le effettive prerogative oggi spettanti alle agenzie nel sistema istituzionale dell'Unione.

Il valore attuale che tali principi possano ancora rivestire, alla luce dei mutamenti di scenario che si sono registrati nel corso dei decenni, è stato messo in dubbio sulla base di diverse ragioni²⁰⁴; se da un lato infatti si evidenzia quanto attualmente molte Agenzie siano istituite direttamente attraverso atti legislativi, e munite di poteri decisionali che difficilmente potrebbero definirsi non discrezionali, si sottolinea anche il diverso rapporto con la Commissione, che spesso è risolvibile maggiormente in termini di indipendenza piuttosto che di controllo²⁰⁵. Tali sviluppi sono inoltre oggi maggiormente contemplati nei trattati, che dedicano alle Agenzie una maggiore attenzione, seppure quasi sempre in maniera indiretta²⁰⁶. A ciò può aggiungersi che le conclusioni tratte esaminando un caso di delegazione di potere avvenuto nell'ambito del Trattato CECA, ormai non più in vigore, ed a favore di un ente di diritto privato, non dovrebbero ritenersi applicabili in modo così automatico ai più recenti casi di delegazione, in particolar modo per ciò che concerne quelle che si sono definite agenzie di regolazione, istituite con atti legislativi e dotate di personalità giuridica di diritto pubblico.

3.3 Equilibrio istituzionale e tutela giurisdizionale

Pur accedendo a tali critiche e non ritenendo che la «dottrina» *Meroni* sia ancora in grado di fornire un punto di riferimento decisivo e sufficientemente chiaro nel definire i confini attuali del fenomeno della delegazione di poteri, nondimeno si ritiene che i principi alla base del

anche HOFMANN H. C. H. MORINI A., *Constitutional aspects of the pluralisation of the EU Executive through "agencification"*, *Université du Luxembourg, Law working paper series* n. 01, 2012.

²⁰⁴ CHAMON M., *EU Agencies: does the Meroni doctrine make sense?*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 17, 2010, 281 ss. v. anche SCHOLTEN M. VAN RIJSBERGEN M., *The limits of Agencification in the European Union*, in *German law Journal*, *op. cit.*, 1249, che contrappone ai principi discendenti dai casi *Meroni* e *Romano* un nuovo approccio alla delegazione di poteri risultante dalla pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *ESMA Short selling*(C-217/12).

²⁰⁵ HOFMANN H. C. H., *Agency design in the European Union*, *op. cit.*, 321, sulle peculiarità dei requisiti di indipendenza delle agenzie, anche ai fini del rafforzamento del loro ruolo nel processo decisionale.

²⁰⁶ La stessa Corte di Giustizia ha riconosciuto un più ampio ruolo delle Agenzie all'interno del sistema dei Trattati dopo Lisbona, individuando le numerose previsioni in cui sono, seppure indirettamente, richiamate, nello specifico ritenendo che «pur essendo vero che i trattati non contengono alcuna disposizione che consenta di attribuire competenze a un organo o a un organismo dell'Unione, resta tuttavia il fatto che molte disposizioni del Trattato FUE presuppongono l'esistenza di una siffatta possibilità» v. CGUE *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, C-270/2012, c.d. caso *ESMA Shortselling*. In particolare si fa riferimento agli artt. 263, 265, 267 e 277 TFUE, che garantiscono la possibilità di esperire i diversi rimedi giurisdizionali anche nei confronti di tutti gli «organi» o «organismi» dell'Unione. Si è evidenziato come i Trattati si riferiscano alle Agenzie in un complesso di ventisette disposizioni, ma che, nonostante ciò, non si possa ritrovare allo stato una norma che ne autorizzi espressamente la creazione, v. SCHOLTEN M. VAN RIJSBERGEN M., *The limits of Agencification in the European Union*, *op. cit.*, 1247.

ragionamento della Corte siano da tenere in grande considerazione, se non altro perché riflettono le maggiori preoccupazioni che tale assetto organizzativo desta. Si fa riferimento ai principi di equilibrio istituzionale e controllo giurisdizionale, che dovrebbero assicurare la tenuta delle fondamentali garanzie dello Stato di Diritto nei rapporti tra privati e istituzioni comunitarie.

L'attuale dibattito dottrinario e istituzionale sulla natura ed il ruolo delle Agenzie, e più in generale sull'esecuzione del diritto comunitario, risulta dunque basato sulla medesima questione fondamentale che la Corte di Giustizia tentò di risolvere attraverso l'enucleazione dei principi *Meroni*, nonostante le modifiche apportate all'architettura dell'UE attraverso le successive modifiche ai Trattati. Preme infatti giustificare i poteri conferiti a questi organi – in via delegata con atti della Commissione, in caso di agenzie di esecuzione, o con atti legislativi in caso di agenzie di regolazione – alla luce di una visione complessiva dell'ordinamento costituzionale dell'Unione, riconducendone la portata ai vincoli imposti dai principi dello Stato di Diritto, primo tra tutti il controllo giurisdizionale sugli atti di esercizio del potere pubblico²⁰⁷.

Da un lato appare dunque a rischio l'integrità del sistema di poteri e di responsabilità all'interno dell'Unione, poiché frammentandone l'esercizio aumenta la dispersione dei centri decisionali. Se tale assetto può apparire in un certo senso endemico nell'amministrazione comunitaria, sviluppatasi in modo frammentario e disorganico, appare comunque necessario individuare con chiarezza il fondamento dell'effettivo potere decisionale dei singoli enti²⁰⁸, operazione non

²⁰⁷ Può ricordarsi quanto affermato dalla Corte di Giustizia, sent. 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores C-50/00*, sulla natura dello Stato di Diritto da intendersi non mero requisito formale e procedurale, bensì quale valore sostanziale, specificando che «lo Stato di Diritto implica che le istituzioni UE sono soggette al controllo giurisdizionale della conformità dei loro atti non solo rispetto ai Trattati, ma anche rispetto ai principi generali del diritto, di cui fanno parte senz'altro i diritti fondamentali». La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha riconosciuto fin da epoca risalente il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale contro gli atti della Pubblica Amministrazione, nella giurisprudenza *Heysel* (Corte di Giustizia, *UNECTEF c. Heylens*, C-222/86); tale principio, nell'interpretazione della pronuncia appena citata, è stato ritenuto un'evoluzione nel riconoscimento di una particolare rilevanza anche alle garanzie di natura procedimentale, come strumenti più efficaci per consentire l'effettivo esercizio dei diritti fondamentali dell'individuo, v. SCHWARZE J., *The procedural guarantees in the recent case law of European Community*, in *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Dordrecht, 1994, 495, ripreso da HARLOW C., *Codification of EC Procedures, fitting the foot to the shoe or the shoe to the foot?*, *op. cit.*, 5.

²⁰⁸ Si rimanda a quanto richiamato da SCHOLTEN M. VAN RIJSBERGEN M., *The limits of Agencification in the European Union*, *op. cit.*, in ordine alla necessità di individuare con chiarezza l'estensione dei poteri delle agenzie, anche da un punto di vista costituzionale, per ricondurre l'amministrazione dell'Unione al principio di legittimazione democratica. Sul punto e sulla scarsa, se non inesistente, influenza diretta dei cittadini, anche al di là del ruolo oggi svolto dai parlamenti nazionali, nelle decisioni riguardanti la delegazione di potere v. AUER K., *Democratic accountability and national Parliaments: redefining the impact of parliamentary scrutiny in EU affairs*, in *European Law Journal*, 13, 2007, 504, per cui «questioning governments on their past and future actions at the European level behind the closed doors of European Affairs Committees or in parliamentary working groups may well serve the

sempre semplice in virtù dei diversi tipi di collegamenti che possono intercorrere ad esempio tra Commissione, amministrazioni decentrate e Comitati.

Siccome un totale accentramento delle funzioni amministrative in capo ad un unico soggetto detentore del potere esecutivo e politicamente responsabile non sembra ipotizzabile²⁰⁹, anche in virtù delle limitate risorse finanziarie e della diversità dei compiti affidati, che spesso richiedono un alto grado di specializzazione tecnica, si ritiene indispensabile un rafforzamento della c.d. legalità procedimentale, al fine di ricercare un rapporto più stretto tra l'esercizio del potere e gli amministrati anche al di fuori del controllo politico.

Dall'altro la garanzia di revisione giurisdizionale rappresenta un principio irrinunciabile dello Stato di Diritto, per cui la maggiore preoccupazione dei giudici e degli interpreti dovrebbe essere di ricercare sempre una strada efficace per garantire una protezione effettiva dei diritti degli individui²¹⁰.

Il dibattito in ordine alla legittimità della delegazione di potere e dell'istituzione delle Agenzie fa comprendere quali e quanto intense siano le implicazioni in materia di legittimazione e di *accountability* relative al loro ruolo nel panorama delle istituzioni europee²¹¹. Tuttavia è innegabile quanto il numero delle Agenzie sia aumentato negli ultimi anni – con la

influence and control of parliament as the government's principal, but it severs a link in the chain of accountability by cutting off the ultimate principals, the citizens.»

²⁰⁹ Il riferimento è al sistema di *governance* multi-livello, in cui possono ritrovarsi numerosi limiti alla capacità della Commissione Europea di agire quale centro effettivo dell'azione politica ed amministrativa dell'UE, v. KASSIM H., *Revisiting the "management deficit": can the Commission (still not) manage europe?*, in ONGARO, E., *Multi-Level Governance: The Missing Linkages*, Bingley, 2015, 28, per cui «although the centrality of the European Commission to policy and policy making in the EU system has rarely been in doubt, the organization's capacity in a complex multi-level polity to carry out the executive and managerial responsibilities entrusted to it by the founding treaties has regularly come under scrutiny. While highlighting the scale of the task of managing relationships with diverse actors at multiple territorial levels, academic observers and commentators from inside the organization have underlined weaknesses in the internal operation of the Commission that inhibit its ability to perform this key administrative function.»

²¹⁰ Come principio nel diritto comunitario affermato a partire dalla storica sentenza *Les Verts*, sentenza 23 aprile 1986, C-294/83, per cui la Comunità europea è una Comunità di diritto e il Trattato ha istituito un sistema complesso di strumenti di ricorso e di procedure inteso ad affidare alla Corte il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni; il principio viene costantemente richiamato a fondamento dell'estensione del sindacato giurisdizionale sugli atti di tutte le istituzioni europee, comprese le agenzie dotate di poteri delegati, cfr. Tribunale di Primo Grado, sentenza 31 marzo 2011, *Repubblica Italiana c. Comitato economico e sociale europeo (CESE)*, T-117/08, 8 ottobre 2008, T-411/06, sentenza 8 ottobre 2008 *Sogelma c. AER*, paragrafo 36, e sentenza 2 marzo 2010, *Evropaiki Dynamiki c. EMSA*, T-70/05. In dottrina, per la sussistenza di una nozione di «Stato di Diritto» intesa in senso sovranazionale, capace di imporsi anche sui singoli ordinamenti nazionali per assicurare i diritti fondamentali ed il sindacato del giudice sulle decisioni amministrative potenzialmente incisive su di essi v. BIN R., *Stato di diritto*, in *Enc. Dir., Ann. IV*, Milano, 2011.

²¹¹ Con riferimento alla c.d. *governance* multi livello, ed alla presenza di differenti arene all'interno delle quali si articola il processo decisionale, specializzate e non legate da vincoli di gerarchia, v. PAPADOPOULOS Y., *Problems of Democratic Accountability in Network and Multilevel Governance*, in *European Law Journal*, 13, 2007, 469.

corrispondente espansione dei poteri amministrativi ad esse affidati in numerosi settori – e come a queste si sia spesso accompagnata la previsione di strumenti di tutela giustiziale.

3.4 La recente diffusione delle agenzie di regolazione: la costruzione dell'Unione Bancaria ed il sistema di ricorsi amministrativi nel settore della vigilanza bancaria

Come esempio dello sviluppo delle amministrazioni decentrate si vuole portare il caso della costruzione della c.d. Unione Bancaria che, a partire dalle prime manifestazioni della crisi finanziaria nel 2008²¹², ha portato alla creazione di numerosi organi, meccanismi, e agenzie²¹³. I problemi e gli interrogativi che si sono posti in relazione alla repentina messa a punto di un apparato amministrativo di tale entità risultano un efficace banco di prova per testare l'efficacia e l'effettività della tutela dei rimedi giustiziali nel contesto europeo.

Le agenzie create nel 2010, con funzioni corrispettive a quelle dei comitati ad esse preesistenti²¹⁴, si inseriscono in un quadro generale molto articolato, organizzato secondo tre pilastri, all'interno dei quali si dividono le funzioni di vigilanza prudenziale, gestione delle crisi bancarie e garanzia dei depositi²¹⁵.

Tale complessa operazione normativa ha portato poi al sovvertimento di un sistema amministrativo basato sul mutuo riconoscimento, ritenuto insoddisfacente proprio alla prova delle conseguenze negative di rilievo sistematico intervenute alla crisi finanziaria, ed alla costruzione

²¹² Sulla costruzione dell'Unione Bancaria la bibliografia è molto ampia, dato il grande dibattito che ha suscitato sotto vari profili. Come opera ricostruttiva, che ne ripercorre le basi e le radici, v. BOCCUZZI G., *The European Banking Union. Supervision and Resolution*, Palgrave MacMillan Publisher, Houndmills, 2016 e la bibliografia ivi citata. Per una descrizione dell'architettura normativa ed amministrativa v. LAMANDINI M., *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 4, 2015, 423. Si vedano inoltre i contributi presenti in D'AMBROSIO R., *Scritti sull'Unione Bancaria, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n 81, 2016. Per la particolare rilevanza dell'Unione Bancaria nel processo di «neutralizzazione» dell'indirizzo politico per le scelte relative al mercato v. SICLARI D., *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla neutralizzazione dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, 189 e ss.

²¹³ I regolamenti 1093, 1094 e 1095 del 2010 hanno istituito rispettivamente l'Autorità Bancaria Europea (EBA) l'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (ESMA) e l'Autorità Europea delle Assicurazioni e delle Pensioni aziendali o professionali (EIOPA), coordinate attraverso un Comitato Congiunto, che esercita competenze di indirizzo, ed una Commissione di Ricorso unica.

²¹⁴ Le prime proposte di «rinforzare» il ruolo dei Comitati tecnici operanti nel settore bancario a livello europeo sono emerse già nel c.d. «Rapporto Lamfalussy», che si pone come primo tassello nel percorso verso l'Unione Bancaria, come rileva BOCCUZZI G., *The European Banking Union. Supervision and Resolution*, *op. cit.*, 25, per cui in tale fase «there was some criticism about the functioning of the different levels and how they interacted. Some revisiting was considered in order to enhance the technical contribution of the level-three Committees (that is, majority voting, and strengthening its legal status and mandate). Some extreme proposals included the transformation of the Committees into agencies as a first step towards the centralisation of supervisory functions at the European level».

²¹⁵ BOCCUZZI G., *The European Banking Union. Supervision and Resolution*, *op. cit.*, 4 e ss., descrive l'architettura in tre pilastri ed il ruolo di single rulebook come unico corpo di norme e regolamenti in materia di vigilanza bancaria finanziaria e assicurativa.

di un apparato verticalmente integrato, in grado di prevenire in maniera più efficace rischi alla stabilità del sistema e di gestire i rapporti con i gruppi e le imprese bancarie e finanziarie che operano su scala transnazionale.

Per realizzare tali scopi si è ritenuto da un lato di accentrare alcune competenze di vigilanza affidandole alla Banca Centrale Europea – esclusivamente per i paesi che adottano l'euro come moneta nazionale, e non senza suscitare un dibattito in merito alla compatibilità di questa opzione con l'attuale formulazione dei Trattati – dall'altro di creare una serie di agenzie specializzate per l'elaborazione di norme tecniche, *standards* e *guidelines* in grado di fornire una guida per l'operato delle singole autorità di vigilanza nazionali, anche al di fuori dell'«area euro»²¹⁶.

In relazione ai diversi tipi di poteri conferiti alle autorità, il legislatore europeo ha disegnato differenti meccanismi di revisione giustiziale delle controversie, tenendo sempre ferma la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale successiva.

Il meccanismo di revisione istituito presso la BCE, attraverso una Commissione Amministrativa di Riesame incaricata di fornire una opinione su eventuali doglianze presentate contro i provvedimenti adottati in materia di vigilanza, potrebbe definirsi il meno incisivo, poiché non è previsto alcun potere di adottare una soluzione vincolante per le parti. L'opinione espressa dalla Commissione può vertere nel senso di conservare il provvedimento impugnato, di ritirarlo o di apportarvi modifiche, ma in ogni caso la decisione finale è rimessa al Comitato esecutivo della BCE, che resta l'unico soggetto abilitato, alla luce delle stringenti previsioni dei Trattati²¹⁷, ad

²¹⁶ LAMANDINI M., *Il diritto bancario dell'Unione*, op. cit., 427, evidenzia come la scelta di ricorrere all'art. 114 TFUE come base giuridica per la costruzione dell'Unione Bancaria sia stata ritenuta non percorribile in quanto difficilmente si avrebbe potuto giustificare l'attribuzione di poteri rilevanti ad agenzie decentrate; secondo l'Autore tale preoccupazione «ha significativamente influito nella scelta, qualche anno dopo, della diversa base giuridica dell'art. 127 TFEU per l'istituzione del sistema unico di vigilanza in capo alla BCE, malgrado tale diversa base giuridica — pur avendo il pregio, politicamente assai apprezzabile nell'attuale contingenza, di consentire l'istituzione dell'Unione bancaria su base geografica più ristretta, confinata ai paesi dell'Eurosistema — evidenziasse altri limiti. Non consentiva infatti di estendere il meccanismo di vigilanza alle assicurazioni, costringeva ad accentrare presso l'autorità monetaria competenze di vigilanza micro e macro prudenziale tra loro in potenziale conflitto, rendendo così necessario definire una più articolata, e per vero alquanto “bizantina”, architettura di *governance* della BCE, non consentiva la devoluzione alla BCE di tutte le funzioni ma solo di “specifici compiti” e presentava comunque talune incognite in relazione alla sua compatibilità con l'art. 65(1)(b) TFEU e con il principio di sussidiarietà (specie una volta che risultò chiaro l'intendimento di attrarre entro la competenza “esclusiva” della BCE anche le banche “non significative”)».

²¹⁷ Ai sensi dell'artt. 9 e 129 TFUE gli organi decisionali della BCE sono soltanto il Consiglio Direttivo ed il Comitato esecutivo, per cui al fine di consentire ad un organo di ricorso la possibilità di incidere sui provvedimenti emessi dal Comitato Esecutivo sarebbe stata necessaria una modifica dei Trattati. Sul punto v. BRESCIA MORRA C., *The administrative and judicial review of decisions of the ECB in the supervisory field*, in D'AMBROSIO R. (a cura di), *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia. Scritti sull'Unione Bancaria*, Banca d'Italia, Roma, 81, 2014, 114, per cui «The governance structure of the ECB in the banking field is due, on the one hand, to the need to provide tools to address potential conflicts of interest between monetary policy and banking

emanare atti vincolanti all'interno della BCE. Il ricorso giurisdizionale è sempre proponibile sul provvedimento originario, mentre l'opinione della Commissione di riesame, non producendo alcun effetto vincolante, non è impugnabile.

Diverso è il meccanismo previsto per le altre agenzie – Autorità Bancaria Europea (EBA), Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA), e Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA) – operanti nel Sistema Europeo di Vigilanza finanziari (ESFS), essenzialmente dovuto alle peculiari competenze di tali agenzie, ed alla stretta cooperazione che dovrebbe caratterizzare la loro attività²¹⁸.

EBA, ESMA ed EIOPA infatti svolgono un ruolo per la maggior parte consultivo e di supporto tecnico, fondato sulla competenza specialistica nei singoli settori di competenza, ma dispongono di strumenti vincolanti per risolvere eventuali conflitti tra autorità nazionali e per imporre una linea unitaria nella definizione delle questioni particolarmente controverse. In tali casi, i regolamenti istitutivi prevedono infatti il potere di adottare atti direttamente efficaci nei confronti delle autorità nazionali e, di conseguenza, dei privati interessati²¹⁹. Contro tali atti è possibile proporre ricorso ad una Commissione di ricorso congiunta, che può annullare la decisione ma non può assumerne una diversa, dovendo dunque rimandare il caso all'autorità decidente, che risulta tuttavia vincolata dai rilievi mossi dalla Commissione.

Una disciplina simile è prevista per la Commissione per i Ricorsi prevista nell'ambito del Meccanismo di Risoluzione Unico; l'art. 85 del Regolamento istitutivo (Reg. UE 806/2014) dispone infatti che è costituita una Commissione per i Ricorsi a cui possono rivolgersi i soggetti destinatari o direttamente ed individualmente lesi dagli atti adottati dal Comitato di Risoluzione Unico, in esecuzione dei poteri ad esso conferiti nelle procedure di risoluzione degli istituti di credito e degli altri enti soggetti all'applicazione del Regolamento.

supervision, and, on the other hand, to the regulatory constraints imposed by the Treaty which identifies the Governing Council as the only decision-making body of the ECB».

²¹⁸ Sulle ragioni della costruzione di un meccanismo così complesso e sull'importanza della coordinazione tra agenzie, anche al fine di rendere più effettiva la loro azione e più autorevole la loro influenza v. CHIU I.H.Y., *Power and accountability in the EU financial regulatory architecture: examining inter-agency relations, agency independence and accountability*, in *European journal of legal studies*, 8, 2015, 84 ss.

²¹⁹ Nel caso in cui le agenzie europee detengono competenze di coordinamento tra autorità nazionali, come ad esempio accade per le Autorità di Vigilanza Europee (ESA, con acronimo inglese), che possono segnalare potenziali violazioni del diritto europeo e, in casi di necessità, intervenire provvedendo in via immediata e con effetti vincolanti (art 18 dei Regolamenti istitutivi delle tre agenzie).

La Commissione dispone del potere di annullare gli atti del Comitato di Risoluzione Unico, nel caso in cui li riconosca viziati, e li rinvia a quest'ultimo per l'adozione di una nuova decisione, che tenga conto dei rilievi operati in sede di riesame giustiziale²²⁰.

Pare possibile dedurre alcune tendenze dall'esame, per quanto sommario, dei meccanismi di tutela giustiziale adottati per la costruzione dell'Unione Bancaria; in primo luogo, si nota come sempre più di frequente il legislatore europeo intende realizzare una più efficace cura dell'interesse pubblico di rilievo comunitario – nel caso di specie l'interesse alla base della disciplina della vigilanza prudenziale ovvero quello alla stabilità del mercato del credito ed alla sana e prudente gestione degli intermediari finanziari – attraverso una maggiore integrazione tra amministrazioni e centralizzando i poteri di vigilanza e di applicazione della normativa comune per l'intera Unione; inoltre si può evidenziare come, sebbene sotto diverse forme, ogni nuovo «centro di potere» sorto nel processo di «espansione» del diritto comunitario sia stato accompagnato dalla predisposizione di uno speciale rimedio giustiziale, ed in ciò può vedersi un chiaro sintomo della fiducia nell'efficacia di tali strumenti se associati all'attività amministrativa di regolazione.

Si sottolinea infine che l'operatività delle Commissioni di ricorso è limitata a specifici provvedimenti, individuati nei regolamenti istitutivi in base alla loro capacità di incidere direttamente su posizioni giuridiche individuali, e che tale caratteristica possa concorrere a dimostrare che l'opera di revisione sia concepita principalmente come strumento aggiuntivo di protezione degli interessi dei privati, e non come un controllo generale di legalità o di opportunità²²¹.

4. La specializzazione nell'amministrazione come strumento di armonizzazione nella fase esecutiva del diritto europeo

L'esempio del rapido sviluppo dell'Unione Bancaria, nei suoi differenti «pilastri», può aiutare a comprendere il livello di pervasività a cui è giunta l'applicazione diretta del diritto comunitario da parte degli enti sovranazionali, e la progressiva erosione del principio di amministrazione

²²⁰ Reg. (UE) 806/2014 art. 85 par. 8.

²²¹ Per un'analisi delle specificità che presentano le Commissioni di Ricorso delle ESA v. MAGLIARI A., *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2016, 1331 e ss.; cfr. anche le considerazioni contenute in CHIRULLI P. DE LUCIA L., *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, op. cit., 1338 e ss. sul ruolo dei ricorsi amministrativi, non limitate al settore della vigilanza bancaria.

decentrata che dovrebbe fondare il riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri; non deve tuttavia trascurarsi inoltre quanto numerosi e diversi siano i modelli attraverso cui si esercita l'attività amministrativa in esecuzione del diritto comunitario, che hanno diversi impatti ed influenze sugli apparati amministrativi nazionali.

L'esercizio di funzioni amministrative in esecuzione del diritto dell'Unione Europea offre un vivacissimo quadro sui meccanismi della specializzazione organizzativa²²², che è il frutto del sistema delle competenze di attribuzione e della storica assenza di un vero «esecutivo» comunitario²²³.

Le Comunità Europee in origine erano state concepite essenzialmente come uno strumento di ravvicinamento delle legislazioni, al fine principale di costruire un mercato unico effettivamente concorrenziale. La realizzazione di tale scopo avrebbe dovuto implicare il rispetto di un modello di amministrazione indiretta²²⁴, dove il legislatore comunitario si limita a perseguire l'armonizzazione delle discipline nazionali attraverso la previsione di norme uniformi, le quali andranno applicate dalle singole amministrazioni nazionali nel rispetto della loro discrezionalità e sotto la vigilanza della Commissione. L'idea originaria di istituire la Commissione come un garante della corretta esecuzione del diritto comunitario e concepire la sua attività come un controllo sull'applicazione delle norme europee, attraverso la procedura d'infrazione oggi disciplinata dall'art. 258 TFUE, piuttosto che come esecutrice diretta delle politiche sovranazionali²²⁵, appare perciò coerente con una impostazione dell'integrazione tra gli ordinamenti europei che si potrebbe qualificare «normativa», e non «amministrativa»²²⁶.

Frutto di tale originaria concezione, e del suo riflesso sull'organizzazione amministrativa, appaiono senza dubbio i principi elaborati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Meroni*, che dovrebbero rappresentare ancora oggi il principale *test* di ammissibilità per l'istituzione di

²²² Alla specializzazione dell'amministrazione europea fanno espressamente riferimento CHIRULLI P. DE LUCIA L., *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, op. cit., 1342; sulla correlazione tra specializzazione delle amministrazioni comunitarie e la costruzione di sistemi di rimedi amministrativi autonomi v. MAGLIARI A., *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto*, op. cit., 1355.

²²³ Si rimanda alle considerazioni di CHITI M. P., *L'organizzazione amministrativa*, in CHITI M. P. e GRECO G. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 182.

²²⁴ CHITI E., *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002, 5 ss.

²²⁵ cfr. ZILLER J., *L'amministrazione europea: ancora così snella?*, in MARCHETTI B. (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 3 e ss., sulle trasformazioni che ha subito l'amministrazione europea, in relazione alla sua capacità di svolgere in maniera efficiente i compiti a cui è preposta, in seguito al Trattato di Lisbona.

²²⁶ Sulla nozione di «governance amministrativa» come chiave di lettura dei rapporti tra istituzioni comunitarie e Stati membri si veda la ricostruzione, anche storica, di LINDSETH P., *Power and Legitimacy*, Oxford, 2010, 33 ss.

organismi aventi personalità giuridica diversi dalle istituzioni previste nei trattati e muniti di poteri delegati.

Tuttavia un assetto rigidamente impostato sull'amministrazione indiretta non ha retto all'ampliamento dei settori di competenza comunitaria e alla sempre più forte necessità di organismi in grado di garantire un'alta specializzazione tecnica a livello europeo²²⁷, che ha consentito lo sviluppo di differenti modelli amministrativi nel momento in cui gradualmente si manifestava l'esigenza di una diversa organizzazione, che includesse l'intervento diretto di un apparato burocratico centralizzato o il coordinamento tra procedimenti tra il livello comunitario e quello nazionale. La dottrina ha individuato distintamente, tra i modelli ulteriori sviluppatisi parallelamente a quello «ordinario» di amministrazione indiretta, la «coamministrazione», l'amministrazione coordinata (c.d. *networking*) e l'amministrazione diretta da parte di organi comunitari²²⁸.

Intorno ai problemi originati da ogni singolo modello, legati alla legittimazione dell'influenza delle istituzioni comunitarie, al difficile coordinamento tra le diverse amministrazioni ed all'individuazione del potere essenzialmente esercitato, anche ai fini di stabilire il giudice competente per l'impugnazione²²⁹, sorgono ulteriori e diverse questioni se l'istituzione al centro

²²⁷ CRAIG P., *European Administrative Law*, op. cit., 57, delinea un ampio insieme di settori in cui si articola l'amministrazione direttamente gestita a livello europeo (*centralized management*), dove l'esercizio di potere discrezionale è riservato alla Commissione; all'interno di questo insieme possono ritrovarsi casi in cui la concreta attuazione del procedimento sia poi messa a punto servendosi degli apparati nazionali o interamente da parte di istituzioni comunitarie. In tal caso può parlarsi di amministrazione centralizzata diretta. Cfr. ZILLER J., *L'amministrazione europea: ancora così snella?*, op. cit., 10, che specifica come la natura delle diverse competenze non dovrebbe avere di per sé un impatto sul sistema amministrativo, e che dunque non dovrebbe esistere una correlazione obbligata tra la natura esclusiva o concorrente delle competenze normative e le relative competenze amministrative dirette o indirette.

²²⁸ Per un riferimento sintetico alle varie tipologie di amministrazione in relazione alle implicazioni in materia di tutela giurisdizionale v. DE LUCIA L., *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, in CHITI M. P. NATALINI A., *Lo Spazio Amministrativo Europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il trattato di Lisbona*, Bologna, 2012, 355 ss.; in particolare sul meccanismo della coamministrazione v. FRANCHINI C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1992 e dello stesso autore *La Commissione delle Comunità Europee e le amministrazioni nazionali: dall'ausiliarità alla coamministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 669; sulle reti di amministrazioni, ed in sintesi sulle tendenze della regolazione a livello europeo v. TORCHIA L., *La regolazione indipendente a livello europeo. I nuovi organismi di settore*, in BILANCIA P. (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Milano, 2012, 257 ss.; sull'architettura dell'amministrazione congiunta può rimandarsi a JANSEN O. SCHONDORF-HAUBOLD B. (a cura di), *The European Composite Administration*, 2011, e CRAIG P., *European Administrative Law, Shared management*, Oxford, 2012, 79 ss.

²²⁹ DE LUCIA L., *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, op. cit., solleva numerose questioni che sorgono in relazione alla tutela giurisdizionale nei confronti dei procedimenti amministrativi compositi. Un caso particolare, in relazione al difetto di impugnabilità di atti infra-procedimentali, è descritto in VAN RIJSBERGEN M., SCHOLTEN M., *ESMA Inspecting: The implications for judicial control under shared enforcement*, in *European Journal of risk regulation*, 3, 2016, 569.

dell'azione amministrativa congiunta di Stati membri e istituzioni UE sia un'agenzia esecutiva, separata dalla Commissione ma priva di autonomo potere decisionale, o di regolazione, dotata di personalità giuridica e istituita mediante atto legislativo a cui sono conferite e delegate specifiche funzioni.

Tale assetto seppure impatta con la struttura che si vorrebbe generalmente concentrata nella Commissione²³⁰ delle funzioni esecutive del diritto comunitario, tuttavia appare ormai ammissibile e sempre più utilizzato, anche al fine di razionalizzare la diversa gestione degli Stati membri. Può farsi ancora l'esempio delle *European Supervisory Authorities* (ESA), costruite per sopperire alle carenze del principio dell'*home country control* – un meccanismo basato essenzialmente sul mutuo riconoscimento e sulla collaborazione tra diverse amministrazioni senza un ente «coordinatore» – nel costruire una soluzione efficace alle minacce per la stabilità degli intermediari finanziari con possibili effetti sistemici conseguenti alla crisi del 2008.

L'esigenza di attribuire ad un ente diverso e specializzato alcune funzioni amministrative sembra nascere spesso da una assunzione di prevalenza di un interesse di rilievo comunitario, identificato nel corretto funzionamento del mercato interno, e nella sottrazione di spazi di discrezionalità per le autorità nazionali i quali potrebbero, al di là del quadro normativo che si suppone armonizzato, mettere a rischio il predetto interesse privilegiando un approccio su base nazionale.

L'individuazione di tale interesse di rilievo comunitario avviene però attraverso una complessa operazione di sintesi dei diversi interessi particolari, all'interno della quale sembra come dissolversi la responsabilità politica che dovrebbe comportare l'assunzione di determinate scelte, generando così le perplessità di quanti vedono nell'Unione Europea una istituzione caratterizzata da un forte *deficit* democratico²³¹. Le implicazioni che tale operazione comporta dal punto di vista organizzativo sono emerse con chiarezza nel dibattito, sotto molti profili analogo a quello che ha interessato le agenzie europee, che ha accompagnato la «parabola» e l'evoluzione del

²³⁰ cfr. CRAIG P., *European Administrative Law*, *op. cit.*, 57, per cui «the Commission has increasingly undertaken administration centrally for a variety of reasons: the Commission was given wider responsibilities; the subject matter did not necessarily lend itself to shared management; and the Commission felt that certain policies were best implemented through non-governmental organs.»

²³¹ AUEL K., *Democratic accountability and national Parliaments: redefining the impact of parliamentary scrutiny in EU affairs*, *op. cit.*, 497, per cui «regarding the transmission of citizens' interests, the European multilevel system proves "to be open to a plurality of interests [...] to those of different territories as much as to those of sectoral interests". At the same time, it is exactly this interplay of different interests and institutions which causes deficits of accountability in EU multilevel governance». Nel senso inverso si è evidenziato un diverso tipo di *deficit*, definito «sistemico», riscontrato nell'incapacità dell'Unione di mantenere ed imporre i principi dello Stato di Diritto ed il rispetto dei diritti fondamentali all'interno dei singoli Stati membri, come rilevano VON BOGDANDY A. IOANNIDIS M., *Il deficit sistemico nell'Unione Europea*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2014, 593.

ruolo dei comitati nell'esecuzione del diritto dell'Unione²³². Il difetto di trasparenza e la necessità che le scelte politiche comunque legate alle disposizioni esecutive fossero ricondotte all'interno delle sedi istituzionali proprie, e non rimandate alla negoziazione tra le amministrazioni nazionali all'interno di strutture non regolamentate, ha comportato il tentativo, da parte del legislatore comunitario, di riorganizzare e limitare il ruolo nel processo decisionale svolto dai comitati²³³. Le agenzie rappresentano dunque un tentativo di organizzare e disciplinare il processo di sintesi e di selezione degli interessi rilevanti per l'Unione, in materie dove le competenze tecniche rivestono un ruolo cruciale nella attuazione in via amministrativa delle politiche europee, tentando di assicurare un alto livello di *accountability* e di condivisione delle scelte operate.

5. *Questioni sistematiche relative al decentramento dell'amministrazione ed alla creazione di agenzie europee*

5.1 *Legittimazione e delegazione di poteri*

Tuttavia, come accennato, non trascurabili sono i problemi che la stessa istituzione delle agenzie pone. Le questioni cruciali possono assumere una duplice natura: da un lato la ricerca di una fonte di legittimazione adeguata dal punto di vista dell'equilibrio dei poteri a livello sovranazionale²³⁴, che non sposti eccessivamente il baricentro delle competenze amministrative delle istituzioni europee su organi diversi dalla Commissione e che consenta di ricondurre, almeno indirettamente, l'azione delle agenzie al principio di legalità e nel contempo ne assicuri

²³² MUSSELLI L., *La partecipazione delle Agenzie al procedimento decisionale*, SALVATORE V. (a cura di), *Le Agenzie dell'Unione Europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia, 2011, 42, sottolinea l'analogia tra l'esperienza dei Comitati e quella delle Agenzie, dal punto di vista degli interessi sottesi e delle contrapposte esigenze di coordinamento tra interessi nazionali e sovranazionali e di limitazione delle competenze «delegate» attribuite in via diretta alla Commissione.

²³³ Sul ruolo dei Comitati come strumento di esecuzione (*implementation*) del diritto europeo e sull'evoluzione della disciplina che ne ha portato alla razionalizzazione delle competenze v. CRAIG P. DE BÛRCA G., *EU Law. Text cases and materials, op. cit.*, 138; v. inoltre *id.*, 153, ove si fa riferimento al problema ai comitati come strumento per «bypassing of the normal democratic process»; per un approfondimento critico sul ruolo dei comitati nel processo decisionale europeo si rinvia a SAVINO M., *I comitati dell'Unione Europea. La collegialità negli ordinamenti compositi*, Milano, 2005; sul punto v. TÜRK A., *The European Court of Justice in the area of comitology*, in CHRISTIANSEN T. LARSSON T. (a cura di), *The role of committees in the policy-process of the EU*, Cheltenham, 2007, 242 con particolare riferimento alla trasparenza e agli interventi della Corte di giustizia relativi alle procedure in cui sono coinvolti i comitati.

²³⁴ Sulla nozione di equilibrio istituzionale e le differenze che si pongono tra il modello sovranazionale e quello interno agli Stati membri, con particolare riferimento all'attività di regolazione, v. BASSAN F., *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 5, 1035, che descrive il modello regolatorio come «non sostitutivo, ma piuttosto complementare al sistema parlamentare».

una, seppure indiretta, legittimazione democratica²³⁵; dall'altro la necessità di costruire meccanismi di *accountability* in grado di fornire un controllo sull'operato di tali enti, nonostante la loro essenziale indipendenza, per garantirne la conformità ai canoni dello Stato di Diritto²³⁶.

La moltiplicazione dei centri di potere a livello sovranazionale continua a destare sospetti di legittimità e ad animare il dibattito dottrinale oltre che istituzionale, come anche testimoniato dalla costante attenzione della Commissione, dal Consiglio e del Parlamento Europeo, che hanno in questi anni elaborato numerose proposte al fine di razionalizzare il sistema delle Agenzie, che hanno trovato un punto d'incontro in relazione ad alcuni obiettivi primari condivisi, formalizzati nella Dichiarazione congiunta del 19 luglio 2012 e nell'annesso «approccio comune»²³⁷.

La delegazione di poteri amministrativi ed esecutivi infatti è avvenuta in modo disordinato, attraverso singoli atti legislativi, ed invocando a sostegno differenti basi giuridiche, a volte forzandone l'estensione come, è stato sostenuto, potrebbe essere accaduto con l'art. 114 TFUE nel caso delle ESA²³⁸.

Questo modello di delegazione potrebbe determinare un cambiamento nell'assetto costituzionale europeo, creando un'ulteriore grado di separazione tra l'esercizio del potere ed i meccanismi di controllo e legittimazione democratica da cui dovrebbe discendere ogni potere amministrativo.

²³⁵ Per un'analisi comparata dei sistemi di *accountability* nel sistema Europeo e negli Stati Uniti v. SCHOLTEN M., *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*. Leiden, 2014.

²³⁶ Sul punto, con specifico riferimento alle Pubbliche Amministrazioni nell'Unione Europea, si rimanda alla ricostruzione di CHITI E., *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 29

²³⁷ Una lunga serie di documenti interistituzionali e proposte da parte della Commissione Europea ha segnato l'evoluzione e la programmazione delle proposte di riforma in materia di agenzie, a partire dal Comunicazione della Commissione, del 25 luglio 2001, «Governance europea - Un libro bianco» COM (2001) 428 def., e le successive comunicazioni «The operating framework for the European Regulatory Agencies» COM (2002) 718 def. L'urgenza di addivenire ad un quadro normativo organico per razionalizzare l'organizzazione e le attività delle agenzie è stata al centro di una costante iniziativa della Commissione, che ha proposto in primo luogo un progetto di accordo contenuto nella Comunicazione COM(2005) 59 del 25.2.2005, su cui, nonostante il sostegno del Parlamento Europeo, i negoziati si arenarono in seguito all'opposizione del Consiglio. Successivamente i negoziati sono proseguiti in seguito alla Comunicazione del 2008 intitolata «Agencies: the way forward» COM (2008) 135 def., sulla cui base sono poi stati adottati la dichiarazione congiunta di Commissione, Parlamento e Consiglio e l'approccio comune sulle agenzie decentrate del luglio 2012, a cui fa seguito una dettagliata serie di documenti sullo stato di avanzamento degli obiettivi contenuti nell'approccio comune. Un riepilogo di tali interventi, di cui il più recente risulta la «Relazione sui progressi compiuti nell'attuazione dell'orientamento comune sulle agenzie decentrate dell'UE» del 24.04.2015, è disponibile alla pagina web https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/overhaul_it. Per una ricostruzione sulle tendenze evolutive delle politiche in materia di agenzie v. TOVO C., *Le agenzie decentrate dell'Unione Europea*, op. cit., 21 ss.

²³⁸ VAN CLEYNENBRUEGEL P., *Meroni circumvented? Article 114 TFEU and EU regulatory agencies*, op. cit., argomenta diffusamente in ordine all'interpretazione troppo ampia che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha accettato dell'art. 114 TFUE come fondamento per l'intervento dell'Unione. In generale sull'applicazione dell'art. 114 TFUE quale base giuridica per l'adozione di misure di armonizzazione da parte della Commissione v. BARNARD C., *The substantive law of the EU*, Terza edizione, Oxford, 2010, 603 ss.

Tale legittimazione riposa in primo luogo su un controllo di tipo politico, per ricondurre al circuito democratico l'attribuzione di poteri amministrativi; tale controllo politico risulta a volte soddisfatto dall'attribuzione della responsabilità ultima di adozione degli atti in capo alla Commissione, la quale è a sua volta sottoposta alla valutazione, che può condurre alla mozione di censura *ex art. 234 TFUE*, del Parlamento europeo. Può prendersi ad esempio ancora una volta l'architettura delle *European Supervisory Authorities*, in cui spesso il potere di assumere decisioni vincolanti, nei confronti dei privati e nei confronti delle singole autorità di vigilanza nazionali, è affidato alla Commissione, seppure sulla base di una proposta dell'agenzia assunta all'esito di un'istruttoria condotta dall'agenzia stessa²³⁹. Appare qui evidente la volontà del legislatore europeo di ricondurre alla vigilanza della Commissione decisioni che potrebbero avere un notevole impatto sugli equilibri istituzionali e una valenza, seppure indirettamente, politica, nella scelta di imporre un'applicazione uniforme del diritto sovranazionale o nel censurarne una violazione, spesso sulla base di valutazioni tecnico-discrezionali e dunque per loro natura attendibili ma opinabili²⁴⁰.

Anche in questi casi tuttavia, è sempre concreto il rischio di dispersione delle responsabilità, rendendo coperti da un certo margine di insindacabilità le «opinioni» tecniche delle agenzie, che spesso sono parte determinante nel procedimento e rappresentano il sostrato motivazionale essenziale al provvedimento poi adottato dalla Commissione²⁴¹. Se da un lato infatti può ritenersi che la Commissione sia l'organo deputato ad assumere una deliberazione definitiva sulle scelte politiche e di rilievo generale, legate all'amministrazione europea, può notarsi d'altro canto che

²³⁹ Come previsto dagli artt. 17 del Reg. 1093/2010 per cui si istituisce una procedura che prevede l'avvio di una investigazione da parte dell'Autorità, d'ufficio o su richiesta di altre istituzioni, all'esito della quale è adottata una raccomandazione. Nel caso in cui la violazione non cessi all'esito di tale raccomandazione, la Commissione Europea adotta, sulla base della stessa, un parere formale, in cui assegna un termine ai destinatari per conformarsi alle deliberazioni assunte. Nel caso in cui la violazione persista, l'Autorità può adottare una decisione vincolante, conforme al parere. Nella complessità del procedimento appena illustrato, seppure per sommi capi, si coglie la volontà di subordinare ad un controllo, quantomeno formale, della Commissione l'adozione di alcuni atti vincolanti da parte di agenzie di regolazione.

²⁴⁰ CHITI E., *Tendenze e problemi del processo di agencification nell'ordinamento europeo*, in MARCHETTI B. (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 22, sottolinea come le agenzie siano fin dal principio state poste in una posizione di soggezione rispetto alla Commissione, che assume spesso un ruolo rilevante nella nomina dei vertici e nell'approvazione dei programmi di lavoro.

²⁴¹ Per l'incidenza delle valutazioni tecniche dei Comitati scientifici all'interno delle agenzie nel processo decisionale, e le conseguenti questioni relative alla tutela giurisdizionale, v. ALEMANNO A. MAHIEU S., *The European Saefy Authority before European Courts*, in *European Food and Feed Review*, 3, 5, 2008, 320 ss. Sui problemi che possono sorgere dall'efficacia degli atti di *soft law* adottati dalle agenzie, in particolare per il caso dell'ESMA, v. VAN RIJSBERGEN M., *On the enforceability of EU Agencies' soft law at the national level: the case of the European Securities and Markets Authority*, in *Utrecht law Review*, 10, 5, 2014, 116 ss.

essa possa risultare spesso fortemente influenzata dalle valutazioni tecniche effettuate dalle agenzie, in primo luogo perché non dispone della possibilità di svolgere un'istruttoria autonoma; non sempre dunque il confine tra applicazione di regole tecniche e decisioni di *policy* appare così netto da poter ritenere che le agenzie siano totalmente escluse dal processo decisionale. Tuttavia l'idea di ritenere la Commissione come sede ultima della responsabilità *lato sensu* politica tra le istituzioni comunitarie, in relazione all'attività amministrativa, sembra ribadita dalle disposizioni che impongono un rappresentante della Commissione all'interno dei Consigli delle Autorità (*Boards of Supervisors*)²⁴², pur senza diritto di voto, in grado di influenzare quanto meno indirettamente il loro operato, anche attraverso l'acquisizione delle informazioni necessarie ai fini dell'esercizio di eventuali contrappesi in caso di divergenze rispetto all'operato dell'agenzia²⁴³. Attraverso il sistema di «allerta politico» la Commissione dunque si riserva la possibilità di «opporsi formalmente a una decisione del Consiglio di amministrazione per garantire la coerenza con le politiche dell'Unione e la compatibilità delle attività delle agenzie con il loro mandato e con la pertinente normativa dell'Unione e, successivamente, di avvisare il Parlamento europeo e il Consiglio»²⁴⁴.

In altri casi invece sono direttamente le agenzie ad intervenire ed incidere sulle posizioni giuridiche dei singoli, sulla base dei poteri da loro conferiti e sul cui esercizio non esistono meccanismi di controllo diretto.

A ciò si aggiunga che, dal punto di vista meramente normativo, la posizione rivestita dalle agenzie ed altri organismi non appare del tutto chiara, data l'assenza di una specifica previsione nei Trattati che ne delimiti il ruolo e le competenze. Sul punto, seppure nei Trattati possano rinvenirsi alcune disposizioni che fanno esplicito riferimento ad «organi e organismi»²⁴⁵ in

²⁴² Può citarsi l'art. 40 lett. c) del Reg. 1093/2010, per cui fa parte del Consiglio dell'Autorità anche un rappresentante della Commissione, senza diritto di voto.

²⁴³ Seppure infatti la Commissione non possa agire direttamente neanche all'interno del Consiglio dell'Autorità, essendo sprovvista del diritto di voto, essa può assumere, nell'assistere alle sedute che devono tenersi minimo con cadenza biennale nel caso, ritenuto paradigmatico in questa sede, delle Autorità di Vigilanza Europee, ed opporsi formalmente alle deliberazioni ivi espresse, pur senza poter incidere sul loro valore giuridico, attraverso una procedura di «allerta politico».

²⁴⁴ *Relazione della Commissione sui progressi compiuti nell'attuazione dell'orientamento comune sulle agenzie decentralizzate dell'UE* del 24 aprile 2015, COM(2015) 179, dove si sottolinea che tale procedura non è ancora mai stata formalmente attivata, e se ne ribadisce la natura eminentemente politica e non giuridica.

²⁴⁵ Le disposizioni del Trattato che intendono avere una portata chiaramente onnicomprensiva dell'apparato organizzativo comunitario fanno riferimento ad «istituzioni organi ed altri organismi» (cfr. ad esempio artt. 15, 16, 88, 130, 228, 282, 298, 325 TFUE). Se dunque il termine «istituzioni» appare riferito alle istituzioni previste dai Trattati stessi, con il rinvio ad altri «organi e organismi» si vogliono ricomprendere tutti gli eventuali enti delegati attraverso i quali si attuano gli obiettivi dell'Unione.

seguito alle modifiche intervenute con il Trattato di Lisbona, tese innanzitutto ad estendere il sindacato giurisdizionale sugli atti da essi adottati, ancora non appare chiaro in che modo ed a quale funzione tali enti possano o debbano essere deputati.

Tale «ambiguità costituzionale», che del resto può farsi corrispondere con quella che caratterizza le c.d. amministrazioni indipendenti nel panorama nazionale²⁴⁶, è stata spesso risolta alla luce dei richiamati principi ricavati dalla giurisprudenza *Meroni*, che tuttavia paiono da un lato disattesi sotto vari profili, come si è già evidenziato in precedenza, dall'altro insufficienti; se infatti la dottrina *Meroni* ha il pregio di ribadire la necessità di un sindacato giurisdizionale forte su tutti gli atti vincolanti o pregiudizievoli emanati dagli organismi delegati e di arginarne i poteri nei limiti di competenze non discrezionali, non vale a costituire un efficace argine agli effetti indiretti che l'azione delle agenzie può avere anche su decisioni di *policy*, attraverso valutazioni tecniche che potrebbero rivelarsi insindacabili in sede giurisdizionale e d'altro canto non risultare neanche soggette ad uno stringente controllo di tipo politico-democratico.

5.2 *Accountability e indipendenza*

Se infatti si sono evidenziati i problemi che l'istituzione di agenzie ed in generale la delegazione di poteri può creare a livello di legittimazione democratica e di equilibrio istituzionale, devono a questo punto approfondirsi i meccanismi di controllo, riconducibili alla nozione ampia di *accountability*, a cui l'azione di tali organismi è soggetta. Gli strumenti di *accountability* risultano infatti essenziali per mantenere e garantire la legittimazione e l'efficacia di una struttura di governo, prevenire le violazioni dei diritti ed aumentare la fiducia anche nei componenti non eletti²⁴⁷.

²⁴⁶ La letteratura sul punto è molto ampia, basti, per i problemi relativi al fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti, il riferimento ai fondamentali contributi di MERUSI F., *Democrazia e Autorità indipendenti*, Bologna, 2000, e CLARICH M., *Autorità Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, op. cit. Sul punto si considerino anche i lavori della Commissione Bicamerale per la riforma costituzionale istituita nel 1997, in cui si manifestò l'esigenza di trovare un esplicito fondamento nella Carta fondamentale a tale modello di amministrazione. Si segnala poi chi ha argomentato in dottrina, col metodo proprio del comparatista, in ordine alle differenze tra i singoli ordinamenti in relazione al diverso contesto costituzionale in cui le amministrazioni indipendenti si sviluppano, v. in particolare ACKERMAN J. M., *Understanding independent accountability agencies*, in ROSE – ACKERMAN S. LINSDETH P. (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, 2010, 265. CHITI E., *Tendenze e problemi del processo di agencification nell'ordinamento europeo*, op. cit. 22, individua una sostanziale differenza tra la posizione costituzionale delle agenzie e quella delle autorità indipendenti nazionali nei poteri d'ingerenza di cui la Commissione gode rispetto alle agenzie, molto più ampi di quelli del Governo nei confronti delle autorità nazionali.

²⁴⁷ BEETHAM, D. LORD C., *Legitimacy and the EU*, Londra, 1998, 3, per cui «accountability may promote legitimacy by providing a safeguard against the breach of rules, contributing to social acceptability by promoting justifications, and ensuring authorization of positions of unelected offices by people's representatives».

Per una definizione generalissima del termine, può farsi riferimento a quanto sostenuto in dottrina per cui l'*accountability* risiederebbe nella soggezione a forme di controllo dall'esterno in relazione al proprio operato, da parte di organi terzi, in grado di fissare degli *standard* in ordine alla soddisfazione di certi requisiti e di imporre sanzioni in seguito al mancato raggiungimento degli obiettivi auspicati²⁴⁸. Sul contenuto specifico della nozione di *accountability* esistono molte opinioni²⁴⁹, tuttavia si può ritenere che essa, nel suo significato politico-istituzionale, si articoli in tre distinte fasi: informazione, discussione e sanzione²⁵⁰. A tali elementi, considerati come una nozione ristretta²⁵¹, altre ricostruzioni hanno aggiunto forme di controllo *ex ante*, che pure paiono riconducibili alla nozione di *accountability*, ad esempio i meccanismi di nomina dei componenti di una determinata autorità²⁵².

Le agenzie europee di regolazione sono caratterizzate, come si è accennato, da forti connotati di indipendenza, vista come necessaria in relazione al compito prevalentemente tecnico che esse sono chiamate a svolgere, e dunque, per tale ragione, i meccanismi di controllo per esse previsti sono spesso poco incisivi. Si è fatto sopra riferimento al ruolo della Commissione, che spesso adotta formalmente gli atti all'esito dei processi decisionali legati all'azione delle agenzie, con un ruolo affidatole nel tentativo di mantenere accentrato il «monopolio» delle scelte politiche. Si deve tuttavia rilevare quanto esso possa non essere del tutto incisivo né *ex ante*, data l'assenza di un vero e proprio diritto di voto all'interno dei Consigli di Supervisione in fase di programmazione delle attività dell'agenzia, né *ex post*, considerando il condizionamento che la Commissione subisce rispetto alle opinioni tecnicamente qualificate delle agenzie²⁵³ e la sua incapacità di incidere nei casi di provvedimenti individuali adottati d'urgenza o per cui è prevista

²⁴⁸ Per la definizione di *accountability* in senso restrittivo riportata si rimanda a BOVENS M., *Analysing and Assessing Public Accountability: A Conceptual Framework*, in *European Law Journal*, 13, 4, 2007, 450, per cui essa si sostanzia in «a relationship between an actor and a forum, in which the actor has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgments, and the actor may face consequences.» v. anche PAPADOPOULOS Y., *Accountability*, in ANSELL C. TORFING J. (a cura di), *Handbook on Theories of Governance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.

²⁴⁹ Esistono infatti «an enormous variety of definitions and approaches to accountability», come riferito da SCHILLEMANS, T., *Redundant Accountability: The Joint Impact of Horizontal and Vertical Accountability on Autonomous Agencies*, in *Public Administration Quarterly*, 34, 3, 2010, 303

²⁵⁰ BOVENS M., *Analysing and Assessing Public Accountability: A Conceptual Framework*, *op. cit.*, 450.

²⁵¹ Come riportato da SCHOLTEN M., *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*, *op. cit.*, 9.

²⁵² CURTIN, D. MAIR P. PAPADOPOULOS Y., *Positioning Accountability in European Governance: An Introduction*, *West European Politics*, 33, 5, 2010, 938.

²⁵³ KELEMEN D. R. TARRANT A., *The Political Foundations of the Eurocracy*, in *West European Politics*, 34, 2011, 927 ricordano come «it may be legally and politically difficult for the Commission to ignore the agency's advice».

una specifica competenza delle agenzie di regolazione²⁵⁴, contro i quali unico argine resta la tutela giurisdizionale.

Anche il Parlamento Europeo assume un ruolo nella valutazione delle agenzie, in particolar modo servendosi delle relazioni annuali ed attraverso altri poteri informativi, nello specifico la possibilità di ascoltare i presidenti o membri dei consigli esecutivi²⁵⁵.

Va comunque sottolineato come, oltre all'assenza di un vero e proprio potere d'intervento del Parlamento siano state evidenziate varie criticità, soprattutto in relazione all'effettiva capacità di raccogliere e ricevere informazioni, poiché si è mostrato come spesso la qualità delle informazioni fornite dalle agenzie, attraverso le relazioni annuali ed altri strumenti²⁵⁶, pur essendo dettagliate, non danno riscontro dei risultati raggiunti, concentrandosi esclusivamente sulle attività svolte e non sul raggiungimento degli obiettivi preposti²⁵⁷.

Dunque, com'è stato sostenuto, l'*accountability* delle agenzie dovrebbe necessitare di un quadro di riferimento normativo più incisivo, non solo a livello di previsione nei trattati, ma anche in grado di affidare specifiche responsabilità alle altre istituzioni europee, Commissione e Parlamento su tutte, attraverso un atto normativo giuridicamente vincolante²⁵⁸.

Le agenzie risultano allora troppo spesso svincolate da un vero controllo di tipo politico: l'alta qualificazione tecnica che spesso ne giustifica l'istituzione, proprio in virtù di una funzione che

²⁵⁴ Si pensi ad alcune procedure autorizzatorie che sono delegate completamente ad organi decentrati, come nel caso della recente introduzione (Art. 20 Reg. 769/2016) della autorizzazione al traffico ferroviario in capo all'ERA (*European Union Agency for Railways*). Si può ancora fare riferimento a procedimenti che, pur vedendo un ruolo della Commissione al loro interno, richiedano specifici adempimenti e obblighi di motivazione rafforzati per consentirle di incidere sull'assetto di interessi definito dall'Agenzia, come nel caso dell'autorizzazione unica per i medicinali (Art. 10 § 2 Reg. 726/2004). Il riferimento ai procedimenti d'urgenza può cogliersi nelle procedure descritte nei Reg. 1093 – 1094 e 1095/2010, per cui EBA, ESMA ed EIOPA, in virtù del loro ruolo di coordinamento e monitoraggio sull'attuazione delle normative comunitarie di settore possono prendere provvedimenti d'urgenza al fine di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario con potenziali effetti di rilievo sistemico.

²⁵⁵ Cfr. art. 50 Reg. 1093/2010

²⁵⁶ Quali i Programmi di lavoro (annuali o pluriennali) e le relazioni da inviare ai sensi dell'art. 40 del Regolamento della Commissione 2343/2002 in materia di finanze dell'Unione.

²⁵⁷ Può citarsi al riguardo il rapporto predisposto dalla Corte dei Conti Europea relativo alle performance delle Agenzie, per cui «Agencies' reports were in most cases descriptive and detailed. However, they provided little information on results apart from indicating the amount of activity». *The European Union's Agencies: Getting Results. The European Court of Auditors, Special Report No 5, 2008 (executive summary)*, 4. Cfr. anche SCHOLTEN M., *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*, *op. cit.*, 109 per alcune ipotesi ricostruttive in merito alle cause di tale difetto di qualità nelle informazioni riportate.

²⁵⁸ SCHOLTEN M., *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*, *op. cit.*, 342, riflette sull'opportunità di predisporre un atto legislativo in grado di riordinare il sistema di accountability politica delle Agenzie europee, sulla base di una comparazione con il modello americano. In particolare sottolinea come nonostante gli sforzi in sede di negoziazione che hanno portato all'approvazione del *Common Approach* sulle Agenzie Europee del 2012, resta ancora in gran parte devoluto alla volontà politica contingente delle singole istituzioni l'impegno nel supervisionare e controllare l'operato delle agenzie, in assenza di qualsiasi obbligo giuridico.

dovrebbe esaurirsi nell'applicazione di regole oggettive e scevre da valutazioni di *policy*, ne legittima anche una intensa autonomia, secondo una logica che appare assimilabile a quella che ha portato alla istituzione di amministrazioni indipendenti a livello nazionale. Non deve tuttavia sottovalutarsi come l'applicazione di regole tecniche si sostanzia, nella maggior parte dei casi, in valutazioni tecnico discrezionali che risultano, anche quando attendibili e dunque sorrette da leggi scientifiche, spesso opinabili, ovvero contengono al loro interno una porzione di valutazione di opportunità, espressione di un potere discrezionale che in quanto tale deve essere comunque ricondotto al principio di legalità²⁵⁹.

Si ritiene a questo punto che organi giustiziali come le commissioni di ricorso possano giocare un ruolo determinante nel rafforzare la legittimazione delle agenzie nel sistema dei poteri e ricondurle al principio di legalità. Come in seguito si vedrà nel dettaglio, possono rappresentare un fattore di *accountability* su cui fondare l'attribuzione di un potere amministrativo slegato da forme stringenti di responsabilità politica, vale a dire in tutte quelle occasioni in cui l'autorità non risulti dipendente da un vertice di natura politica né debba rispondere direttamente ad un organo elettivo. Esse inoltre costituiscono un grado aggiuntivo di tutela quasi-giurisdizionale, che potrebbe non risentire dei limiti piuttosto stringenti in termini di legittimazione al ricorso e di intensità del sindacato che caratterizzano le azioni di fronte alla Corte di Giustizia.

5.3 Revisione giurisdizionale e «Rule of law»

Oltre ai profili sopra considerati emerge poi la preoccupazione di assicurare una adeguata tutela giurisdizionale e strumenti di ricorso effettivi a protezione degli interessi privati lesi dall'azione di tali organi.

Per quanto riguarda tale aspetto problematico – che configura il «rovescio della medaglia» di quelli appena affrontati – l'esigenza di garantire la tutela giurisdizionale di fronte alle decisioni delle agenzie si ritrova affermata con risolutezza fin dalla giurisprudenza più risalente della Corte di Giustizia, nello specifico le già citate pronunce *Meroni* e *Romano*, che risultano ancora

²⁵⁹ Per la nozione e lo spazio sempre maggiore che assumono le scelte discrezionali nell'ordinamento europeo, e per la necessità anche di un'azione a livello normativo in un contesto dove il sindacato del giudice può essere limitato v. MENDES J., *Administrative discretion in the EU: comparative perspectives*, in ROSE-ACKERMAN S. LINSDETH P. EMERSON B. (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Seconda edizione, 2017, 632 e ss. Può anche richiamarsi FONTANA A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 3216, che, nel sottolineare alcune tendenze restrittive del giudice amministrativo italiano in merito al sindacato sulle valutazioni tecniche, riconducibili per la maggior parte al difetto di strumenti processuali, mette in guardia dal rischio di una «deriva tecnocratica».

considerate come fonte di principi guida nell'azione amministrativa europea²⁶⁰. Da essi pare dedursi una certa sfiducia nei confronti del meccanismo di delegazione, evidenziata dalla particolare angustia dei confini nei quali la Corte la ammette, giustificati proprio dalla costante preoccupazione di assicurare il sindacato della Corte su eventuali atti vincolanti degli enti delegati che, in assenza di specifiche norme nel trattato, non sembravano potersi sindacare se non attribuendo ad altri enti delegatari, quali la Commissione, la responsabilità di adottarli. In tale prospettiva, la Corte ritenne ammissibile la delegazione di poteri soltanto nel caso in cui fosse possibile uno «stretto controllo» da parte della Commissione, senza lasciare all'organismo delegato alcun margine di discrezionalità²⁶¹.

Tuttavia, come si è già evidenziato, i margini di discrezionalità accordati alle agenzie sono allo stato notevolmente più ampi di quanto una stretta interpretazione dei principi della sentenza *Meroni* parrebbe consentire, e tale tendenza va necessariamente ricondotta al generale principio del sindacato della Corte di Giustizia su tutti gli atti vincolanti dell'Unione, deducibile *in primis* dalla natura di comunità fondata sul diritto²⁶², oltre che dalle disposizioni di cui agli artt. 263 ss. TFUE.

Le preoccupazioni in ordine all'effettiva estensione della tutela giurisdizionale potrebbero essere neutralizzate dalle norme con cui i Trattati hanno espressamente riconosciuto, dopo Lisbona, il sindacato sugli atti delle agenzie, utilizzando la formula ampia «altri organismi» per indicare il complesso degli enti delegati o esecutivi venutosi ormai a creare a livello comunitario; tale

²⁶⁰ Nelle più recenti applicazioni giurisprudenziali la Corte di Giustizia continua infatti a riferirsi ai principi della sentenza *Meroni* come guida per la valutazione della legittimità della delega dei poteri, come evidenziato dalla Sentenza 22 gennaio 2014 *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, C-207/12, in cui l'argomentazione della Corte, riguardante i poteri dell'ESMA, prende le mosse proprio dai sopra citati principi, statuendo che «dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che i poteri di cui l'ESMA dispone in forza dell'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 sono disciplinati in modo preciso e sono soggetti a un controllo giurisdizionale alla luce degli obiettivi stabiliti dall'autorità delegante. Pertanto, detti poteri sono conformi alle condizioni indicate nella citata sentenza *Meroni/Alta Autorità*». Ciò nonostante, quanto elaborato nella stessa giurisprudenza sopra citata sembra contraddire tali principi, individuando implicitamente la possibilità di derogarvi a determinate condizioni.

²⁶¹ Tale impostazione traspare chiaramente dalla decisione citata, in cui si legge che «Le conseguenze di una delega di poteri sono molto diverse a seconda che essa riguardi dei poteri d'esecuzione nettamente circoscritti ed il cui esercizio può per ciò stesso venir rigorosamente controllato in base a criteri obiettivi stabiliti dall'autorità delegante, oppure se trattasi di un potere discrezionale che comporti una ampia libertà di valutazione ed atto ad esprimere, con l'uso che ne viene fatto, una politica economica vera e propria. Nella prima ipotesi la delega non può notevolmente modificare le conseguenze derivanti dall'esercizio dei poteri che essa attribuisce mentre nella seconda ipotesi la delega, col sostituire gli apprezzamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante, determina un vero spostamento di responsabilità.» cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sent. 13 giugno 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche S.p.A. contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, C-9-10/56.

²⁶² Principio affermato dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Les Verts*, sentenza 23 aprile 1986, C-294/83, v. punto 23 per cui «né gli Stati che ne fanno parte né le sue istituzioni sono sottratte al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato».

previsione ampia dovrebbe costituire una clausola di chiusura idonea a estendere la tutela giurisdizionale a tutte le ipotesi, anche non positivamente disciplinate nel diritto derivato, in cui possa riconoscersi una eventuale portata lesiva delle posizioni giuridiche soggettive²⁶³. Ed è proprio a tale ampliamento che fa riferimento la Corte di Giustizia, nell'ammettere un certo potere di regolazione in capo all'ESMA, in assenza di una correlativa responsabilità della Commissione²⁶⁴.

Tali argomenti, seppure idonei a fondare un generalizzato controllo della Corte sugli atti delle agenzie, vanno tuttavia messi alla prova rispetto all'intensità del sindacato che essa si propone di attuare, che spesso è limitato a profili di sola legittimità e restio al riesame intrinseco dei profili tecnici, che spesso rappresentano il cuore delle controversie in oggetto.

I motivi per cui è possibile ricorrere alla tutela giurisdizionale sono infatti limitati all'incompetenza, alla violazione delle «forme sostanziali» o di disposizioni dei trattati e di altre norme di diritto derivato e all'eccesso di potere²⁶⁵.

Se da un lato l'elencazione dei vizi in relazione ai quali è esperibile un'azione diretta avverso gli atti delle istituzioni europee – anche da parte di ricorrenti non privilegiati, vale a dire i singoli individui coinvolti – rispecchia quella tradizionalmente adottata dal legislatore nazionale rispetto ai provvedimenti interni, il punto più controverso da esaminare, rispetto alle valutazioni espresse dalle agenzie, riguarda l'esercizio in concreto del sindacato della Corte sulle scelte discrezionali.

La Corte di Giustizia, ribadendo la necessità del giudice di non sostituirsi all'amministrazione, in accordo al principio della separazione dei poteri, ammette il sindacato sulle scelte discrezionali soltanto in caso di «errore manifesto o chiaro eccesso nella discrezionalità» nell'esercizio della potestà di selezione e bilanciamento degli interessi rilevanti compiuta dall'amministrazione²⁶⁶.

²⁶³ Sul punto v. le questioni sollevate in ordine alla disomogeneità degli strumenti di tutela giurisdizionale rispetto alle diverse agenzie europee da MARCHETTI B., *Agenzie europee e accountability: cenni al problema della tutela giurisdizionale*, in MARCHETTI B. (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 126.

²⁶⁴ Nella giurisprudenza c.d. *Shortselling*, Corte di Giustizia, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, C-270/2012.

²⁶⁵ I possibili motivi di ricorso sono disciplinati dall'art. 263 § 2 TFUE.

²⁶⁶ Si sottolinea come la Corte di Giustizia sembra abbia elaborato un doppio criterio per il sindacato sulle scelte discrezionali, pur mantenendo fissa la formula dell'errore manifesto; da un lato l'approccio è molto restrittivo in materia di scelte che implicano un margine di apprezzamento politico, dall'altra in caso di scelte che comportano complesse valutazioni tecniche la corte, com'è emerso all'attenzione dei commentatori nel caso *Tetra Laval* (Caso C-12/03, *Commissione c. Tetra Laval*), non si preclude l'indagine puntuale dei fatti e del ragionamento seguito dalla Commissione, rivendicando un potere di controllo che va oltre il generale *self-restraint* a cui fa eco la formula sopra richiamata. Sul punto v. MENDES J., *Discretion, Care and Public Interests in the EU Administration: Probing The Limits Of Law*, in *Common Market Law Review*, 53, 2016, 419

L'ampiezza della formula utilizzata dalla Corte per determinare la soglia-limite del sindacato sulla discrezionalità ha condotto la stessa a farne applicazioni sensibilmente differenti – come mostrato dalle più attente analisi della giurisprudenza anche in chiave evolutiva²⁶⁷ – nelle quali tuttavia emerge una nozione particolarmente restrittiva dei poteri del giudice in relazione alle scelte discrezionali.

Si evidenzia dunque come la Corte spesso si sia limitata ad analizzare i fatti presi in considerazione dall'autorità in modo superficiale, rigettando, nella maggior parte dei casi, le censure di eccesso di potere di volta in volta sollevate dai ricorrenti²⁶⁸. Pare pertanto di poter riscontrare un certo rispetto, da parte della Corte, della ricostruzione dell'assetto di interessi operata in sede amministrativa, ritenuta non sindacabile se non in quanto palesemente illogiche o contraddittorie. Tale profilo appare non di poco conto in relazione ai provvedimenti delle agenzie, che intervengono nella maggior parte dei casi all'esito di complesse indagini e valutazioni tecnico discrezionali che, in base all'applicazione in senso restrittivo del criterio dell'«errore manifesto» quale limite al sindacato giurisdizionale, raramente potrebbero essere riesaminate in modo intrinseco in sede giurisdizionale, con evidenti ripercussioni sull'effettività della tutela accordata²⁶⁹.

Emergono in seguito ulteriori profili problematici in relazione alla tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle agenzie, che possono portare a dubitare della pienezza della protezione accordata dall'ordinamento sovranazionale alle posizioni giuridiche dei singoli da essi incise. Si fa riferimento alla particolare complessità che presenta l'individuazione del giudice competente in caso di provvedimenti composti o nei casi di «coamministrazione» e alla tutela nei confronti degli atti non direttamente vincolanti ma che ciò nonostante potrebbero avere conseguenze lesive.

²⁶⁷ CRAIG P., *European Administrative Law*, op. cit., 400 ss., esamina l'evoluzione della giurisprudenza dai primi casi distinguendo tre distinti periodi ed evidenziando in che modo il sindacato sulla discrezionalità si mutato nell'intensità. Sull'interpretazione data dalla giurisprudenza europea del vizio di sviamento di potere come strumento per sindacare la discrezionalità dell'amministrazione, e sugli effetti di tale concezione nell'ordinamento interno v. FRAUDATARIO B. D., *Note in tema di sviamento ed eccesso di potere nell'ordinamento dell'Unione Europea ed in quello italiano*, in *Foro Amm.*, 6, 2015, 1624.

²⁶⁸ CRAIG P., *European Administrative Law*, op. cit., 400 ss., con riferimento alle pronunce più risalente della corte in materia di sindacato sulla discrezionalità, nelle quali è stato elaborato il criterio dell'«errore manifesto».

²⁶⁹ Possono citarsi alcune recenti pronunce con cui la Corte di Giustizia ha avallato il conferimento di poteri altamente discrezionali ad altre istituzioni dell'Unione, per cui v. Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-370/12 *Thomas Pringle c. Irlanda*, (sulla legalità del Meccanismo Europeo di Stabilità); C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio (ESMA)*, C-62/14 *Gauweiler e altri c. Deutsche Bundestag*; per una ricostruzione del dibattito intorno alla delegazione di poteri con particolare attenzione all'atteggiamento delle Corti v. SOMEK A., *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, in *European Law Journal*, 21, 3, 2015, 340.

L'azione delle agenzie, soprattutto quando si coordina con le corrispondenti autorità nazionali secondo procedimenti di amministrazione congiunta o attraverso l'applicazione al livello statale di normative secondarie o linee guida definite dalle agenzie, può creare problemi nella determinazione della giurisdizione competente davanti al quale proporre l'impugnativa, con le connesse ripercussioni in termini di decadenze e preclusioni processuali, nella difficoltà di comprendere quale possa essere l'atto concretamente lesivo e nell'impossibilità per il giudice dell'Unione di conoscere la validità di un atto amministrativo nazionale e viceversa²⁷⁰.

Tali questioni possono portare, com'è accaduto in alcuni casi, a concretizzare un vero e proprio diniego di giustizia, risultante dall'applicazione delle regole processuali che presidiano il riparto di competenze tra corti nazionali ed europee²⁷¹.

Tali lacune nella tutela sono spesso imputabili anche ad un difetto di coordinamento tra le corti nazionali, che spesso decidono sulla base di principi differenti pur se chiamate all'applicazione delle medesime norme sovranazionali, dando così spazio a condizioni di irragionevole disparità nell'esercizio di un determinato potere a seconda dei diversi stati membri in cui è esercitato – che potrebbe agevolmente condurre verso casi di *forum shopping*²⁷².

6. La funzione giustiziale nell'amministrazione europea: caratteristiche e modelli

6.1 Cenni al sistema dei ricorsi amministrativi

Se dunque si sono evidenziate le criticità che il modello delle agenzie europee comporta dal punto di vista costituzionale e della tutela dei diritti, può proseguirsi nell'analisi del modello

²⁷⁰ DE LUCIA L., *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, op. cit., 379.

²⁷¹ Può citarsi Corte di Giustizia, sentenza 3 dicembre 1992, *Oleificio Borrelli c. Commissione*, C-97/91, in cui la Corte non ha riconosciuto la diretta efficacia lesiva di un parere espresso dalla Commissione europea e relativo alla concessione di un contributo economico, in un procedimento il cui esito sarebbe stato poi definito con provvedimento nazionale. Tuttavia, come lamentava il ricorrente, il parere impugnato risultava determinante ai fini della concessione del beneficio, e ben potrebbe dunque ad esso riconoscersi portata immediatamente lesiva, data da un lato l'impossibilità dell'amministrazione nazionale di discostarsene, dall'altro l'impossibilità del giudice nazionale di sindacare un atto comunitario. In termini conformi il Tribunale di Primo Grado ha ritenuto insussistente l'interesse al ricorso avverso un atto non vincolante nella decisione sul caso T-193/04, *Tillak c. Commissione*, in cui la disputa era insorta in merito all'efficacia di una denuncia effettuata dall'Ufficio Europeo per la Lotta Anti-Frode (OLAF).

²⁷² Come chiaramente evidenziato da VAN RIJSBERGEN M., SCHOLTEN M., *ESMA Inspecting: The implications for judicial control under shared enforcement*, op. cit., 571, nel caso dei poteri di ispezione attribuiti all'ESMA, i quali sono sottoposti ad autorizzazione preventiva del giudice nell'ordinamento del Regno Unito, al contrario di ciò che avviene in altri ordinamenti nazionali. Tale diversità nella disciplina potrebbe condurre l'autorità di vigilanza ad adottare comportamenti di tipo opportunistico, sottoponendo ad ispezione gli intermediari finanziari, o le loro succursali, stabilite in determinati paesi piuttosto che in altri ed ivi radicare la giurisdizione.

organizzativo degli organismi di amministrazione decentrata nell'Unione Europea spostando il fuoco sugli organi e procedimenti di tutela giustiziale che a tali organi sono correlati.

Si intende infatti argomentare in merito al contributo che tali istituti potrebbero apportare alla soluzione di molte delle questioni prima sollevate in materia di legittimazione, *accountability*, e tutela delle posizioni giuridiche dei privati poste dalla disciplina delle agenzie europee.

Occorre una ulteriore premessa in merito alla scelta del modello di procedimento che sarà principalmente utilizzato per il ragionamento in ordine alle ipotesi formulate in precedenza rispetto alla natura ed al ruolo della funzione giustiziale nell'ordinamento costituzionale nazionale ed europeo.

Il panorama dei ricorsi amministrativi e degli istituti di amministrazione giustiziale nell'Unione Europea è molto complesso²⁷³, come si è già messo in luce nella descrizione dell'architettura costruita intorno all'Unione Bancaria, ed è il frutto non di una scelta sistematica ma di soluzioni adottate caso per caso, in modo frammentario, ed in seguito stratificatesi nel tempo. Utilizzando uno schema elaborato dalla dottrina in chiave comparatistica²⁷⁴, i procedimenti giustiziali possono diversificarsi lungo tre diverse direttrici: dal punto di vista dell'autorità incaricata di decidere sul ricorso; dei poteri di cui essa è provvista e dal tipo di controllo giurisdizionale a cui è sottoposta la decisione sul ricorso.

Per quanto riguarda il primo punto, i ricorsi possono essere presentati alla medesima autorità che ha emesso il provvedimento, nel qual caso si ritengono procedimenti ispirati ad una logica di *implementation* piuttosto che di *adjudication*, oppure possono essere decisi da organi diversi, costituiti all'interno o all'esterno dell'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato, e legati o meno ad essa da un vincolo di superiorità gerarchica²⁷⁵. Per ciò che attiene al tipo di poteri in capo all'autorità decidente, possono esistere sistemi caratterizzati da un potere pienamente sostitutivo, per cui all'esito della decisione del ricorso si adotta una nuova deliberazione nel merito, o un potere meramente ablativo, di annullamento e rinvio del caso alla competente autorità nel merito. Esistono poi ricorsi in cui, seppure all'esito di un procedimento di

²⁷³ Per una rassegna dei diversi strumenti si rimanda a DE LUCIA L., *I ricorsi amministrativi nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, op. cit., 363.

²⁷⁴ ASIMOW M., *Five Models of Administrative Adjudication*, in *American Journal of Comparative Law*, 63, 2015, 3.

²⁷⁵ DE LUCIA L., *I ricorsi amministrativi nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, op. cit., 331 che distingue le due nozioni in relazione alle diverse tipologie di ricorsi presenti nel diritto dell'Unione Europea. In particolare secondo l'Autore «la funzione di implementation si distingue da quella di adjudication, che — specie nella concettualogia seguita da alcuni studiosi del Regno Unito e di altri Paesi di common law — è finalizzata alla tutela dei privati, pur nel rispetto dell'interesse pubblico. In sostanza, nell'implementation, l'accento cade sulla tutela dell'interesse pubblico, mentre nell'adjudication (che include anche l'attività giudiziaria) sulla protezione dei diritti.»

tipo contenzioso, il decidente non ha neanche il potere di rimuovere il provvedimento contestato, ma soltanto di fornire un parere consultivo sul punto, che potrà essere considerato al fine di eventuale esercizio di un potere di annullamento d'ufficio da parte dell'autorità competente²⁷⁶. Infine, dal punto di vista del sindacato giurisdizionale, esso può differenziarsi tra un modello e l'altro a seconda che sia un sindacato di *full jurisdiction*, dunque pienamente sostitutivo della valutazione dell'amministrazione, in grado di esprimere un giudizio sul merito della questione decisa e di ridefinire l'assetto di interessi contenuto nella decisione, ovvero un sindacato di legittimità, limitato al controllo sotto profili limitati di legalità, eccesso di potere e incompetenza, senza la possibilità di indagare a fondo l'*iter* che ha portato alla definizione del giudizio²⁷⁷.

All'interno dell'ordinamento comunitario possono dunque individuarsi strumenti che presentano molte delle caratteristiche sopra enunciate, tuttavia ai fini del discorso che qui interessa, vale a dire individuare le caratteristiche per cui istituti di tutela giustiziale debbano ritenersi effettivi e contribuire alla coerenza ed all'efficacia dell'azione amministrativa dell'Unione, non si ritiene utile dilungarsi nelle singole fattispecie quanto piuttosto individuare il modello che più pare in linea con le considerazioni già svolte, in astratto, in merito alla conformazione più efficiente di un sistema di ricorsi amministrativi.

Si ritiene perciò che meriti particolare considerazione il complesso delle Commissioni di Ricorso delle agenzie europee di regolazione, che pure trova al suo interno differenze sostanziali di non poco rilievo ma che si compone di organismi di ricorso organizzati in base ad una medesima *ratio*, che ne consente l'esame congiunto²⁷⁸. Tale scelta può motivarsi in primo luogo in

²⁷⁶ Il riferimento nel panorama dei ricorsi amministrativi nell'Unione Europea è alla Commissione Amministrativa di Riesame incaricata di esprimersi sui ricorsi sui provvedimenti emessi dalla BCE nell'ambito delle funzioni di vigilanza attribuitegli nel Meccanismo di Vigilanza Unico. Per un'analisi del procedimento di ricorso v. MAGLIARI A., *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto*, 1342 ss.; v. anche diffusamente BRESCIA MORRA C., *The administrative and judicial review of decisions of the ECB in the supervisory field*, *op. cit.*

²⁷⁷ ASIMOW M., *Five Models of Administrative Adjudication*, *op. cit.*, 9, individua i modelli possibili di *adjudication*, evidenziando come nell'Unione Europea il giudice non sia generalmente dotato di una *full jurisdiction*, identificando le caratteristiche generali del modello come *Inquisitorial Hearing/Combined Function/Limited/Judicial Review*. Per un'analisi più approfondita dei ricorsi amministrativi nell'Unione Europea, in una visione comparatistica rispetto al sistema americano, che mette in luce i limiti al sindacato giurisdizionale v. ASIMOW M DUNLOP L., *The many faces of administrative adjudication in the European Union*, in *Administrative Law Review*, 61, 2009, 131 e ss.

²⁷⁸ CHIRULLI P. DE LUCIA L., *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, *op. cit.* 1309, individuano le caratteristiche comuni del modello, nonostante alcune differenze nella disciplina; TOVO C., *Le agenzie decentrate dell'Unione Europea*, *op. cit.*, 338, distingue due diverse funzioni delle Commissioni di ricorso, sulla base del rapporto che intercorre tra esse e l'agenzia e la successiva revisione giurisdizionale. L'Autore ritiene infatti che si possa individuare un modello precedente, incarnato soprattutto dalle Commissioni presso l'EUIPO e il CPVO, la cui istituzione è meno recente, improntato ad una complementarità rispetto alla revisione giurisdizionale, mentre il modello successivo, inaugurato con l'istituzione

considerazione della particolare diffusione che hanno assunto all'interno delle amministrazioni decentrate dell'Unione e del fatto che il legislatore europeo ha utilizzato il modello delle Commissioni di Ricorso per assicurare una tutela giustiziale nei più recenti interventi che hanno comportato il conferimento di competenze di amministrazione diretta ad enti sovranazionali²⁷⁹. Inoltre si considera la particolare novità di tale modello, che presenta elementi di altri sistemi storicamente affermati negli ordinamenti nazionali ma contiene caratteri di originalità che potrebbero determinare una maggiore efficacia dell'azione giustiziale a protezione degli interessi individuali, nella maniera che sarà meglio descritta di seguito²⁸⁰.

6.2 Il modello delle Commissioni di Ricorso

Prima di proseguire nell'analisi del meccanismo delle Commissioni di Ricorso e di verificarne la potenziale portata risolutiva in merito ai problemi di legittimazione, *accountability* e tutela delle posizioni soggettive a cui si è fatto riferimento, occorre rapidamente ricostruire le caratteristiche essenziali del modello.

Le Commissioni di Ricorso sono istituite presso molte agenzie, in particolar modo quelle classificabili come di «regolazione»²⁸¹, secondo il gergo utilizzato nelle già citate comunicazioni della Commissione Europea. Esse rappresentano dei corpi interni alle agenzie, non possiedono autonoma personalità giuridica e sono supportate nei loro lavori da segreterie tecniche composte da personale in servizio presso l'agenzia, ma ciò nonostante vengono espressamente qualificate come indipendenti. Tale indipendenza è necessaria garanzia di imparzialità della decisione, e riflette la funzione esclusivamente giustiziale che tali corpi sono chiamati a svolgere. A presidio

della Commissione di ricorso presso l'EASA ed adottata in seguito anche per le ESA e il SRB, che risulta invece porsi come alternativa al rimedio giurisdizionale. Tuttavia si riconosce che, nonostante una differente ispirazione, entrambi i modelli presentano numerosi punti di contatto dal punto di vista della disciplina.

²⁷⁹ Come accaduto nell'ambito del settore ferroviario con l'approvazione del c.d. quarto pacchetto ferroviario, all'interno del quale sono state attribuite numerose competenze in capo all'Agenzia Europea per le Ferrovie (ERA). La previsione del potere di adottare atti direttamente vincolanti e incisivi per i privati da parte dell'ERA è stata accompagnata dall'istituzione di un'apposita Commissione di Ricorso, cfr. Reg. (UE) 796/2016, artt. 56 e 58 e ss. Per un approfondimento in merito alle questioni che sorgono da tali modifiche normative, anche in materia di tutela delle posizioni giuridiche dei privati, si rimanda a CHIRULLI P. (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016.

²⁸⁰ In generale per l'individuazione dei tratti essenziali del modello e per una comparazione rispetto ad istituti analoghi propri dell'ordinamenti anglosassoni v. CHIRULLI P. DE LUCIA L., *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, op. cit., 1356 ss.

²⁸¹ Nello specifico si fa riferimento alle Commissioni di Ricorso istituite presso l'Ufficio dell'Unione Europea per la Proprietà Intellettuale (EUIPO), l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali (CPVO), l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER), l'Agenzia Europea per la Sicurezza Aerea (EASA), l'Agenzia Europea per le sostanze Chimiche (ECHA), le Agenzie di Vigilanza Europee (ESA), il Comitato di Risoluzione Unico (SRB) e l'Agenzia Europea per le Ferrovie (ERA).

dell'imparzialità dei singoli componenti delle Commissioni sono posti particolari meccanismi di nomina, che spesso si articolano su più fasi. In primo luogo viene promosso un avviso pubblico, a cui possono candidarsi tutti gli interessati muniti dei necessari requisiti tecnici e di onorabilità e reputazione. La Commissione Europea, valutate le capacità tecniche dei candidati, sottopone poi una lista ristretta al Consiglio di amministrazione dell'autorità, che rappresenta l'organo collegiale che comprende tutti i rappresentanti delegati dagli stati membri ed esercita la funzione di indirizzo dell'attività dell'agenzia, che tra di essi nomina i membri della Commissione di Ricorso²⁸².

I membri poi risultano investiti di uno *status* peculiare e gravati da una serie di obbligazioni volte ad escludere l'insorgere di eventuali conflitti di interesse, come l'obbligo di astensione, che ricalca quanto generalmente si prevede per le autorità giurisdizionali ma rappresenta una peculiarità nei procedimenti giustiziali in via amministrativa, o la sottoscrizione di una dichiarazione annuale in cui si rende conto delle possibili attività che potrebbero minare l'imparzialità del loro giudizio.

La composizione delle Commissioni di Ricorso riveste infatti un'importanza particolare ai fini delle valutazioni in merito alla loro imparzialità ed al rapporto con l'autorità presso cui sono istituite, poiché esse si trovano a dover garantire una piena indipendenza pur conservando uno stretto legame con l'autorità sui cui atti saranno chiamate a decidere.

L'importanza dell'indipendenza e dell'imparzialità che le Commissioni di Ricorso dovrebbero essere in grado di assicurare emerge anche dalle dichiarazioni contenute nel «Common Approach» del 2012, ove si richiama tale esigenza anche rispetto alle azioni che gli Stati membri possono concretamente mettere in atto sul tema. Sul punto si aggiunge che va considerata con molta prudenza l'eventualità di nominare come membri delle Commissioni soggetti che hanno avuto un precedente impiego presso le agenzie, al fine di ridurre l'effettiva indipendenza e imparzialità del decisore²⁸³.

Dagli aspetti evidenziati della disciplina emerge la particolare attenzione che già il legislatore pone riguardo ai valori dell'indipendenza e dell'imparzialità come fondamento di una effettiva procedura di ricorso, ma anche le singole agenzie, nei successivi atti esecutivi, dimostrano la stessa attenzione al tema. A riprova di questo si segnalano i codici di condotta che alcune agenzie

²⁸² Cfr. ad esempio art. 58 Regg. (UE) 1093, 1094 e 1095/2010.

²⁸³ «Common Approach on EU decentralised agencies» del 19 luglio 2012, paragrafo 21.

hanno adottato per la prevenzione dei conflitti di interesse, come strumento per evidenziare la serietà nella gestione delle procedure di ricorso²⁸⁴.

6.3 (segue) Competenze, atti impugnabili, poteri

Per ciò che concerne in particolare le competenze delle Commissioni di ricorso, esse si estendono di volta in volta ad atti predeterminati in via legislativa, con limiti dettati dai regolamenti istitutivi²⁸⁵. Non si pongono dunque come strumenti di carattere generale, ma la revisione è ammessa solo in casi tipici, sulla base di una valutazione che, seppure sembra tener conto della portata lesiva delle decisioni espresse dall'autorità, viene effettuata quanto più possibile in astratto e non rimandata all'apprezzamento delle singole Commissioni, in concreto e sul caso specifico.²⁸⁶ Il legislatore dell'Unione preferisce infatti definire i singoli atti impugnabili, individuati attraverso il rimando alle disposizioni che ne prevedono l'adozione, piuttosto che il semplice richiamo al criterio dell'interesse al ricorso, che viene utilizzato solo come criterio residuale a garanzia dell'effettività dei rimedi e di facili elusioni che potrebbero prodursi.

Se la delimitazione delle competenze in relazione a singoli atti, quelli destinati a produrre effetti diretti nei confronti dei destinatari, segue uno schema pressoché costante, i poteri di cui le singole Commissioni dispongono rispetto alla decisione impugnata variano a seconda dei casi. Si può distinguere infatti tra quelle che detengono un potere sostitutivo pieno, ed è principalmente il caso del CPVO e dell'EUIPO, per cui la decisione sul ricorso si sostituisce al provvedimento impugnato e decide nel merito della questione, senza ulteriori spazi d'intervento per l'autorità²⁸⁷. Nella maggior parte dei casi invece la Commissione dispone esclusivamente del potere di annullare la decisione, in caso di accoglimento del ricorso, senza tuttavia poter provvedere nel merito né adottare alcun provvedimento sostitutivo. Tale schema ricalca quello di un giudizio di legittimità, come tradizionalmente era impostato il processo amministrativo anche

²⁸⁴ EASA, «Code of Conduct for the EASA Board of Appeal» del 30 gennaio 2013, in cui si dichiara espressamente che «The objective of the Code of Conduct is to maintain and further guarantee the high level of independence and impartiality of EASA opinions and decisions.» Con analogo provvedimento anche la Commissione di Ricorso presso l'ECHA ha adottato, nel 2010, un codice di condotta per i propri membri (BOA 02/2010).

²⁸⁵ Possono citarsi, in maniera esemplificativa, l'art. 44 del Reg. 216/2008 che istituisce l'EASA o l'art. 85 del Reg. 806/2014 che istituisce l'SRB o l'art. 60 del Reg. 1093/2010 istitutivo della Commissione di Ricorso congiunta per le ESA.

²⁸⁶ Cfr. ad esempio gli artt. 60 dei Reg. (UE) 1093, 1094 e 1095 del 2010, che elencano in concreto gli atti impugnabili.

²⁸⁷ Lo stesso potere sostitutivo è previsto per la Commissione di Ricorso dell'ECHA, su cui in particolare v. NAVIN-JONES M., *A Legal Review of EU Boards of Appeal in Particular the European Chemicals Agency Board of Appeal*, in *European Public Law*, 2015, 143.

nell'ordinamento interno, e consente alla Commissione soltanto di rilevare eventuali vizi del provvedimento, annullandolo e rinviando la questione all'autorità. Si coglie agevolmente come tale diversa configurazione del rimedio lo renda assai meno conveniente per il ricorrente che miri ad ottenere un provvedimento favorevole nell'immediato, poiché dovrà attendere l'esito, spesso incerto, della successiva decisione dell'agenzia, ed eventualmente impugnare anche quest'ultima qualora non risulti, per una diversa ragione, soddisfacente²⁸⁸.

L'agenzia conserva dunque il «monopolio» della discrezionalità, nel senso di continuare a disporre a pieno del contenuto discrezionale – nella maggior parte dei casi tecnico – dei provvedimenti di sua competenza, senza che la Commissione di Ricorso possa sostituire la propria valutazione. Ciò nonostante, la decisione sul ricorso vincola l'agenzia al rispetto di quanto in essa stabilito, in merito all'interpretazione delle norme ed al riconoscimento della posizione soggettiva del ricorrente.

Per ciò che attiene alla natura di tali rimedi, dovrebbero considerarsi numerosi elementi che avvicinano ai rimedi puramente giurisdizionali, tanto da avvicinarle a forme di tribunali specializzati. In primo luogo le rafforzate garanzie di indipendenza e imparzialità di cui dispongono, su cui si è già detto sopra²⁸⁹. Inoltre si può valutare la procedura di esame del ricorso, che, seppure non improntata alle rigide formalità del processo, tanto da non imporre la difesa tecnica, è orientata alla piena garanzia del contraddittorio. Si segnala, come ulteriore elemento quantomeno di avvicinamento tra le Commissioni di Ricorso ed i procedimenti giurisdizionali, il rimando ai principi di diritto processuale generalmente riconosciuti contenuto nel regolamento di procedura delle Commissioni di Ricorso dell'EU IPO, in forza del quale tali principi si applicano in maniera residuale per risolvere eventuali lacune contenute nella disciplina, che vale a valorizzare ancora più intensamente l'attenzione al contraddittorio ed al diritto di difesa²⁹⁰.

²⁸⁸ Al contrario non risulta alcuna differenza tra i due schemi qualora il ricorrente miri al mero annullamento di un provvedimento a lui sfavorevole – ovvero vanti, per usare la terminologia propria dell'ordinamento interno, un interesse legittimo oppositivo – poiché l'esito caducatorio è in grado di soddisfare pienamente la sua pretesa.

²⁸⁹ Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'indipendenza che dovrebbe caratterizzare la giurisdizione consiste nel poter «esercitare le proprie funzioni in piena autonomia, senza vincoli di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte» v. sentenza 17 luglio 2014 *Torrelli c. Ordine degli Avvocati di Macerata*, cause riunite C- 58/13 e C- 59/13, paragrafo 22, che così qualifica la giurisdizione ai fini della nozione rilevante ai sensi dell'art. 267 TFUE.

²⁹⁰ Art. 83 del Regolamento 207/2009 sul Marchio dell'Unione Europea, per come successivamente modificato dal Regolamento (UE) 2424/2015, per cui «In assenza di una disposizione di procedura nel presente regolamento, nel regolamento d'esecuzione, nel regolamento relativo alle tasse o nel regolamento di procedura delle commissioni di

In dottrina sono stati segnalati anche altri elementi di collegamento tra le commissioni di ricorso ed il processo; da un lato in considerazione dell'argomento letterale che potrebbe ricavarsi dalla lettura del § 5 dell'art. 263 TFUE, che fa riferimento a «*condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi*», dall'altro avendo riguardo agli istituti della rettifica e della revisione delle decisioni, previsti in alcuni regolamenti istitutivi, che avvicinano tali procedure ai controlli di legittimità giurisdizionali²⁹¹.

Pare tuttavia più appropriato riconoscere una natura soltanto para-giurisdizionale²⁹² ai procedimenti di fronte alle Commissioni di Ricorso, valorizzando il collegamento che comunque permane tra l'agenzia e l'organo decidente, che, seppure da essa indipendente, ne rappresenta comunque una «emanazione» ed alla quale è legata non solo per il ruolo che essa svolge in relazione alla nomina dei suoi componenti ma anche per il supporto tecnico e di segreteria. Ciò fa sì che non si possano ritenere equiparabili le garanzie offerte dalle Commissioni di Ricorso a quelle offerte dal giudice, che si pone in posizione di terzietà assoluta²⁹³. A ciò si aggiunga, con argomento che si ritiene dirimente, il fatto che le Commissioni possano in ogni caso decidere anche su eventuali vizi di merito o di opportunità, manifestando così l'esercizio di un potere amministrativo e non giurisdizionale, seppure limitato ai profili sollevati dal ricorrente.

Così anche la giurisprudenza, che afferma la natura amministrativa dei procedimenti di fronte alle Commissioni di ricorso in modo esplicito, al fine di escludere l'estensione ai suddetti procedimenti delle garanzie derivanti dall'art. 6 CEDU in ordine ai principi del giusto processo²⁹⁴, ma che tuttavia ne riconosce la natura para-giurisdizionale²⁹⁵.

ricorso, l'Ufficio prende in considerazione i principi di diritto processuale generalmente riconosciuti negli Stati membri».

²⁹¹ Tali argomenti sono illustrati da TOVO C., *Le agenzie decentrate dell'Unione Europea*, op. cit., 336.

²⁹² Conclusione condivisa da DE LUCIA L., *I ricorsi amministrativi nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, op. cit., 344 e TOVO C., *Le agenzie decentrate dell'Unione Europea*, op. cit., 337.

²⁹³ Così DE LUCIA L., *I ricorsi amministrativi nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, op. cit., 342.

²⁹⁴ Cfr. la decisione del Tribunale di Primo Grado, del 24 aprile 2005, T- 273/02 *Krüger c. OHIM*, punto 62, ove si afferma che «quanto all'asserita violazione dell'art. 6, n. 1, della CEDU, occorre precisare che il Tribunale ha escluso l'applicazione alle Commissioni di Ricorso dell'UAMI del diritto a un «processo» equo, poiché il procedimento dinanzi alle commissioni di ricorso non ha natura giurisdizionale ma amministrativa.» Possono citarsi inoltre i casi T-63/01 *Procter & Gamble c. OHIM (soap bar shape)*, sentenza del 12 dicembre 2002 e il più recente *Metropolis c. OHIM e Metroinvest*, T-284/11, sentenza del 25 aprile 2013.

²⁹⁵ Può richiamarsi al riguardo l'opinione dell'Avvocato Generale Bot del 28 novembre 2013 sul caso C-532/12 P *National Lottery Commission v OHIM*, paragrafo 93, per cui «far from being confined to an exclusively administrative role, those bodies perform a quasi-judicial function equivalent to that of national courts deciding on a counterclaim in infringement proceedings». L'Avvocato Generale ribadisce tale natura sulla base della considerazione della particolare efficacia di giudicato che le disposizioni legislative attribuiscono alle decisioni delle Commissioni di Ricorso dell'EU IPO. Sul punto cfr. l'analisi di SCORDAMAGLIA V., *La tutela giurisdizionale dei privati nei confronti delle decisioni degli uffici comunitari di proprietà industriale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1996, 107 e 119.

Come emerge dalle caratteristiche sinteticamente evidenziate, le Commissioni di Ricorso rappresentano dei rimedi giustiziali in via amministrativa connotati da un alto grado di indipendenza e di imparzialità del decisore rispetto all'autorità sui cui atti si pronunciano, dove il procedimento è poco formalizzato ma improntato ad una forte garanzia del contraddittorio.

7. La funzione giustiziale come strumento di rafforzamento della legalità nell'amministrazione europea

7.1 Garanzie procedurali come strumento di controllo «dal basso» delle scelte tecnico discrezionali

Come si è già messo in luce in precedenza in relazione al caso delle Autorità di Vigilanza Europee (ESA), l'istituzione di organismi di ricorso di secondo grado è stata vista con particolare necessità dal legislatore²⁹⁶ al momento dell'istituzione di agenzie di regolazione, munite in specifici casi del potere di adottare provvedimenti direttamente incisivi della sfera giuridica dei privati.

Se dunque le agenzie rappresentano l'attuale soluzione per garantire una prevalenza «in via amministrativa» agli interessi dell'Unione, si è dovuto correlativamente istituire un sistema di tutela volto a garantire i privati da comportamenti arbitrari di tali enti. L'esigenza di tutela è tanto più ampia quanto più le agenzie sono dotate del potere di adottare provvedimenti giuridicamente vincolanti e slegate dal circuito di controllo democratico del Parlamento che invece, seppure indirettamente, potrebbe rappresentare un fondamento per l'azione a livello centrale della Commissione Europea²⁹⁷.

²⁹⁶ Gli atti normativi istitutivi di agenzie di regolazione contengono sempre, nella parte preliminare, un riferimento alla necessità di garantire la protezione degli interessi dei privati anche attraverso meccanismi di tutela giustiziale, cfr. ad esempio, per citare soltanto gli interventi più recenti, i «considerando» n. 30 del nuovo Reg. UE 1001/2017 sul marchio europeo, n. 121 del Reg. UE n. 806/2014 che istituisce il Meccanismo di Risoluzione Unico, nonché il «considerando» n. 58 dei Reg. UE 1093 – 1094 – 1095/2010 istitutivi delle ESA. Si può ricordare inoltre il riferimento al miglioramento ed alla costruzione dei «Board of Appeal» nel «Common Approach on EU decentralised agencies», documento programmatico annesso alla dichiarazione congiunta delle istituzioni europee del 19 luglio 2012, che evidenzia come sia ritenuta imprescindibile, nell'organizzazione delle agenzie, l'istituzione e ed il corretto funzionamento di una Commissione di ricorso.

²⁹⁷ Il rapporto di proporzionalità inversa tra legalità sostanziale e garanzie procedurali che caratterizza i procedimenti di regolazione posti in essere da Autorità Indipendenti è ormai considerato acquisito anche nella giurisprudenza nazionale, che ne ha dedotto alcuni corollari dal punto di vista applicativo; si veda sul punto la decisione del Consiglio di Stato, VI, sent. 11 aprile 2006, n. 2007, per cui «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio». Per un richiamo in dottrina v. CHIEPPA R., *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, trascrizione, riveduta, corretta e integrata con le

Questo affievolirsi del legame con la responsabilità politica che caratterizza i vertici delle amministrazioni composite²⁹⁸ genera la necessità di maggiori garanzie a livello procedimentale, in modo tale da consentire una partecipazione, se non un vero e proprio controllo, della collettività sull'azione amministrativa.

Il tema è stato a lungo discusso in dottrina, che se ne è occupata in particolar modo nel periodo storico che ha visto la nascita e la moltiplicazione della Autorità amministrative indipendenti a livello nazionale, sottolineando il valore della partecipazione e del contraddittorio procedimentale come elemento chiave di razionalizzazione della disciplina, anche dal punto di vista costituzionale²⁹⁹.

Si ritiene che tali argomenti possano estendersi a maggior ragione nell'ordinamento europeo, dove il *deficit* di controllo politico-democratico affligge non solo le amministrazioni decentrate ma anche le istituzioni centrali, a cui sono attribuiti poteri di amministrazione diretta senza il vincolo di una vera e propria responsabilità politica, fatta eccezione per la possibile mozione di censura da parte del Parlamento europeo.

Spostando dunque il fuoco sul panorama istituzionale europeo, si evidenzia la costante – e crescente negli anni – preoccupazione da parte degli organi «centrali» dell'Unione di istituire un

note, dell'intervento tenuto in occasione del Convegno «Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative», svoltosi a Roma presso il Consiglio di Stato il 14 dicembre 2005, in *giustizia-amministrativa.it*, 2006, per cui «si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: tanto meno è garantita la prima per l'effetto dell'attribuzione all'Autorità di poteri che a volte sono sostanzialmente in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel procedimento condotto dall'Autorità di tutti i soggetti interessati»

²⁹⁸ Per i problemi legati alle forme di «interactive-governance» ed alla possibilità di garantire un controllo democratico sulle responsabilità all'interno di tali processi decisionali v. PAPADOPOULOS Y., *Accountability*, in ANSELL C. TORFING J. (a cura di), *Handbook on Theories of Governance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016

²⁹⁹ Come chiaramente affermato da CHIEPPA R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, *op. cit.*, per cui «qualche dubbio sul collocamento delle Autorità nel nostro ordinamento permane e proprio nel procedimento partecipativo è stato rinvenuto uno dei fondamenti delle Autorità. Procedimento partecipativo inteso non come semplice forma di razionalizzazione delle decisioni delle Autorità, ma come strumento della partecipazione dei soggetti interessati, sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In altri termini, le Autorità che si pongono al di fuori della tradizionale tripartizione di poteri e in assenza di responsabilità e soggezione nei confronti del governo, trovano in questo modo una legittimazione dal basso, proprio attraverso le garanzie del giusto procedimento e poi mediante il controllo in sede giurisdizionale.» v. anche in seguito, ove si ritiene che «la partecipazione viene ad essere un correttivo sia della perdita della legalità sostanziale, sia del *deficit* di legittimazione democratica.» Sul intimo collegamento tra modello organizzativo delle autorità indipendenti ed esigenza di rispetto del principio del contraddittorio procedimentale v. MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti – un romanzo «quasi» giallo*, Bologna, 2000, che individua proprio nel rispetto del principio della «parità delle armi» nel contraddittorio la ragione principale dell'introduzione e del successo del modello delle amministrazioni indipendenti.

quadro normativo idoneo a razionalizzare l'azione delle agenzie europee, ed in questi sforzi si coglie la particolare attenzione che in tale quadro è stata riservata a strumenti di tutela giustiziale. Per ciò che concerne i documenti istituzionali prodotti dalla Commissione e dalle altre istituzioni che affrontano il tema della posizione costituzionale delle agenzie, si ritrova affermata l'idoneità di sistemi di ricorso amministrativo a costituire un valido elemento di legittimazione; può richiamarsi la Relazione della Commissione Affari Costituzionali del Parlamento Europeo del 4 dicembre 2003³⁰⁰, che individua la necessità di istituire delle commissioni di ricorso come strumento di «controllo» delle agenzie, in alternativa a forme di revisione amministrativa affidate alla Commissione, in casi di agenzie esecutive da essa direttamente dipendenti. Nello specifico si ritiene che le forme di controllo debbano essere varie e imprescindibili, e tra di esse si annovera il controllo da parte degli «utenti» dell'agenzia e del pubblico in generale³⁰¹.

A ciò si riconnette anche l'attenzione riservata alla disciplina del conflitto di interessi che potrebbe interessare i membri delle Commissioni di ricorso, da un lato rispetto al personale delle agenzie e dall'altro rispetto ai soggetti regolati e direttamente coinvolti nei procedimenti a cura dell'agenzia³⁰².

L'esigenza di imparzialità e di assenza di legami è forte in quanto necessaria alla corretta ponderazione, in secondo grado, degli interessi rilevanti dei privati, nel contraddittorio successivo alla decisione. Tale ulteriore strumento di pressione sull'operato dell'agenzia, che può vedere annullata una propria determinazione anche sulla base di vizi di merito e non solo di mera legittimità, sembra potersi leggere come valvola di ingresso di valutazioni, opinioni e interessi che dovrebbero trovare la loro sede naturale nel giudizio di responsabilità politica che

³⁰⁰ Parlamento Europeo, Relazione sulla comunicazione della Commissione «Inquadramento delle agenzie europee di regolazione», 4 dicembre 2003, A5-0471/2003.

³⁰¹ Nella Relazione del dicembre 2003, in particolare al punto 20, si afferma infatti che «il controllo esterno delle agenzie debba comportare in sintesi i seguenti elementi: il controllo giurisdizionale come descritto, il controllo finanziario e di bilancio esercitato in sede congiunta dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Corte dei conti contestualmente alla predisposizione e all'approvazione del bilancio e alla procedura di discarico, il controllo politico esercitato innanzitutto dal Parlamento tramite segnatamente il seguito informale dei lavori delle agenzie garantito dalle commissioni parlamentari specializzate, il controllo di gestione secondo i principi di buona amministrazione esercitato del Mediatore europeo, nonché il controllo da parte degli «utenti» dell'agenzia e del pubblico in generale».

³⁰² Si veda, per ciò che concerne l'impegno della Commissione Europea, la «Roadmap on the follow-up to the Common Approach on EU decentralised agencies» del 18 dicembre 2012 predisposta dalla Commissione e contenente un programma di azioni volte al miglioramento ed alla razionalizzazione della disciplina delle agenzie, coerentemente con gli obiettivi fissati in sede di accordo inter-istituzionale. In particolare sono ivi previste azioni specifiche per rendere più efficiente la prevenzione dei conflitti di interessi tra membri delle agenzie e delle Commissioni di ricorso ed altre per assicurare un maggior coinvolgimento degli interessati nei procedimenti oggetto dell'attività delle agenzie. Per un resoconto dei progressi effettuati nel solco di tale programma di azione si rinvia al «Progress report on the implementation of the Common Approach on EU decentralised agencies» COM(2015) 179 del 24 aprile 2015.

normalmente investe i vertici dell'amministrazione. Una volta ridotto, se non reciso, il legame principale con il vertice politico, attraverso l'organizzazione concepita come indipendente e tecnicamente specializzata, il «sentiero interrotto» della legalità può trovare uno spazio nel contraddittorio procedimentale, ed ancora di più in quello giustiziale, che si articola in censure specifiche in grado di procurare un confronto più profondo tra gli interessi privati e la discrezionalità espressa dall'autorità³⁰³.

Se dunque da un lato può dirsi pacifico il collegamento tra garanzie del giusto procedimento e procedimenti di regolazione, sembra potersi affermare anche che la previsione di una fase di tutela giustiziale possa costituire requisito necessario, e forse imprescindibile, per realizzare davvero una compensazione del *deficit* di legalità sostanziale a cui sono esposte le agenzie di regolazione.

7.2 Le Commissioni di Ricorso come rafforzamento dell'accountability; imparzialità e indipendenza

Si è finora trattato dell'importanza delle Commissioni di ricorso come strumenti di difesa e protezione degli interessi privati, in un contesto in cui i poteri regolatori sono esercitati senza una forte legittimazione democratica. Si ritiene tuttavia possibile andare oltre, evidenziando l'ulteriore incidenza della tutela giustiziale nell'assicurare il contraddittorio tra amministrazione e soggetti privati, colto in entrambe le sue dimensioni³⁰⁴: quella verticale, come esercizio del diritto di difesa, e quella orizzontale, come strumento per consentire al privato la rappresentazione dei propri interessi, della propria «visione»³⁰⁵, all'interno dei procedimenti posti in essere dalle agenzie.

La funzione delle Commissioni di ricorso sembra potersi inquadrare infatti come strumento di controllo sull'operato delle agenzie nel momento in cui viene così percepita dalle istituzioni comunitarie, nonché trattata congiuntamente ai controlli amministrativi in alcune ricostruzioni

³⁰³ L'immagine del «sentiero interrotto» è ripresa dal fondamentale studio di MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.

³⁰⁴ Sulla distinzione tra le due «dimensioni» del contraddittorio v. CLARICH M., *Autorità Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, op. cit., 158, che nel distinguere tra procedimento e processo sottolinea come «nell'applicazione del principio del contraddittorio, estesa dal processo in senso proprio al procedimento amministrativo, assume rilievo soprattutto la dimensione verticale del medesimo, poiché il potere esercitato è di regola un potere unilaterale dell'amministrazione rispetto al quale, specie nel caso di interessi legittimi oppositivi, la contrapposizione tra parte privata e amministrazione è particolarmente evidente».

³⁰⁵ Così nella terminologia di D'ALBERTI M., *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1.

dottrinarie³⁰⁶; essa consente un ripensamento, procedimentalizzato, delle determinazioni assunte dall'agenzia, sulla base di interessi rappresentati dai soggetti a cui l'attività amministrativa è rivolta, che possono assumere anche natura di interessi semplici e non soltanto interessi legittimi, ed operato da organi in grado di assicurare un sufficiente grado di imparzialità ed indipendenza dal decisore principale.

Il ricorso giustiziale riveste dunque una ulteriore importanza nel permettere l'ingresso degli interessi dei soggetti «regolati» all'interno dei procedimenti, come valvola di democratizzazione delle scelte ed aggiunta ai controlli delle altre istituzioni sull'operato delle agenzie³⁰⁷.

Nello stesso solco si ritiene sia spesso prevista la partecipazione istituzionale di gruppi di *stakeholders*, che spesso rivestono una posizione privilegiata nel rapporto con l'autorità³⁰⁸. La rilevanza data a gruppi di portatori di interessi, seppure limitata dal timore di evitare la «cattura» del regolatore e dalla previsione di requisiti formali per la creazione di Gruppi di interesse riconosciuti, dimostra quanta attenzione le istituzioni ed il legislatore comunitario dedichino al coinvolgimento degli «attori sociali» nei processi decisionali, specie in quelli che coinvolgono autorità che esercitano poteri pubblici disancorati da forme di responsabilità politica diretta³⁰⁹.

Interessante appare infatti considerare l'importanza della partecipazione ai procedimenti e del contraddittorio tra privati e amministrazione, e dunque anche della fase giustiziale per come sopra inquadrata, ai fini del mantenimento di quella che potrebbe definirsi il «*rule of law amministrativo*», che si identifica nella funzione «regolatoria» del principio di legalità. Se la legge deve regolare l'esercizio del potere, da ciò consegue che essa disponga dei momenti di contatto tra interessati ed autorità decidente. Tale contatto non sempre risulta, anche agli occhi degli interpreti, sufficientemente disciplinato nelle disposizioni che regolano i procedimenti di

³⁰⁶ Si veda ad esempio l'approfondimento analitico sulle Commissioni di Ricorso operato dalla Commissione Europea in seguito alla Comunicazione del 2008 COM (2008) n. 135 *European agencies – The way forward*, per cui «the role of the Board of Appeal is to check that the agency has applied basic regulation rules and the implementing rules correctly, within the scope of the tasks devolved on it and the responsibilities assigned to it.» Il testo completo del documento è disponibile all'indirizzo https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/overhaul_en; si veda inoltre il già citato documento del Parlamento Europeo, *Relazione sulla comunicazione della Commissione «Inquadramento delle agenzie europee di regolazione»*, 4 dicembre 2003, A5-0471/2003; in dottrina v. TOVO C., *Le agenzie decentralizzate dell'Unione Europea*, op. cit., 335, CHAMON M., *EU Agencies: legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, op. cit., 315 ss.

³⁰⁷ Sui quali può rimandarsi ai già citati lavori di CHAMON M., *EU Agencies*, op. cit., 318 e ss. e SCHOLTEN M., *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*, op. cit., 22 e ss.

³⁰⁸ Cfr. ad esempio l'art. 37 del Reg. 1093/2010 che istituisce il Gruppo delle parti interessate nel settore bancario, attribuendogli poteri consultivi e facoltà d'intervento e partecipazione ai procedimenti.

³⁰⁹ Sul ruolo dei gruppi di interesse organizzati nel processo decisionale europeo v. CRAIG P. DE BÛRCA G., *EU Law. Text cases and materials*, op. cit., 150

fronte alle agenzie europee. Proprio in virtù di tali aporie appare ancora più significativa la previsione di una fase giustiziale, in grado di assicurare tale momento di confronto dialettico, seppure in un momento successivo rispetto all'adozione della decisione³¹⁰.

Può aggiungersi che dunque ove la partecipazione non basti, anche a causa dell'atteggiamento ostruzionistico o di chiusura da parte dell'autorità, la via giustiziale resti la più adatta a consentire l'ingresso della «visione» degli interessati nel procedimento amministrativo, con un'efficacia che aumenta al crescere della capacità delle Commissioni di distanziarsi dalla posizione assunta dall'agenzia e di rivalutare in modo autonomo gli interessi in gioco ed il bilanciamento operato nel provvedimento contestato.

Si ritiene di conseguenza che anche l'istituzione di rimedi amministrativi giustiziali possa rientrare a pieno titolo tra le misure che concorrono ad assicurare la legalità procedimentale, attraverso un modulo che spinge verso la realizzazione di un'amministrazione realmente condivisa, in quanto consente di rinforzare la dialettica tra privati e PA e di aumentare il livello di accettazione e di prevedibilità del precetto generale e astratto, contribuendo anche all'elaborazione di buone pratiche³¹¹.

7.3 Le Commissioni di Ricorso come strumento di elaborazione di «best practices», di normazione secondaria e di contrasto alla cattiva amministrazione

L'attività delle Commissioni di ricorso risulta anche, valutata nel suo complesso, uno strumento di integrazione normativa, contribuendo ad assicurare un più efficace svolgimento della funzione

³¹⁰ Si veda quanto è stato sostenuto da GALLI L., *Efficienza e legittimazione delle istituzioni pubbliche. Il caso del SRB*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 5, 2016, 11, in relazione al *Single Resolution Board* per cui il «rule of law» amministrativo, che trova concretizzazione in una disciplina puntuale dei poteri e dell'attività dell'agenzia, nel caso di specie non si è tradotto in un'effettiva garanzia di partecipazione dei soggetti destinatari dell'azione del SRB, poiché «solo nell'ambito dell'attività di prevenzione della crisi, ossia di pianificazione ex ante della risoluzione, è prevista la possibilità per il Comitato di “richiedere agli enti di prestargli assistenza nella preparazione e nell'aggiornamento dei piani”, senza che questa occasione di intervento per i soggetti interessati dia però luogo a un effettivo diritto di partecipazione. Quest'ultima, invece, non è contemplata nelle procedure di intervento precoce e di risoluzione in senso stretto, le quali però si traducono nell'esercizio dei principali e più incisivi poteri del SRB.» L'Autore continua puntualizzando come «questo sembra non aver escluso ipotesi di coinvolgimento “informale”, che si concretizzano in incontri e conferenze organizzati dal Board stesso e indirizzati alle autorità di risoluzione nazionale, agli *stakeholders*, agli esperti e agli altri soggetti interessati. Ad ogni modo, l'unico caso di “audizione delle persone interessate dal procedimento” espressamente menzionato è quello previsto in relazione all'esercizio dei poteri sanzionatori da parte del Comitato, principalmente in conseguenza della violazione, da parte degli istituti di credito, degli ordini e delle disposizioni del Board.»

³¹¹ MUSSELLI L., *La partecipazione delle Agenzie al procedimento decisionale*, op. cit., 58, sottolinea come la possibilità di adottare strumenti di *soft law* sia una delle direzioni in cui si inserisce l'operato delle agenzie europee nel processo decisionale e nella *governance* europea, prendendo ad esempio i poteri dell'ACER di cui all'art. 5 del Reg. 713/2009.

di regolazione affidata alle Agenzie. Ripensando alla nota formula per cui non vi è diritto senza azione³¹², la possibilità di agire di fronte ad organi quasi-giurisdizionali contestando anche nel merito i provvedimenti dell'Autorità consente una sorta di valvola di accesso di valutazioni ed interessi, di cui sono titolari i privati, all'interno del processo decisionale pubblico, rafforzando o viceversa privando di fondamento la *ratio decidendi* fatta propria dall'Autorità nel procedimento originario.

Da una lettura delle poche disposizioni del Trattato che fanno riferimento alle Agenzie – ed in generale alle amministrazioni decentrate dell'Unione Europea – può cogliersi come il riconoscimento costituzionale di tali enti passi attraverso il riconoscimento del diritto d'azione contro i loro atti, di fronte alla Corte di Giustizia oltre che di fronte alle Commissioni di ricorso. Tale azione rappresenta un vincolo per il legislatore comunitario, imposto espressamente dall'art. 263 § 5 TFUE, nonostante potesse ritenersi d'altro canto desumibile dal principio generale per cui l'Unione assicura una tutela giurisdizionale effettiva avverso gli atti delle proprie istituzioni, quale corollario dello stato di Diritto³¹³.

Pur dovendosi necessariamente separare la funzione normativa da quella giustiziale, si ritiene che esse possano trovare un punto di contatto nel caso di elaborazione delle regole di condotta, se non in generale di tutta la normazione secondaria. Se infatti il cuore della funzione giurisdizionale, e giustiziale in senso lato, è rappresentato dall'individuazione della regola del caso concreto, attraverso l'interpretazione delle norme. La normazione secondaria, soprattutto quando assume le vesti di linee guida o *soft law*³¹⁴, si pone ad obiettivo la specificazione, quanto più dettagliata

³¹² Sull'idoneità delle decisioni giustiziali a costituire uno strumento di ingresso ed integrazione dell'ordinamento da parte di norme di natura sociale, v. LAMANDINI M., *Il diritto bancario dell'Unione*, in D'AMBROSIO R. (a cura di), *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia. Scritti sull'Unione Bancaria*, Roma, 81, 2014, 29, per cui «la capacità delle norme sociali di effettivamente integrare l'ordinamento dipende dal modo in cui è concretamente esercitata la funzione giustiziale – se ne è avuta recente dimostrazione, mi pare, con la prima decisione del Board of Appeal nel caso *SV Capital /EBA* in materia di esponenti aziendali bancari, là dove si sono ritenute nei fatti vincolanti ai fini dell'esercizio della discrezionalità amministrativa le *guidelines* dell'EBA, pur costituenti a rigore strumento di *soft law*».

³¹³ Sull'estensione della giurisprudenza *Les Verts* e della fondamentale garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva avverso gli atti delle agenzie, nell'evoluzione che ha preceduto le modifiche apportate con il Trattato di Lisbona in riferimento, si rimanda a CHAMON M., *EU Agencies: legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, op. cit., 328.

³¹⁴ Sulla nozione di *soft law*, in relazione allo specifico caso della regolazione dei mercati finanziari, v. DUIJKERSLOOT T., *The Principle of Legality and the Soft Law Regulation and Supervision of Financial Markets*, in BESSELINK L. PENNING S. F. PRECHAL S. (a cura di), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer Law Publishing, Alphen aan den Rijn, 2011, 173, che individua tre caratteri fondamentali delle misure di *soft law*: in primo luogo esse esprimono delle regole di condotta o degli impegni, in seguito non sono legalmente vincolanti e infine sono concepite per incidere comunque, seppure per via indiretta, sul comportamento concreto dei destinatari.

possibile, della normazione primaria o dei principi che regolano un determinato ambito, al fine di aumentare la prevedibilità dell'azione amministrativa e di semplificare l'azione degli operatori privati e pubblici che tali norme si trovano ad applicare. Non pare azzardato, alla luce delle considerazioni sopra esposte, ritenere che anche la risoluzione di una controversia, con il suo portato interpretativo, possa allo stesso modo assolvere a tale funzione di specificare e chiarificare il precetto normativo, rendendo prevedibili gli esiti di controversie analoghe o i casi di applicazione del medesimo principio.

L'operazione logica di fondo risulta essere in entrambi i casi l'adattamento alla realtà di una norma astratta, mentre si pongono come elementi distintivi da un lato il momento in cui intervengono – poiché la normazione secondaria anticipa la soluzione mentre la funzione giustiziale interviene in seguito all'insorgere della controversia – dall'altro la diversa latitudine applicativa, nel senso che le norme, anche se specifiche, si atteggiano ad essere sempre applicate in una generalità di casi, mentre le decisioni sono per loro natura particolari, anche se di esse è possibile fornire un'interpretazione estensiva. Dunque parallelamente allo sviluppo di forme di *soft law* sempre più pervasive – si pensi ad esempio alle *guidance* della Commissione Europea in materia di concorrenza e, nell'ordinamento nazionale, alle discusse Linee Guida dell'ANAC introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici del 2016³¹⁵ – si inserisce l'istituzione di meccanismi di ricorso amministrativo in grado non solo di fornire un'applicazione concreta di quelle stesse norme, ma di orientarne anche la redazione, in un senso forse più vicino agli interessi dei ricorrenti o più coerente con la norma primaria.

L'organismo di decisione del ricorso dovrebbe porsi dunque anche come una fonte di principi e regole di condotta per l'amministrazione sui cui atti è competente a decidere, per diventare un utile strumento per contrastare pratiche di cattiva amministrazione³¹⁶. Sul punto pare opportuno sottolineare che non si ritiene possibile assimilare del tutto gli istituti di funzione giustiziale a strumenti di contrasto alla *maladministration*, in considerazione di una serie di argomenti: in primo luogo i rimedi giustiziali si pongono a tutela di posizioni giuridiche individuali, nell'ottica

³¹⁵ Molte critiche ha sollevato il ruolo che il Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. 50/2016) riserva alle linee guida dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione (A.N.A.C.), rendendo di fatto tali strumenti, considerati fino a quel momento di *soft law*, di difficile inquadramento all'interno del sistema delle fonti del diritto. Per una sintesi dei primi interrogativi sollevati dalla dottrina v. DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *giustizia-amministrativa.it*, 29 aprile 2016, nonché le opinioni riportate da SANDULLI M.A., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, 7.

³¹⁶ Sul punto, l'ipotesi di una affinità di funzioni tra strumenti di contrasto alla *maladministration* come l'*Ombudsman* e strumenti di funzione giustiziale è suggerita da LANGBOREK P. M. BUIJZE A. REMAC M., *Designing administrative Pre-trial proceedings*, Utrecht, 2012, 3.

di porre rimedio ad una lesione intervenuta a causa dell'atto amministrativo illegittimo, l'*ombudsman* invece si pone come generale canale di raccolta di petizioni non propriamente ancorate ad una posizione giuridica ben determinata, ed agisce spinto non soltanto dal bisogno di tutela ma anche e principalmente dall'obiettivo di contribuire a segnalare i difetti ed i malfunzionamenti della macchina burocratica. Inoltre si evidenzia, con specifico riferimento alle Commissioni di ricorso, che la tutela da esse accordata è limitata ad atti espressamente enunciati, e spesso tali rimedi non sono azionabili di fronte all'inerzia dell'amministrazione; non sembra dunque porsi come uno strumento generale a sostegno della collettività degli amministrati, quanto piuttosto accentuare l'aspetto di protezione rivolta soltanto a posizioni giuridiche definite ed individuate³¹⁷.

Ciò nonostante il ruolo della funzione giustiziale come strumento di elaborazione di norme e principi e sull'effetto di essi su una risoluzione più spedita delle controversie è stato sottolineato in vari modi dalla dottrina, anche se il paragone viene portato soprattutto in relazione agli strumenti di *Alternative Dispute Resolution (ADR)*³¹⁸, e appare evidente se si confrontano i dati relativi alla deflazione del contenzioso in alcuni settori ed al tasso relativamente basso di ricorsi giurisdizionali sulle pronunce rese in sede giustiziale³¹⁹. L'attività delle Commissioni di ricorso pare perciò in grado non solo di deflazionare il contenzioso ma anche di influenzare e contribuire alla interpretazione e specificazione, dal punto di vista tecnico e giuridico, delle norme applicate dalle agenzie, ed in tal modo prevenire il sorgere di future controversie³²⁰. A supporto di tale

³¹⁷ Un parallelo tra rimedi giustiziali e ombudsmen nel panorama della definizione per vie non giurisdizionali delle controversie, con particolare riferimento al sistema britannico, viene portato da DELSIGNORE M., I rimedi alternativi alla judicial review oltre manica, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 919 e ss.

³¹⁸ Suggestione che si ritrova in PAJNO A., *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, in FALCON G. MARCHETTI B. (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Trento, 2015. Sul punto diffusamente RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 1. Sempre in relazione alla rivalutazione della funzione giustiziale in merito alle più recenti evoluzioni v. CALABRÒ M., *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Federalismi.it*, 10, 2017. Tutti i contributi citati propongono, come punto di partenza per l'analisi, la significativa influenza dell'ordinamento comunitario nel processo di «riscoperta» della funzione giustiziale.

³¹⁹ Per un resoconto del numero dei ricorsi presentati alle Commissioni presso l'EUIPO si rimanda alle Relazioni annuali, disponibili su <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/it/annual-report>. Può riportarsi che per il solo 2016 il numero dei ricorsi presentati è stato di 2363 nell'ambito del Regolamento per il Marchio Europeo e di 83 nell'ambito del Disegno e Modello Comunitario. Rispetto a tale considerevole numero di decisioni soltanto una piccola parte viene di regola impugnata davanti al Tribunale dell'Unione Europea (nel 2016 il tasso di decisioni confermate dal Tribunale è pari all'85,7 % del totale).

³²⁰ Sulla natura «preventiva» dei modelli di ricorsi amministrativi nell'amministrazione europea v. MAGLIARI A., *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto*, *op. cit.*, 1355, per cui «la valorizzazione di tali rimedi risponde, infatti, a una logica preventiva (prima ancora che deflattiva) del contenzioso e contribuisce alla creazione di canali più veloci, informali e riservati per la composizione delle liti tra amministrazione e amministrati. Per di più, tali rimedi consentono di evitare la sottoposizione di questioni a

ruolo preventivo del contenzioso e delle potenzialità conciliative insite nei ricorsi amministrativi si segnala la recente disposizione del Reg. (UE) 796/2016 che disciplina i ricorsi davanti alle Commissioni di Ricorso istituite presso l’Agenzia Europea per le Ferrovie (ERA), che prevede la possibilità di una «revisione precontenziosa» qualora l’agenzia si renda conto, dopo la presentazione di un ricorso, della fondatezza della pretesa ed intenda modificare il provvedimento già prima della decisione in via amministrativa³²¹.

In questa direzione può cogliersi l’importanza del compito portato avanti dalle Commissioni di ricorso, come strumenti in grado di perseguire il buon andamento dell’azione amministrativa attraverso la chiarificazione dei precetti normativi e la soluzione tempestiva delle controversie, dunque di perseguire, anche se mediatamente attraverso la protezione degli interessi dei privati, l’ulteriore obiettivo di interesse pubblico di una migliore «qualità» nell’azione amministrativa.

8. Modelli ulteriori di esercizio della funzione giustiziale nell’Unione Europea: considerazioni critiche

Il modello sinora descritto e su cui si è impostato il ragionamento è quello delle Commissioni di Ricorso di molte agenzie di regolazione, che pare essere il più completo dal punto di vista dell’efficacia ed essere il modello che sta assumendo un certo carattere di generalità, considerando che in tutte le agenzie di più recente istituzione i meccanismi di ricorso in via amministrativa sono stati costruiti sulla base di tale modello³²².

Tale scelta è parsa coerente con l’obiettivo di selezionare un modello utile al confronto con l’ordinamento interno, in grado di offrire, quantomeno sulla base delle sue caratteristiche e della sua struttura, un esempio da considerare come base di partenza per una rivalutazione della funzione giustiziale che consenta una protezione maggiore ed effettiva degli interessi dei privati ed un maggiore controllo dei cittadini sull’azione amministrativa delle amministrazioni indipendenti e sottratte alla responsabilità politica.

In seguito alla trattazione del modello prescelto ed all’esposizione dei profili di interesse che esso presenta si intende tuttavia brevemente discutere di alcune ulteriori procedure di riesame

contenuto altamente tecnico al giudizio delle Corti, favorendo l’individuazione di soluzioni di compromesso o di mediazione all’interno del procedimento di amministrazione contenziosa».

³²¹ Cfr. art. 60 Reg. (UE) 796/2016.

³²² Si fa riferimento non solo alle ESA (European Supervisory Authorities), istituite nel 2010, ma anche al SRB (Single Resolution Board), istituito nel 2014 ed all’ERA (European Railway Agency), che si è trovata investita di rilevanti poteri nel 2016, in seguito all’approvazione del cosiddetto «quarto pacchetto ferroviario».

giustiziale di provvedimenti amministrativi a livello europeo, evidenziando come esse presentino una ridotta portata risolutiva in merito ai profili problematici di cui si è trattato.

Si è già accennato al modello previsto per gli atti adottati dalla Banca Centrale Europea nell'esercizio delle competenze di vigilanza sulle banche e sugli intermediari finanziari più significativi ad essa affidate nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico. I privati lesi da tali provvedimenti devono rivolgersi alla Commissione amministrativa di riesame (*Administrative Board of Review*), un comitato consultivo chiamato ad esprimere un parere sulla legittimità del provvedimento della BCE, *rectius* del Consiglio Direttivo su proposta del Consiglio di Vigilanza, prima di proporre l'azione di annullamento giurisdizionale alla Corte di Giustizia.

L'*ABoR* non dispone di poteri vincolanti, e si limita, nel caso in cui riscontri vizi di legittimità, a segnalarli al Consiglio Direttivo, il quale potrà modificare la propria decisione oppure confermarla.

L'assenza di un potere di annullamento sugli atti della BCE, la cui causa può anche rintracciarsi nelle disposizioni del Trattato che impongono che l'unico organo in grado di adottare provvedimenti in materia di vigilanza sia il Comitato Esecutivo e che quindi ostano ad un potere di annullamento da parte di un organo diverso, contribuisce a rendere tale rimedio ineffettivo e scarsamente protettivo per i privati³²³. Pur essendo strutturato secondo una logica di *adjudication*, si ritiene che un simile sistema possa contribuire soltanto ad ampliare di poco le possibilità di effettivo contraddittorio, e lasci troppo spazio alla discrezionalità dell'autorità decidente³²⁴.

Esistono poi altri modelli di revisione interna, ispirati al principio dell'opposizione o *implementation*, per cui il reclamo è proposto alla medesima autorità che ha adottato l'atto impugnato, che si pronuncia su di esso in seguito ad una procedura contenziosa.

Tali meccanismi, seppure in grado di consentire un ripensamento in merito alla decisione impugnata ed una più meditata riflessione sulla scelta discrezionale che ne rappresenta la base, scontano un difetto di imparzialità che non consente di definirli rimedi effettivi nel senso che qui

³²³ BRESCIA MORRA C., *The administrative and judicial review of decisions of the ECB in the supervisory field*, op. cit., 114.

³²⁴ È stato in tal senso rilevato da MAGLIARI A., *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto*, op. cit., 1356, che «il riesame interno delle decisioni della BCE si differenzia ampiamente dai meccanismi di ricorso previsti all'interno delle agenzie europee e mette in luce il tentativo di combinare tanto una componente funzionale tipica dei meccanismi di implementation, quanto la logica giustiziale sottesa alla finalità di adjudication.»

interessa, in quanto il contraddittorio non può realizzarsi appieno in caso di identità tra autorità decidente ed autorità che ha emanato l'atto³²⁵.

8. Analisi delle decisioni adottate dalle Commissioni di Ricorso: due possibili interpretazioni della funzione giustiziale

Se dunque si è ritenuto che il modello delle Commissioni di Ricorso fosse il più idoneo ad assicurare un contraddittorio effettivo ed un adeguato livello di protezione degli interessi dei privati, occorre calare il discorso nella prassi delle decisioni concretamente adottate da questi organi, per comprendere in che modo esse intendono il proprio compito e con quale intensità esse esercitano il sindacato sugli atti delle agenzie.

In particolare occorre attirare l'attenzione su una rilevante decisione della Commissione di Ricorso congiunta per le ESA, in cui sembrano potersi rintracciare molti dei punti di forza evidenziati in relazione all'effettività di tale rimedio. La decisione è stata la prima adottata dalla neo istituita Commissione, resa su di un ricorso presentato da una società di intermediazione finanziaria che lamentava un difetto di vigilanza da parte della autorità nazionale di vigilanza, in particolare in relazione alla mancata rimozione di un componente del consiglio di amministrazione di una banca che, ad opinione della ricorrente, non sarebbe stato provvisto dei necessari requisiti di onorabilità previsti dalle norme comunitarie³²⁶.

La Commissione di ricorso ha accolto il ricorso contro la mancata risposta dell'autorità competente – in questo caso l'Autorità Bancaria Europea (EBA) – all'istanza proposta dalla ricorrente, imponendo all'autorità di rispondere adottando un nuovo provvedimento³²⁷. La decisione appare rilevante in quanto la Commissione di Ricorso ha riconosciuto un interesse immediato e diretto della ricorrente ad ottenere una risposta nel merito, pur non essendo

³²⁵ Per una rassegna delle diverse tipologie di ricorsi per revisione interna v. DE LUCIA L., *I ricorsi amministrativi nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, op. cit., 327 e ss.

³²⁶ Commissione di Ricorso congiunta ESA, decisione 24 giugno 2013, *SV Capital c. EBA*, Ref. BoA C 2013 002. La ricorrente invocava la violazione degli articoli 40 e 42 della Direttiva 2006/48, in quanto le autorità di vigilanza in questione non avrebbero rimosso due direttori della filiale di una banca finlandese, con sede in Estonia, i quali non avrebbero soddisfatto i requisiti di onorabilità necessaria o di esperienza adeguata per determinare l'orientamento dell'attività dell'ente creditizio in questione, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 1, di tale Direttiva. A sostegno di tale conclusione, la ricorrente affermava che i direttori in questione avevano reso false dichiarazioni nell'ambito di un procedimento civile.

³²⁷ La società ricorrente ha impugnato una lettera con cui l'EBA, in risposta all'istanza presentata, esprimeva la sua interpretazione in ordine all'estensione dell'ambito di applicazione delle norme europee sui requisiti di onorabilità ed esperienza dei dirigenti delle imprese bancarie e finanziarie, ritenendolo limitato ai soli dirigenti centrali e non a quelli delle singole succursali; cfr. decisione *SV Capital c. EBA*, C 2013 002, paragrafo 16.

configurabile in capo ad essa, nel caso di specie, una pretesa idonea ad essere fatta valere in giudizio davanti alla Corte di Giustizia³²⁸. L'istanza presentata infatti conteneva la richiesta di un provvedimento che l'EBA è competente ad adottare d'ufficio e su cui conserva una propria discrezionalità; pertanto, in conformità ai principi espressi dalla giurisprudenza della corte di Giustizia, l'EBA non sarebbe gravata da alcun obbligo giuridico di pronunciarsi espressamente su tali istanze³²⁹.

Ciò nonostante, la Commissione di Ricorso ha ritenuto opportuna l'adozione di un ulteriore provvedimento, valorizzando la necessità di instaurare un contraddittorio con il ricorrente e di esaminare la questione sottoposta, a prescindere dal successivo esito, accedendo ad una interpretazione delle norme europee, in particolare all'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina europea al caso di specie. La Commissione tuttavia si è anche premurata di specificare l'impossibilità di entrare, in sede di decisione sul ricorso, nel merito della necessità di un'inchiesta, perché materia che esula dall'oggetto dell'appello, e di affermare comunque la piena discrezionalità dell'autorità sul punto e la sua intenzione di non interferire se non in merito alla scelta delle norme da valutare³³⁰.

In seguito a tale pronuncia infatti l'EBA ha deciso, adottando un diverso provvedimento più ampiamente motivato, di non esercitare le competenze sollecitate, riconoscendo conforme al diritto europeo l'operato dell'autorità nazionale di vigilanza³³¹. Anche su tale successivo provvedimento si è pronunciata la Commissione di Ricorso, in questo caso respingendo il ricorso anche se sulla base di una analisi puntuale del percorso argomentativo operato dall'autorità³³².

³²⁸ La Commissione di Ricorso ha riconosciuto non solo la ricorrente come «destinatario» della decisione, anche se nel caso di specie più che di decisione era in questione una risposta priva della forma di un provvedimento formale dell'agenzia, ma ha inoltre riconosciuto come impugnabile ai sensi dell'art. 60 del Reg. (UE) 1093/2010 anche il rigetto su un'istanza volta all'esercizio di una competenza discrezionale in capo all'agenzia, ai sensi dell'art. 17 Reg. 1093/2010.

³²⁹ Secondo un principio affermato dalla Corte di Giustizia in numerose pronunce in materia di istanze proposte alla Commissione al fine di stimolare l'avvio di un procedimento di indagine per denunciati illeciti concorrenziali, per cui l'obbligo di dar seguito a tali istanze sussisterebbe solo in presenza di uno specifico dovere di informazione imposto all'autorità, come quello previsto dal Reg. 1/2003; cfr. ad esempio ordinanze del 17 luglio 1998, *Sateba c. Commissione*, C- 422/97 P, punto 42, e del 14 gennaio 2004, *Makedoniko Metro e Michaniki c. Commissione*, T- 202/02.

³³⁰ Cfr paragrafo 67.

³³¹ Cfr. Commissione di ricorso congiunta per le ESA, decisione del 14 luglio 2014, *SV Capital C 02-2014*, paragrafo 54, in cui la Commissione conclude nel senso di non ritenere adeguato alcun argomento, tra quelli proposti dal ricorrente, a mettere in discussione la decisione dell'agenzia.

³³² La Commissione di ricorso – v. in particolare decisione *SV Capital C 02-2014*, paragrafo 53, pag 17 – riconosce un'alta soglia di discrezionalità in capo all'agenzia, ma pur non decidendo nel merito del «test» da utilizzare per individuare questa soglia, ritenendo che l'appellante non ha allegato sufficienti prove per sostenere le sue argomentazioni, adotta un criterio di sindacato pieno, e non limitato all'esame dei profili di legittimità sollevati nel

Tale approccio interpretativo, volto ad un ampliamento dell'estensione della revisione giustiziale, non è stato costante e non ha trovato seguito in altre decisioni successive ed in quelle di diverse Commissioni; pare infatti che nella maggior parte dei casi si sia preferito interpretare restrittivamente le condizioni per l'accesso al ricorso, rifacendosi all'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia in relazione all'esercizio dell'azione di cui all'art. 263 TFUE § 4. Tale approccio ha portato a numerose dichiarazioni di inammissibilità dei ricorsi, a volte analoghi a quello deciso nel caso *SV Capital* sopra descritto, sulla base di un riscontrato difetto di interesse individuale e concreto³³³.

Anche in relazione alla profondità del sindacato, da una lettura delle decisioni delle Commissioni di Ricorso sembra riscontrarsi la tendenza ad identificare il giudizio come di mera legittimità, fondato esclusivamente su eventuali vizi di violazione di legge e non esteso all'opportunità dell'atto impugnato³³⁴. Pare dunque, alla luce dei casi analizzati, che le Commissioni interpretino il proprio ruolo come una sorta di filtro per l'accesso al giudizio vero e proprio, enfatizzando i profili di identità tra la funzione giustiziale e quella giurisdizionale, come il limite dell'interesse al ricorso ed il sindacato estrinseco sulla discrezionalità, piuttosto che gli elementi di contatto con quella amministrativa, come la possibilità di decidere nel merito e di prendere in considerazione, alla luce dell'interesse pubblico perseguito, anche gli interessi semplici che i privati rappresentano nel ricorso. Si potrebbe invece ritenere più appropriato un approccio estensivo, teso a valorizzare lo strumento del ricorso amministrativo come momento di realizzazione dei diritti procedurali, della partecipazione e del contraddittorio, nell'ottica di un'amministrazione

ricorso. Possono vedersi in parallelo le considerazioni di CRAIG P., *European Administrative Law, op. cit.*, 416, in relazione all'operato della Corte di Giustizia nel caso *Pfizer*, in cui la Corte pur formalmente riconoscendo i limiti del proprio sindacato sulla discrezionalità procede ad un esame dettagliato delle valutazioni operate dall'amministrazione che pare sconfinare in un sindacato intrinseco e contraddire quanto affermato in astratto.

³³³ Come nella decisione Commissione di Ricorso congiunta delle ESA, decisione del 7 gennaio 2016 *Elektroniks OÜ and Timur Dyakov c. EBA*, 001 2016. Nel caso va precisato che tale atteggiamento remissivo della Commissione di Ricorso pare indotto dalle pronunce e dagli orientamenti nel frattempo manifestati dalla Corte di Giustizia e dal Tribunale dell'Unione Europea. La Commissione ritiene infatti di non potersi discostare dalle pronunce rese in sede giurisdizionale, v. in particolare il paragrafo 47, dove si esplicita che «the Board of Appeal has concluded that there is no distinction of substance between the position in the present case and that in the case of *SV Capital OÜ*. It follows that the Board of Appeal lacks competence to decide on the appeal and that, in the language of Article 60(4) of the EBA Regulation, the appeal is inadmissible». Negli stessi termini argomenta MAGLIARI A., *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto, op. cit.*, 1338.

³³⁴ Può citarsi ad esempio la sopra richiamata decisione *Elektroniks OÜ and Timur Dyakov c. EBA*, nonché il caso *Investor Protection Europe sprl c. ESMA*, Ref. BoA 2014 05 per ciò che attiene alla valutazione dell'interesse al ricorso; v. anche Commissione di Ricorso ACER, decisione del 21 dicembre 2015, Case A-001 2015. A riconferma della tendenza delle Commissioni a valutare l'interesse al ricorso secondo gli stessi parametri adottati dalla Corte di Giustizia v. Commissione di Ricorso EASA, decisione del 30 gennaio 2014, *Luck c. EASA*, AP/03/2012, paragrafo 44.

realmente condivisa e maggiormente democratica, quale autentico valore aggiunto di tali meccanismi nel panorama dell'amministrazione europea.

Un'apertura a tale impostazione pare invece potersi leggere nella recente decisione da parte della Commissione di Ricorso dell'ECHA di pubblicare e classificare, in modo da rendere facilmente individuabili, non solo le decisioni ma anche tutti gli ricorsi proposti contro le decisioni dell'autorità³³⁵. Un sicuro sforzo in avanti per aumentare il grado di trasparenza e di controllo sulle attività dell'agenzia e sul lavoro della Commissione di Ricorso, stimolando la partecipazione degli interessati alle decisioni pubbliche anche attraverso la proposizione dei ricorsi giustiziali.

9. *Il ruolo delle Commissioni di Ricorso nella giurisprudenza dei giudici europei*

Allo stesso modo anche l'esame della giurisprudenza europea del Tribunale di Primo Grado e della Corte di Giustizia pare orientarsi verso una visione restrittiva dell'accesso agli strumenti di ricorso amministrativo e dei loro poteri.

La Corte è costante nell'applicare rigidamente i criteri da essa stessa elaborati nella giurisprudenza *Plaumann*³³⁶, che forniscono la base per la nozione di interesse diretto ed individuale ai sensi dell'art. 263 §4 TFUE. La Corte ritiene che la posizione del privato debba essere quantomeno differenziata da quella di qualsiasi altro soggetto, al fine di escludere azioni volte esclusivamente al ripristino della legalità in astratto³³⁷. Ciò implica notevoli ostacoli alla tutela soprattutto nei confronti degli atti a contenuto generale, quali a volte sono gli atti delle agenzie di regolazione, e degli atti legislativi, nel senso di dover riconoscere una posizione differenziata consentire l'azione davanti alla Corte, anche a prescindere da effetti lesivi che una misura comporta per il singolo³³⁸.

³³⁵ Con decisione della Commissione di Ricorso del 30 settembre 2009, disponibile all'indirizzo https://echa.europa.eu/documents/10162/13573/appeal_announcement_decision_en.pdf.

³³⁶ Sentenza 15 luglio 1963, *Plaumann c. Commissione*, C-25/62.

³³⁷ In particolare la Corte ritiene che «chi non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguarda individualmente soltanto qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità». Cfr. sentenza 15 luglio 1963 *Plaumann c. Commissione* C-25/62.

³³⁸ Sull'evoluzione che ha interessato la nozione di lesione diretta e di posizione differenziata, successiva alla giurisprudenza *Plaumann*, v. VAN DEN BROEK N., *A Long Hot Summer for Individual Concern? The European Court's Recent Case Law on Direct Actions by Private Parties ... and a Plea for a Foreign Affairs Exception*, in *Legal issues of economic integration*, 30(1), 2003, 61. L'insofferenza nei confronti di un'applicazione restrittiva del criterio di *locus standi*, che sembra discendere dalla giurisprudenza *Plaumann*, è stata anche manifestata dall'Avvocato Generale Jacobs nelle sue conclusioni relative al caso *Unión de Pequeños Agricultores*, in cui si

L'interpretazione in oggetto è confermata proprio dalla decisione del Tribunale di Primo Grado sul caso *SV Capital*, in sede di impugnazione della pronuncia della Commissione di Ricorso³³⁹. In tal sede il Tribunale afferma il difetto di una posizione differenziata in capo alla ricorrente, a partire dall'orientamento giurisprudenziale che non riconosce ai privati la possibilità di presentare ricorso avverso il provvedimento di archiviazione di un'istanza volta all'esercizio di un potere discrezionale da parte di un organo dell'Unione³⁴⁰.

Anche per ciò che concerne gli atti sui quali è possibile presentare ricorso la Corte di Giustizia esclude che si possa estendere la cognizione della Commissione di Ricorso a provvedimenti non espressamente elencati nelle disposizioni dei regolamenti istitutivi che ne prevedono l'operatività. A ben vedere la questione si intreccia con la precedente, poiché il criterio della lesione immediata e concreta rappresenta l'unico meccanismo normativamente previsto con cui tale limite potrebbe essere superato, in applicazione del generale principio di effettività della tutela.

A ciò deve aggiungersi l'atteggiamento restrittivo che la Corte di Giustizia adotta nel sindacato delle valutazioni discrezionali, nonostante alcune aperture in materia di concorrenza, rispettoso dell'autorevolezza delle istituzioni europee ma meno del principio di legalità inteso in senso sostanziale, che non dovrebbe tollerare, anche qualora normativamente previsti, spazi troppo ampi sottratti al controllo del giudice³⁴¹. Il sindacato debole sulle decisioni delle agenzie pare una

auspica una modifica dell'indirizzo giurisprudenziale in un senso più conforme al principio di effettività della tutela, concludendo che «the only satisfactory solution is therefore to recognise that an applicant is individually concerned by a Community measure where the measure has, or is liable to have, a substantial adverse effect on his interests.». cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, C-50/00 P. Il Tribunale di Primo Grado avevo mostrato un'apertura ad una nozione più ampia di interesse al ricorso, fondata sul principio di effettività della tutela, nella sentenza 3 maggio 2002, T-177/01 *Jègo – Quère et Cie SA c. Commissione*, citata anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, tuttavia smentita dalla successiva pronuncia della Corte sul caso *Unión de Pequeños Agricultores*. Sul punto v. BONADIO G., *Nuovi sviluppi in tema di legittimazione ad agire*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 5, 1157.

³³⁹ Tribunale di Primo Grado, sentenza 9 settembre 2015 *SV Capital c. EBA*, T- 660/14. La Corte di Giustizia si è pronunciata in sede di appello della sentenza resa dal Tribunale di Primo Grado, a sua volta adito per la riforma della decisione adottata dalla Commissione di Ricorso, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 14 dicembre 2016, *SV Capital c. EBA* C- 577/15 P.

³⁴⁰ Cfr. Tribunale di Primo Grado, sentenza *SV Capital c. EBA*, *cit.*, paragrafo 47, dove si afferma che «secondo una costante giurisprudenza, sviluppata nell'ambito di ricorsi di annullamento proposti avverso le decisioni della Commissione che comportano il rifiuto di avviare un procedimento per inadempimento, ed applicabile per analogia al caso di specie, qualora un'istituzione od un organismo dell'Unione non siano tenuti ad avviare un procedimento, ma dispongano di un potere di valutazione discrezionale che esclude il diritto per i soggetti dell'ordinamento di pretendere che essi prendano posizione in un senso determinato, coloro che hanno presentato una denuncia non hanno, in linea di principio, la facoltà di sottoporre al giudice dell'Unione un ricorso contro un'eventuale decisione di archiviazione della loro denuncia.»

³⁴¹ Cfr. l'analisi della giurisprudenza europea in materia di decisioni amministrative compiuta da GRECO G., *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del Giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2009, 819 e s., che individua alcuni orientamenti particolarmente restrittivi, che sembrano attribuire carattere politico a scelte di

ragione in più per giustificare uno spazio più ampio per le Commissioni di Ricorso, che dovrebbero consentire un controllo nel merito da parte di un organo indipendente e imparziale, lì dove la Corte potrebbe arrestarsi in virtù del rispetto dello spazio riservato all'amministrazione.

Anche per ciò che concerne la disciplina processuale, la Corte sembra considerare la fase del procedimento che si svolge di fronte alla Commissione di Ricorso come un segmento separato dal procedimento che ha portato all'adozione dell'atto impugnato, e non riconosce alcuna continuazione tra le due fasi. Interpretando in tal modo le disposizioni rispetto ai termini di decadenza, appare evidente quanto un ricorrente possa essere scoraggiato dal proporre la propria istanza alla Commissione di Ricorso, sapendo che la durata del procedimento in tal sede farà probabilmente spirare il termine utile per proporre il ricorso al giudice, e che dunque sarà privato della tutela giurisdizionale qualora non si determini ad azionarla nell'immediato³⁴².

Appare dunque sempre più forte l'idea, nella giurisprudenza dell'Unione, che i ricorsi amministrativi rappresentino uno strumento di protezione degli interessi privati in un certo senso «concorrente» rispetto al giudice; sembra cioè che essi debbano svolgere la stessa funzione giurisdizionale di controllo sulla legittimità degli atti e protezione delle posizioni giuridiche, sottoposta agli stessi limiti e principi generali, in modo più celere e meno formalizzato. D'altro canto potrebbe sostenersi che tale visione contrasta in un certo senso con l'affermazione, costante in giurisprudenza, della natura amministrativa delle Commissioni di Ricorso, nel momento in cui esse vengono ricondotte a svolgere un compito che pare prettamente giurisdizionale, in quanto

natura amministrativa, come ad esempio Tribunale di Primo Grado, sentenza 28 gennaio 2009, T-125/06 ove si afferma che «pur se il Consiglio è certo tenuto a rispondere all'autorità politica e ai revisori interni della correttezza della sua scelta, esso non ha l'obbligo di dimostrare ai partecipanti ad una gara d'appalto i vantaggi che presenta la decisione di svolgere i servizi in causa con mezzi propri. Siffatta scelta, infatti, è di natura politica e rientra pertanto nel potere discrezionale del Consiglio. Ne deriva che, nell'ambito del presente ricorso, non spetta al tribunale esaminare la giustificazione economica e istituzionale della decisione di avvalersi dei servizi dell'OIB». L'Autore va oltre sostenendo, rispetto a tali affermazioni «che di fronte a pronunce di tal fatta non si può certo parlare di sindacato pieno della discrezionalità del potere amministrativo e neppure, per la verità, di sindacato debole. Si tratta, viceversa, del portato di un atteggiamento per così dire indulgente talvolta usato dal Giudice comunitario».

³⁴² cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 14 dicembre 2016, *SV Capital c. EBA* C- 577/15 P, paragrafo 57, per cui «contrariamente a quanto afferma la ricorrente, non vi è stata alcuna «prosecuzione» del procedimento in seguito all'adozione da parte dell'ABE della sua decisione del 21 febbraio 2014, e la proposizione di un ricorso dinanzi alla commissione di ricorso non ha inciso in alcun modo sul computo del termine di ricorso relativo ad una decisione precedentemente adottata dall'ABE, tenuto conto dell'incompetenza di quest'ultima». Tale difetto di continuazione viene riconosciuto a seguito della ritenuta incompetenza dell'Autorità (EBA) a pronunciarsi sull'istanza della ricorrente. Ciò nonostante, appare un ragionamento in grado di limitare molto la tutela dell'interessato che, proponendo ricorso in via amministrativa su un atto la cui competenza è incerta, rischia, in caso di pronuncia di rigetto da parte della Commissione di Ricorso, di vedersi preclusa la possibilità di agire successivamente in giudizio.

assimilato ad un giudizio di legittimità³⁴³. Pare dunque prevalere una visione di tali organismi come una sorta di giudici di prima istanza³⁴⁴, intorno ai quali in effetti, soprattutto con riferimento alle Commissioni che operano in materia di proprietà intellettuale, è stata anche avanzata l'ipotesi di una potenziale trasformazione in camere giurisdizionali, sul modello del Tribunale per la Funzione Pubblica³⁴⁵.

10. Considerazioni conclusive

Gli spunti offerti dall'analisi degli istituti di amministrazione giustiziale presenti nell'ordinamento europeo conducono ad una riflessione in ordine ai possibili modelli di risoluzione in via amministrativa delle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni ed alla loro eventuale portata sistematica. Si sono evidenziati infatti i dubbi che hanno accompagnato nel tempo il diffondersi delle agenzie decentrate nel panorama delle istituzioni europee e che restano ancora oggi al centro del dibattito dottrinario ed istituzionale: dalla difficoltà ad individuare un fondamento normativo alla delegazione di potere, ai problemi nella costruzione di un sistema che ne assicuri l'*accountability* e che possa legittimare i loro poteri alla luce dell'equilibrio istituzionale definito nei Trattati, ed infine alle questioni che si pongono in ordine alla tutela giurisdizionale nei confronti degli atti da esse adottati.

Un sistema effettivo di ricorsi amministrativi, che sia in grado di assicurare un elevato grado di imparzialità del decisore, attraverso meccanismi che ne assicurino l'indipendenza e che prevenano eventuali conflitti d'interessi, che possa incidere concretamente sull'interpretazione delle norme rilevanti adottata dall'autorità ed incentivare lo sviluppo di «buone pratiche» amministrative, potrebbe rappresentare un tassello decisivo nell'inquadramento sistematico delle agenzie e nel ricondurre la loro azione ai principi del *rule of law* amministrativo e del giusto procedimento. La possibilità di rivedere gli atti in via amministrativa, senza i limiti ed i costi del

³⁴³ Si richiamano i già citati precedenti T-63/01 *Procter & Gamble v OHIM (soap bar shape)*, sentenza del 12 dicembre 2002 e *Metropolis c. UAMI e Metroinvest*, T-284/11, sentenza del 25 aprile 2013

³⁴⁴ Così VAN CLEYNENBREUGEL P., *Market Supervision in the European Union: Integrated Administration in Constitutional Context*, Leiden, 2014, 153.

³⁴⁵ La possibilità di istituire Tribunali specializzati è stata introdotta con il Trattato di Nizza del 2001 ed ha fino ad ora trovato applicazione soltanto in relazione al Tribunale della funzione pubblica, competente per la decisione delle controversie in materia di pubblico impiego presso le istituzioni dell'Unione. Fin dall'introduzione tale ipotesi era stata ventilata anche in relazione alla materia della proprietà intellettuale, come testimonia la proposta della Commissione di istituire un Tribunale del brevetto europeo. Per una ricostruzione del dibattito in ordine all'istituzione di un Tribunale specializzato in materia di proprietà intellettuale v. SCHIANO R., *Le «camere giurisdizionali» presso la Corte di Lussemburgo: alcune riflessioni alla luce dell'istituzione del Tribunale della funzione pubblica*, in *Dir. Un. Eur.*, 4, 2005, 719 e ss.

sindacato giurisdizionale, assicura una maggiore coerenza e prevedibilità nell'azione amministrativa, un miglioramento nella qualità dei provvedimenti resi ed inoltre potrebbe contribuire ad un incremento della fiducia da parte dei privati nel lavoro delle pubbliche amministrazioni³⁴⁶.

L'attenzione al principio di legalità, colto in entrambe le sue nozioni di legalità formale e sostanziale, si manifesta con maggiore forza in un ordinamento come quello europeo – di matrice sovranazionale, la cui *governance* è stata storicamente fondata sul metodo intergovernativo – all'interno del quale hanno trovato spazio con fatica istituzioni di rappresentanza democratica diretta³⁴⁷.

In questo contesto appare chiaro, dall'analisi delle norme che hanno recentemente istituito nuove agenzie, quanto il legislatore europeo consideri ormai imprescindibile accompagnare alla concessione del potere di adottare atti direttamente efficaci nei confronti dei privati in capo alle agenzie la previsione di un sistema di impugnazione in via amministrativa di tali atti.

Essi possono ormai leggersi, alla luce delle considerazioni che si sono svolte sul ruolo della funzione giustiziale nella protezione e garanzia degli interessi procedimentali, come strumenti chiave per accrescere l'influenza degli amministrati sul processo decisionale; il procedimento amministrativo si trasforma così in un momento di riaffermazione degli interessi che sono il portato dei singoli amministrati; d'altro canto, sono proprio questi interessi ed il loro coordinamento a costituire il fulcro dell'attività di regolazione – che impiega gran parte delle amministrazioni europee a cui si sta facendo riferimento – dove l'obiettivo definito dalla legge in via generale ed astratta viene perseguito tramite il bilanciamento e «l'arbitraggio» tra interessi equipollenti attraverso strumenti non solo di natura amministrativa ma anche normativa e giustiziale³⁴⁸.

³⁴⁶ Cfr. in dottrina EYER K. R., *Administrative Adjudication and the Rule of Law*, in *Administrative law review*, 04, 2014, 647, per cui la funzione di *adjudication* svolta dalle pubbliche amministrazioni avrebbe l'effetto di «increase consistency in the legal standards that are applied across the legal system, promote predictability for regulated entities through rule creation, and restrict government discretion that might otherwise be entirely unchecked.»

³⁴⁷ È noto come soltanto con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore a partire dal 2009, la procedura legislativa «ordinaria» vede la partecipazione del Parlamento Europeo come attore imprescindibile nella maggior parte dei procedimenti legislativi, mentre in origine l'organo era concepito come meramente consultivo. Può citarsi anche il caso del Mediatore Europeo, introdotto soltanto con il Trattato di Maastricht del 1992, per evidenziare quanto la prima fase storica dello sviluppo delle Comunità Europee fosse decisamente improntata al metodo intergovernativo.

³⁴⁸ Sulle difficoltà di ricondurre alla nozione ampia di regolazione attività di carattere meramente esecutivo v. BASSAN F., *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell'Unione Europea*, op. cit., 993, che evidenzia, con particolare riferimento all'ordinamento comunitario, la difficoltà di individuare compiutamente la natura normativa o esecutiva

Tale attività di bilanciamento dovrebbe dunque portare a risultati più condivisi nel momento in cui ai singoli sia data la possibilità di esprimersi non solo attraverso la partecipazione infra-procedimentale ma anche, una volta adottato il provvedimento, attraverso un contraddittorio articolato secondo gli schemi propri del processo, attraverso cui manifestare anche eventuali vizi di opportunità. Il limite del sindacato giurisdizionale, ancorato anche nell'ordinamento europeo alla sussistenza di un vizio di legittimità per giustificare l'annullamento dell'atto, non sembra idoneo infatti a tutelare appieno le posizioni giuridiche di tutti quei soggetti che, pur non essendo destinatari diretti dell'atto o non ricevendone una lesione concreta e attuale, possano vantare un interesse di fatto a contestare le determinazioni discrezionali assunte dall'amministrazione³⁴⁹.

Tra le diverse forme in cui la funzione giustiziale è esercitata nell'amministrazione europea le Commissioni di Ricorso delle agenzie di regolazione risultano essere quelle più idonee a garantire una revisione effettiva, soprattutto in virtù delle loro caratteristiche strutturali in grado di assicurare una piena indipendenza ed imparzialità nel giudizio ma anche un collegamento ed una «vicinanza» agli interessi pubblici ed agli obiettivi alla cui realizzazione è preposta l'attività amministrativa su cui si pronunciano, che rende possibile un intervento nel merito dei giudizi discrezionali formulati dall'agenzia.

Tuttavia l'analisi delle decisioni delle Commissioni di Ricorso ha evidenziato come esse interpretino il loro ruolo in modo restrittivo; tale tendenza si è riscontrata con particolare evidenza sui due profili che si sono in precedenza indicati come decisivi al fine di rendere un ricorso effettivo: l'ampiezza della legittimazione a proporre ricorso e l'intensità del sindacato esteso al merito ed alle valutazioni di opportunità. Le Commissioni spesso rinunciano ad estendere la legittimazione a proporre ricorso in capo a privati non direttamente destinatari degli atti impugnati, sulla base di un'interpretazione rigida dei limiti posti dai regolamenti istitutivi

degli atti di regolazione. L'Autore definisce infatti la regolazione come «l'attività diretta a costituire l'ordine del mercato – con riferimento alla creazione o al mantenimento della concorrenza tra le imprese ma anche alla tutela dell'utente e del consumatore – quando questo non si realizza direttamente», che è caratterizzata «non tanto dal carattere condizionale [...] ma da quello finalistico». Entrambi tali profili, quello condizionale – che si sostanzia nella capacità dell'autorità di fissare le regole del gioco – e quello finalistico che mira alla definizione di un obiettivo contenuto nella legge, conducono ad un'attività non meramente esecutiva ma anche di bilanciamento tra interessi privati contrastanti che si concretizzano nel comportamento degli attori sul mercato.

³⁴⁹ Sul punto CHITI M. P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Quarta edizione, Milano, 2011, 681, sostiene l'inadeguatezza dei vizi dell'atto amministrativo nella sistematica del diritto dell'Unione Europea a tutelare appieno gli interessi dei privati. DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 368, evidenzia come i provvedimenti di regolazione si pongono come astrattamente lesivi di una molteplicità di posizioni giuridiche, presenti nel mercato regolamentato, per cui andrebbe assicurato un contraddittorio pieno. A tali soggetti, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, non sempre potrebbe essere consentito l'intervento nel processo, giustificando la previsione di rimedi, quantomeno in via amministrativa, per tutelare la loro posizione.

all'ampiezza della loro cognizione, ed inoltre raramente si avventurano nel ripercorrere le valutazioni dell'agenzia nel merito, ed anzi in alcuni casi sostengono espressamente l'esistenza di uno spazio discrezionale riservato all'agenzia che, perlomeno per quanto riguarda i fatti dedotti nel ricorso, non si ritiene debba esistere³⁵⁰.

Tale atteggiamento avvicina il sindacato delle Commissioni a quello di un giudice di legittimità, ed in particolare a quello della Corte di Giustizia, il cui modello è il sindacato di annullamento proprio dei paesi a diritto amministrativo³⁵¹, così avvalorando quelle tesi in dottrina che ritengono che il ricorso in via amministrativa si ponga come strumento «concorrente» rispetto all'azione giurisdizionale³⁵². Si è verificato poi come anche la stessa Corte di Giustizia abbia avallato tale interpretazione, applicando al ricorso amministrativo gli stessi criteri elaborati nella giurisprudenza in materia di azione giurisdizionale, ritenendo sussistente l'interesse al ricorso soltanto in presenza di un soggetto destinatario dell'atto impugnato o che possa vantare una posizione differenziata che lo distingua dalla collettività.

Tale tendenza appare tuttavia in contrasto con la rivalutazione della funzione giustiziale come elemento in grado di aumentare il grado di condivisione e prevedibilità delle scelte amministrative di regolazione, la partecipazione nell'azione amministrativa e il novero delle situazioni giuridiche protette; non si ritiene infatti possibile che le Commissioni di Ricorso possano agevolmente svolgere una funzione effettivamente differenziata da quella giurisdizionale se l'accesso al ricorso resta limitato ed il sindacato sul merito poco sperimentato.

L'utilità di tali strumenti parrebbe notevolmente ridimensionata se essi si dovessero ridurre, come conferma la prassi delle più recenti decisioni, ad essere esclusivamente un filtro per il ricorso in via giurisdizionale, una fase ulteriore dotata di maggiore speditezza e minor costo, ma senza identiche garanzie di imparzialità. Seppure l'esigenza di abbreviare i tempi dei processi e di ridurre l'arretrato delle Corti, fortemente avvertita nell'Unione Europea, abbia spesso giustificato la propensione verso sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e ad essi sia stata spesso

³⁵⁰ Il riferimento è alla decisione della Commissione di Ricorso dell'EASA, *Robinson*, 004 - 2014, paragrafi 99 e 110, in cui la Commissione di Ricorso sostiene di non poter ordinare all'agenzia di consentire l'accesso ad un documento ritenuto riservato in quanto tale valutazione sarebbe di esclusiva competenza dell'autorità, titolare di un potere discrezionale che non potrebbe tollerare interferenze da parte della Commissione di Ricorso.

³⁵¹ A sostenere la «discendenza» dell'azione di annullamento *ex art. 263 TFUE* dal modello del sindacato del Consiglio di Stato francese MUSSELLI L., *La giustizia amministrativa nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2000.

³⁵² TOVO C., *Le agenzie decentrate dell'Unione Europea*, *op. cit.*, 335 e ss.

assimilata la risoluzione tramite ricorso amministrativo³⁵³, si ritiene che non possa essere soltanto tale esigenza, per quanto impellente, a giustificare l'istituzione ed il funzionamento di organi complessi come le Commissioni di Ricorso. Tale considerazione trae forza anche dall'argomento legato al numero di ricorsi decisi dalla Commissioni: con l'esclusione delle Commissioni istituite presso l'EUIPO, che si pronunciano su un numero considerevole di ricorsi, la maggior parte di tali organismi non si attiva con molta frequenza, dato l'esiguo numero dei provvedimenti sui quali essi possono decidere e di controversie che sorgono intorno ad essi. Se si aggiunge che una buona parte di tali decisioni sono state anche impugnate al Tribunale dell'Unione Europea, l'unione di tali circostanze vale ad escludere una grande utilità in concreto delle Commissioni di Ricorso in termini di funzione di «filtro» per il ricorso giurisdizionale ed in termini di risparmio della «risorsa giustizia». Parrebbe piuttosto che esse si trasformino in un costo eccessivo, in termini di organizzazione e gestione, rispetto a quello che potrebbe dover essere sopportato nel suo complesso da una risoluzione esclusivamente giurisdizionale delle controversie, evitando di mantenere un «doppione» dell'azione in giudizio, per giunta dotato di inferiori garanzie di imparzialità.

Risulterebbe invece opportuno mantenere in funzione i ricorsi alle Commissioni nel momento in cui essi riescano a differenziarsi dal giudizio di legittimità, andando ad operare un sindacato più ampio e più profondo nel merito delle scelte operate dall'autorità, che non si limiti a valutare la legittimità del provvedimento impugnato ma valuti, alla luce degli elementi di fatto e degli argomenti messi in evidenza dal privato con il ricorso, l'opportunità dello stesso e la sua conformità alla missione che i regolamenti di volta in volta affidano alle agenzie.

Una modifica nell'atteggiamento mostrato dalle Commissioni di Ricorso sarebbe possibile anche nell'immediato, *de iure condito*, su entrambi i punti sopra evidenziati: per quanto attiene alla possibilità di ampliare la platea dei soggetti e delle situazioni protette attraverso i ricorsi in via amministrativa, possono ricordarsi in primo luogo le aperture che già il Tribunale di Primo

³⁵³ In generale sui meccanismi di *Alternative Dispute Resolution* nell'ordinamento europeo v. STICCHI DAMIANI S., *Sistemi alternativi alla giurisdizione(ADR) nel diritto dell'Unione Europea: l'incidenza del network europeo di ADR sull'organizzazione amministrativa degli Stati Membri ed il recente sviluppo delle ADR amministrative*, Milano, 2004, 165. Per il parallelo tra ADR e ricorsi amministrativi può richiamarsi CHITI M. P., *La giustizia nell'amministrazione. il curioso caso degli amministrative tribunals britannici*, in FALCON G. MARCHETTI B. (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Trento, 2015, 57, che sottolinea come «nel diritto dell'Unione europea si avverte un crescente interesse per le soluzioni delle controversie affidate ad organismi non giudiziali, di particolare qualificazione tecnica, capaci di decidere con tempi rapidi come richiesto dall'urgenza delle questioni.»; per un riferimento ulteriore v. PAJNO A., *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, op. cit., 91.

Grado, nella sentenza *Jègo – Quère*, nonché l’Avvocato generale Jacobs, nelle sue conclusioni per la causa *Unión de Pequeños Agricultores*, avevano lasciato intendere in merito alla possibilità di interpretare la formula di cui all’art. 230 TCE (oggi transitata nell’art. 263 TFUE) in senso più ampio. Tali aperture erano motivate proprio sulla base della necessità dell’Unione di assicurare strumenti di ricorso effettivi, potendosi ritenere che qualora non vi fossero altre strade da percorrere, neanche nell’ordinamento nazionale, dovrebbe riconoscersi la possibilità di adire in via diretta il giudice comunitario. Gli stessi argomenti pare si possano estendere alle Commissioni di Ricorso, nel momento in cui esse si pongono come unici strumenti in grado di consentire un’azione effettiva, vale a dire in grado di incidere sulla decisione impugnata e modificare l’orientamento adottato dall’amministrazione, a tutela di interessi anche solo procedurali, come l’insufficiente motivazione, il diniego di accesso agli atti o la violazione delle prerogative di partecipazione al procedimento. In tal senso dovrebbe riconoscersi un interesse individuale e diretto in capo al privato anche nel momento in cui esso non costituisce il destinatario della decisione e ben potrebbe considerarsi ammissibile il suo ricorso alla Commissione, che dovrebbe valutarne l’interesse e riconoscere eventuali abusi commessi dall’agenzia³⁵⁴.

Se per giustificare l’ampiamiento dei presupposti di accesso al ricorso la strada appare più difficile a causa della lettera delle norme presenti nei singoli regolamenti istitutivi delle Commissioni, che riprendono la lettera dell’art. 263 TFUE e dunque rimandano ad un’interpretazione allineata a quella che la Corte di Giustizia fornisce per ciò che attiene al ricorso giurisdizionale³⁵⁵, alcun ostacolo di tipo normativo si porrebbe per consentire un più

³⁵⁴ La possibilità di estendere l’accesso al ricorso al di fuori dei confini rigidamente tracciati dalla Corte di Giustizia in relazione all’azione giurisdizionale è sostenuta anche da MAGLIARI A., *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto, op. cit.*, 1333, per cui «occorre notare, infatti, come il rimedio in questione trovi fondamento, oltre che nei citati regolamenti istitutivi, nell’art. 263(5) del TFUE, ai sensi del quale gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell’Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi, destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti. Così, l’ampiezza della legittimazione a ricorrere, al pari dell’ambito oggettivo di sindacabilità e delle condizioni di presentazione del ricorso, sembrerebbero rimanere nella disponibilità del legislatore derivato, pur nel rispetto delle norme e dei principi stabiliti dalle fonti primarie. In astratto, dunque, l’interpretazione di tali condizioni non dovrebbe risultare vincolata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in punto di azione di annullamento ai sensi dell’art. 263(4). Ne deriva che la commissione di ricorso ben potrebbe discostarsi dalla lettura dei requisiti dell’“individualmente” e direttamente elaborata dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Plaumann*, abbracciandone un’interpretazione più flessibile o, in ipotesi, più rigorosa, sulla base delle specificità che connotano le decisioni di vigilanza nel quadro dell’ESFS.»

³⁵⁵ Le Commissioni si avvalgono di tale argomento espressamente, rimandando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di interesse al ricorso, ribadendo la necessità di una posizione differenziata negli stessi termini in cui si richiede per proporre l’azione *ex art.* 263 TFUE; cfr. Commissione di Ricorso ACER, decisione del 21

intenso sindacato nel merito in sede di revisione giustiziale. Le norme infatti non pongono alcuna limitazione all'ampiezza del sindacato, a differenza di quanto accade per il l'azione di annullamento giurisdizionale che può essere proposta soltanto per vizi di legittimità (incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei Trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere)³⁵⁶, e si dovrebbe dunque agevolmente ritenere che le Commissioni siano investite anche della possibilità di decidere in ordine all'opportunità dei provvedimenti contestati, nei limiti di quanto dedotto dal ricorrente.

Ciò non pare espressamente contestato da alcuna fonte, tuttavia nella prassi si è riscontrata una tendenza delle Commissioni a riconoscere eccessivi spazi di discrezionalità riservati all'agenzia, confondendo il limite di non poter adottare un provvedimento sostitutivo, previsto – non per tutte le Commissioni – allo scopo di separare l'esercizio della funzione giustiziale da quella di amministrazione attiva, a quello di non potersi pronunciare sulle valutazioni di opportunità dell'agenzia.

Se è stato rilevato come un ampliamento verso una tutela di posizioni giuridiche meno differenziate – ma non per questo scollegate da interessi materiali sottostanti – rifletta una tendenza in atto nel diritto dell'Unione, che al fine di proteggere particolari interessi sensibili non esita ad imporre, con importanti riflessi sugli Stati membri e sui singoli sistemi di giustizia amministrativa, ampliamenti della legittimazione ad agire anche di fronte ai giudici nazionali di categorie di soggetti portatori di interessi «diffusi»³⁵⁷, sembra allora possibile ammettere che un tale criterio «ampliato» possa valere anche nei confronti della tutela giustiziale.

Il soggetto privato non dovrebbe infatti essere valutato come una monade, ma considerato anche nella sua dimensione di agente che partecipa alla realizzazione del bene comune, e pertanto valutare i suoi interessi, consentendogli di esprimersi attraverso un contraddittorio, sembra essere

dicembre 2015, A-001 2015, paragrafo 23, «only measures the legal effects of which are binding on, and capable of affecting the interests of, the applicant by bringing about a distinct change in his legal position may be the subject of an action for annulment»; cfr. anche Commissione di Ricorso congiunta per le ESA, decisione BoA 005-2014, *Investor Protection Europe c. ESMA*, paragrafo 51, dove si citano alcuni precedenti del Tribunale di Primo Grado per sostenere il difetto di interesse del ricorrente.

³⁵⁶ In relazione a tali limiti si segnala l'analisi di CRAIG P., *European Administrative Law*, 400 ss. che evidenzia come anche la Corte di Giustizia abbia mostrato un progressivo ampliamento del sindacato sulla discrezionalità dell'amministrazione europea e la tendenza ad una più profonda cognizione dei fatti dedotti in giudizio.

³⁵⁷ Per un'analisi degli effetti ampliativi della legittimazione ad agire che hanno avuto le ricadute del diritto europeo nei sistemi nazionali v. SCHMIDT-ABMANN E. DE LUCIA L. ROMANO M.C., *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2016, 712 e ss.; v. anche sul punto ROMANO M.C., *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Napoli, 2013, 182, che evidenzia come una concezione restrittiva della legittimazione ad agire non si pone spesso in linea con il diritto comunitario.

una via da percorrere per una sintesi maggiormente condivisa degli interessi coinvolti nel singolo procedimento.

Esistono poi delle ragioni di tipo organizzativo per sostenere un rilancio della funzione giustiziale: la delega di competenze amministrative ad organi specializzati, giustificata dal maggior grado di competenza tecnico-specialistica da essi assicurato, porta alla creazione di sistemi che rischiano di restare «chiusi», dove si esaurisce il confronto tra attori pubblici e privati ed interessi rilevanti per una determinata attività. In questo quadro appare importante consentire una modalità di confronto e di tutela aggiuntiva attraverso il ricorso in via amministrativa; se l'organizzazione non presenta più una struttura gerarchica, ed i poteri di direzione degli organi «politici» sono poco incisivi, in assenza di una autorità di «sintesi» degli interessi essi trovano all'interno del procedimento, e di un contraddittorio rafforzato che in esso deve necessariamente essere consentito, un canale di espressione e rappresentazione.

Le Commissioni di Ricorso assumono pertanto come funzione principale, nella ricostruzione proposta, quella di un rafforzamento della legalità procedimentale e di un miglioramento della prevedibilità e del consenso intorno alle scelte delle agenzie, attraverso una revisione estesa al merito. Per consentirgli di svolgere tale compito al meglio dovrebbero tuttavia prevedersi delle regole procedurali più ampie, consentendo l'intervento delle Commissioni su un maggior numero di atti; infatti, osservano come esse interpretano il loro ruolo allo stato attuale, la fase di revisione amministrativa assomiglia piuttosto un filtro di accesso al giudice, che non dimostra grande utilità anche in virtù del basso numero di casi decisi e della già fin troppo complessa architettura organizzativa dell'Unione.

D'altro canto si è visto come il legislatore europeo sia attento a istituire sempre più spesso meccanismi di ricorso amministrativo collegati ad amministrazioni «decentrate», mostrando una certa fiducia in questo tipo di strumenti, e anche in considerazione di tale fiducia non pare azzardato suggerire una maggiore ampiezza del loro sindacato, per configurare una più intensa tutela. Tutto ciò considerando che la revisione in via amministrativa, come già ricordato, è uno strumento fondamentale per realizzare alcuni dei principi dello Stato di Diritto, garantendo coerenza nelle decisioni e limitando l'arbitrio e l'abuso della discrezionalità.

CAPITOLO III

CARATTERISTICHE E TRASFORMAZIONI DELLA FUNZIONE GIUSTIZIALE NELL'AMMINISTRAZIONE NAZIONALE

1. *Premessa - Sullo stato del sistema di giustizia amministrativa*

L'approfondimento condotto sui sistemi di risoluzione in via amministrativa delle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni nell'Unione Europea ha portato all'individuazione di un modello organizzativo – quello delle Commissioni di Ricorso nelle agenzie europee – che è parso idoneo a realizzare appieno gli obiettivi che si sono ritenuti alla base di una rivalutazione della funzione giustiziale.

In particolare si è notato come tali sistemi possano assicurare un elevato livello di indipendenza – e la conseguente imparzialità del giudizio – e nello stesso tempo possano costituire, in virtù della loro competenza tecnica e del loro rapporto «privilegiato» con l'autorità di riferimento³⁵⁸, un interlocutore in grado di garantire un più profondo contraddittorio tra i privati e le agenzie di regolazione.

Tale confronto tra gli interessi, procedimentalizzato nelle forme del contenzioso in via amministrativa, risulta idoneo a realizzare le esigenze di imparzialità, efficienza e confronto tra interessi privati e pubblici che si era riconosciuto come l'autentica base su cui poter fondare un ruolo più incisivo dell'amministrazione giustiziale nell'ordinamento³⁵⁹.

³⁵⁸ Si è fatto ad esempio riferimento al rapporto di continuità funzionale, nell'espressione a volte utilizzata dalla giurisprudenza europea, che spesso lega le agenzie e le commissioni di ricorso, su cui v. CHIRULLI P. DE LUCIA L., *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, 1312.

³⁵⁹ Si veda invece, per ciò che attiene ai profili diversi dalla funzione giustiziale, a testimonianza dell'importanza che nell'amministrazione europea è stata dedicata al coinvolgimento nei cittadini al processo decisionale, quanto evidenziato da CARANTA R., *Nuove tendenze nella governance e sindacato giurisdizionale*, in MARCHETTI B. (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 61 e ss. L'Autore si sofferma anche in questo caso sulla difficoltà di rendere giustiziabili determinate pretese, laddove sostiene che «necessariamente diverso è il ruolo delle Corti rispetto ad istituti di democrazia partecipativa, e in special modo se la partecipazione si trasforma in co-decisione. Se le autorità pubbliche, amministrazione inclusa, non sono tanto dei decisori ma dei facilitatori di consenso tra *stakeholders*, il sindacato non può che spostarsi sul procedimento», fornendo un ulteriore fondamento alle considerazioni che si sono svolte sull'importanza del procedimento per l'emersione degli interessi degli *stakeholder* ed in particolare di quello giustiziale.

Si ritiene dunque di dover tentare di calare il modello, le suggestioni e gli spunti che possono derivare dalla sua analisi, nel contesto dell'ordinamento nazionale e della funzione amministrativa giustiziale per come concretamente esercitata in Italia.

Per far ciò occorrerà in primo luogo verificare lo stato del sistema complessivo di giustizia amministrativa, esaminando i problemi che presentano i singoli procedimenti di amministrazione contenziosa; tale riflessione dovrebbe comunque essere condotta tenendo presente le singole funzioni amministrative, in particolare quelle che attengono alla regolazione dei mercati, per evidenziare in primo luogo quanto risulta diffuso il ricorso a strumenti di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione in via giustiziale ed in seguito se ed in quale misura i modelli adottati nell'ordinamento interno ricalcano quello individuato come prevalente nell'amministrazione sovranazionale.

Seppure non si intende estendere in modo automatico le soluzioni adottate a livello europeo alle amministrazioni nazionali, si ritiene che sia in ogni caso fruttuoso il confronto anche di singoli aspetti della procedura – indipendenza del decisore, efficienza e celerità del rimedio, ampiezza della legittimazione al ricorso, possibile sindacato esteso al merito della decisione impugnata – con il corrispettivo nazionale, per valutarne il grado di affinità o divergenza.

L'esito di questa analisi dovrebbe condurre ad una verifica di «attuabilità» nell'ordinamento nazionale di un modello organizzativo strutturato attraverso commissioni di ricorso, ispirato a quello europeo, o all'eventuale individuazione di punti di contatto tra le due discipline.

Tale obiettivo dovrebbe spostare poi necessariamente l'attenzione sui rapporti tra la funzione giustiziale e quella giurisdizionale, tra procedimento e processo, per analizzare le reciproche influenze ed i condizionamenti che amministrazione e giurisdizione subiscono, nell'ottica della tutela delle posizioni giuridiche dei singoli. Le prospettive di ampliamento di tale tutela, che rappresentano l'oggetto ultimo della ricerca, si riflettono infatti nelle dinamiche di interazione tra il processo amministrativo e i procedimenti giustiziali, nell'incidenza che essi rispettivamente assumono come strumenti idonei a vedere riconosciute determinate istanze di protezione espresse dai privati.

Attraverso l'esame delle norme che regolano il processo amministrativo, condotto anche alla luce dei principi derivanti dall'ordinamento sovranazionale – con particolare attenzione al principio del giusto processo ricavabile dall'art. 6 CEDU – e dei principali orientamenti della giurisprudenza, si vorrebbe tracciare il confine tra la tutela in via giurisdizionale e quella in sede

giustiziale, tentando di cogliere quali prospettive potrebbero residuare per un rafforzamento di quest'ultima.

Sembra infatti che il processo stia occupando tutti gli spazi di tutela, producendo una progressiva marginalizzazione dei rimedi giustiziali.

Tale tendenza si palesa in una duplice direzione: per un verso viene eroso l'ambito di applicabilità di tali rimedi attraverso la loro dequalificazione, come accadde già in seguito alla legge TAR con la perdita di rilevanza del requisito della definitività dell'atto amministrativo ai fini della proposizione del ricorso giurisdizionale, dall'altro si afferma il paradigma di un sindacato del giudice sempre più incentrato sul «rapporto»³⁶⁰ e più intrinseco nello scandagliare le scelte discrezionali, con effetti espansivi dell'ambito delle tutele offerte dal processo. Attualmente il sistema della giustizia amministrativa si trova a vivere in una fase della sua storia, che potrebbe aver trovato il suo culmine nella codificazione³⁶¹, caratterizzata dal riordino degli istituti e da un corrispondente ampliamento degli strumenti di tutela, a vantaggio del privato. Con le considerazioni che seguono si cercherà di inserire la funzione giustiziale in tale fase, mostrando come non sempre la tutela nel processo appaia la più idonea a realizzare un corretto bilanciamento tra interessi pubblici e privati e come sia possibile, attraverso la predisposizione di idonei rimedi giustiziali, arrivare a tutelare posizioni giuridiche di norma sottratte alla cognizione del giudice³⁶².

L'applicazione di un modello ispirato a quello delle Commissioni di ricorso dovrebbe fornire spunti, all'interno dei singoli settori di parte speciale nei quali la funzione giustiziale può incidere nella definizione di un alto numero di controversie, per verificare in che modo ed in quali

³⁶⁰ Dalla fondamentale monografia di GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, si è sviluppato un filone di studi che ha riconosciuto come oggetto del processo amministrativo non più tanto il provvedimento amministrativo quanto il rapporto tra privato e pubblica amministrazione. Il risultato di tali studi ha trovato riconoscimento nel sistema delle azioni nel processo amministrativo, sulla cui «tipicità» il dibattito resta ancora aperto, in particolar modo per ciò che attiene all'azione di adempimento e di accertamento atipiche, su cui v. CLARICH M., *Tipicità delle azioni ed azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss. e SCOTTI E., *Tra tipicità ed atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di Ad. Plen. 15/11)*, in *Dir. Amm.*, 4, 2011, 765.

³⁶¹ Sull'influenza che il diritto comunitario ha esercitato anche sul processo di codificazione delle regole sul processo amministrativo nell'ordinamento nazionale, si rimanda a CERULLI IRELLI V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 2, 433; SANDULLI M. A., *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 01, 37; SANDULLI M. A., *Fonti e principi*, Relazione al Convegno su «La Codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio», Roma, 20 maggio 2008, Palazzo Spada, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶² Come attenta dottrina ha ricordato infatti, «in diritto amministrativo emerge la centralità del momento procedimentale dei rimedi alternativi, idonei a divenire luoghi – ulteriori - di manifestazione di interessi, di prospettazione di situazioni fattuali e di ricerca di soluzioni condivise». v. RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 2, 23.

direzioni potrebbe arricchirsi il panorama degli strumenti di tutela nell'ordinamento, allo stesso tempo aumentando il grado di condivisione delle scelte amministrative attraverso il contraddittorio espresso in via amministrativa, pur essendo articolato secondo forme processuali³⁶³.

2. *I ricorsi amministrativi nel diritto positivo*

2.1 *I ricorsi amministrativi generali*

Per meglio comprendere il diverso atteggiarsi degli strumenti di amministrazione giustiziale nell'ordinamento nazionale, ed eventualmente valutarne l'affinità con il modello delle Commissioni di ricorso, occorre soffermarsi preliminarmente su alcune categorie di ricorsi amministrativi, per riuscire a isolare quali siano, ed in che modo possano essere accomunati, quelle la cui disciplina risulterà più interessante approfondire. Si intende procedere a tale rassegna discutendo in primo luogo dei tradizionali rimedi previsti «in via generale», esperibili cioè potenzialmente contro ogni provvedimento amministrativo, per poi passare all'analisi delle fattispecie previste dalle norme di settore, che più facilmente sfuggono allo sforzo di classificazione.

L'ordinamento nazionale ha storicamente visto affermarsi due forme di ricorso amministrativo previste in via generale: il ricorso gerarchico, la cui origine può definirsi «coeva con la stessa organizzazione della pubblica amministrazione»³⁶⁴ ed oggi disciplinato in modo organico dalle disposizioni di cui al d.P.R. 1199/1971, ed il ricorso straordinario al Capo dello Stato, che, per la sua singolare evoluzione e le sue peculiarità, prima tra tutte quella di intervenire su atti «definitivi», ha suscitato forti dubbi in ordine alla natura – amministrativa o giurisdizionale – del rimedio ed intorno al quale è sorto un intenso dibattito dottrinario e giurisprudenziale.

Per ciò che attiene dunque alla prima delle due figure sopra presentate, il ricorso gerarchico³⁶⁵ ha rappresentato in una determinata fase storica³⁶⁶, coincidente con gli anni che vanno

³⁶³ Possono richiamarsi ancora le riflessioni di CARANTA R., *Nuove tendenze nella governance e sindacato giurisdizionale*, op. cit., 63, sull'importanza della partecipazione nel tentativo di ridurre il deficit democratico che è sovente imputato alle istituzioni europee.

³⁶⁴ JARICCIP., *Il ricorso gerarchico improprio*, Milano, 1970, 15.

³⁶⁵ Sul punto la bibliografia è molto vasta, anche in relazione alla lunga storia del ricorso gerarchico. Si può rimandare alle più autorevoli trattazioni manualistiche in materia di giustizia amministrativa, tra cui cfr. GIANNINI M. S., *La giustizia amministrativa*, Milano, 1966, 53, SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1256; NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, quarta edizione, Bologna, 1993, 119 ss.; più di recente v. TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 143 ss.; v. anche i contributi di SANDULLI A.M., *Ricorso amministrativo*, in *Noviss. Dig. Italiano.*, XV, Torino, 1968, ARCIDIACONO L., *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur.*,

dall'unificazione all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, l'unico strumento in grado di assicurare la tutela di tutte le situazioni di interesse non riconducibili al diritto soggettivo.

Tuttavia furono immediatamente evidenziati i profondi difetti di tale disciplina, che si presentò come caratterizzata da una profonda inefficienza, anche in virtù al comportamento spesso ostruzionistico dell'amministrazione, e pertanto non in grado di assicurare una protezione adeguata delle posizioni giuridiche tutelabili esclusivamente tramite il rimedio in esame. Il difetto di imparzialità, presto avvertito e rilevato anche dalla dottrina oltre che da un certo numero di esponenti politici in relazione alle decisioni sui ricorsi gerarchici, spinsero il legislatore ad introdurre un diverso tipo di sindacato, di natura giurisdizionale³⁶⁷.

Allo stato attuale, nonostante la riforma e la disciplina organica dettata nel d.P.R. 1199/1971, il ricorso gerarchico continua ad essere visto con diffidenza non solo in sede applicativa ma anche da parte del legislatore, che ha previsto la possibilità di impugnare direttamente in via giurisdizionale anche gli atti non definitivi, superando di fatto in via generale la necessità del previo esperimento delle vie amministrative.

Nel panorama della tutela giustiziale ha poi compiuto, come si è accennato, un proprio autonomo percorso il ricorso straordinario al Capo dello Stato³⁶⁸, che lo ha avvicinato al ricorso al Tribunale Amministrativo tanto da far sostenere la sua natura sostanzialmente giurisdizionale³⁶⁹.

vol. XXVII e TRAVI A., *Ricorso gerarchico*, in *Dig. (Disc. Pubbl.)*, XIII, Torino, 1997; come opere monografiche dedicate ai ricorsi amministrativi con particolare attenzione al ricorso gerarchico si segnalano QUARANTA A. GRASSO G., *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1981 e DE ROBERTO A. TONINI M. P., *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984.

³⁶⁶ Secondo una certa ricostruzione in dottrina proposta da SCOCA F. G., *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1977, 37, la storia del diritto amministrativo italiano può essere divisa in fasi, la prima delle quali, quella che va dall'unificazione e dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo fino all'introduzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, era caratterizzata da una tutela esclusivamente giustiziale degli «interessi» privi della consistenza di diritti soggettivi.

³⁶⁷ Le prime ricostruzioni dottrinali, risalenti al «Trattato» di Vittorio Emanuele Orlando, sul ricorso gerarchico arrivavano a definirne la funzione svolta come propriamente giurisdizionale, valorizzando il procedimento contenzioso e la possibilità per le parti di rappresentare la propria posizione e i propri interessi. Tuttavia tale idea venne prontamente rivista, già nelle considerazioni di Cammeo, evidenziando come nel ricorso gerarchico sia riscontrabile un difetto dei requisiti di imparzialità che la funzione giurisdizionale dovrebbe assicurare. Sul punto cfr. JARICCI P., *Il ricorso gerarchico improprio*, *op. cit.*, 33. Per ciò che attiene alle reazioni del mondo politico al bisogno di tutela conseguente ai malfunzionamenti del ricorso gerarchico può farsi riferimento senza dubbio al pensiero di Spaventa, sulla cui rilevanza v. CHIODI G. M., *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969, e NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 763.

³⁶⁸ GIANNINI M. S. *Giustizia amministrativa*, *op. cit.* 75, «Circa il termine straordinario vi sono due spiegazioni: da alcuni si dice che il ricorso è straordinario perché deroga l'ordine delle competenze, tanto per quel che riguarda i ricorsi amministrativi, quanto per quel che riguarda i ricorsi giurisdizionali [...] Secondo altri il ricorso è straordinario

Seppure in dottrina emergano ancora dei dubbi sulla sua qualificazione³⁷⁰, la giurisprudenza sembra, dopo la riforma dell'istituto operata con la l. 69/2009³⁷¹, essere definitivamente orientata sull'equiparazione del ricorso straordinario ad un rimedio «sostanzialmente giurisdizionale³⁷²», soprattutto per ciò che concerne la natura giuridica della decisione e le conseguenti implicazioni applicative di maggiore importanza (possibilità di investire la Corte Costituzionale di una questione di legittimità o di chiedere una pronuncia interpretativa pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁷³).

Non mancano in dottrina – come si è anticipato – ricostruzioni che divergono dalla soluzione giurisprudenziale, tentando di riconoscere una maggiore caratterizzazione in senso giustiziale del ricorso straordinario, anche nel tentativo di giustificare la legittimità alla luce delle disposizioni costituzionali con cui si porrebbe in contrasto qualora fosse qualificato come un rimedio

in quanto è appunto un residuo d'altri tempi». L'autore tuttavia sottolinea come la questione, riguardando il nome e non l'istituto come tale, sia di scarsa importanza.

³⁶⁹ JARICCI P., *Il ricorso gerarchico improprio*, op. cit., 27, ricorda le origini dell'istituto come uno tra i «residui di giustizia ritenuta che gli ordinamenti giuridici moderni hanno riservato al Capo dello Stato» e ricostruisce il dibattito sorto in seguito all'approvazione della costituzione sulla compatibilità o meno del rimedio con i principi costituzionali, su cui v. anche le considerazioni di BACHELET V., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788 e ss.

³⁷⁰ Dubbi permangono in virtù dell'istruttoria condotta dal Ministro competente, che è parte del giudizio e comunque organo di natura politica, e dall'assenza di un momento di contraddittorio orale, che sarebbero carenze costituzionalmente inammissibili per un ricorso che si intenda qualificare come giurisdizionale. Così CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 118 ss.

³⁷¹ L'innovazione di maggiore rilievo, che ha innescato il dibattito in ordine alla natura del rimedio, è senza dubbio la previsione della vincolatività del parere del Consiglio di Stato; l'approccio seguito dal legislatore del 2009 è stato però spesso criticato, poiché non in grado di prospettare una soluzione univoca in merito alla natura ed al ruolo del ricorso straordinario. Per un'analisi della riforma ed una prospettiva critica si rimanda a SALVIA F., *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilevi critici sull'approccio)*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2009, 1606.

³⁷² Si veda Cons. Stato, Ad. plen., n. 9 del 06 maggio 2013, che intervenendo a chiudere un conflitto insorto in seguito alla riforma dell'istituto avvenuta con la l. 69/2009 ha ritenuto che «a fronte di un contrasto giurisprudenziale esistente in ordine alla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, va confermato l'orientamento che riconosce la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola e dell'altro terminale della relativa procedura, in tal senso deponendo le ultime novità normative che hanno interessato l'istituto e, in particolare, assumendo rilievo decisivo lo «*ius superveniens*» che ha attribuito carattere vincolante al parere del Consiglio di Stato con il connesso riconoscimento della legittimazione dello stesso Consiglio a sollevare, in detta sede, questione di legittimità costituzionale» orientamento ribadito da ultimo in Cons. Stato, Ad. plen., n. 7, del 14 luglio 2015, in relazione alla portata non retroattiva del principio.

³⁷³ Novità introdotte nella disciplina del ricorso dalla citata l. 69/2009, in seguito alle quali si è sostenuto che ormai sia possibile qualificare il rimedio come sostanzialmente giurisdizionale, anche perché «una volta riconosciuta l'intangibilità del parere reso dal Consiglio di Stato e la possibilità per le sezioni consultive di sollevare incidenti di costituzionalità, vengono a cadere tutti (o quasi) quegli indici sintomatici che - sin dalla sentenza della Corte cost. n. 78 del 1966 - avevano contribuito in modo determinante alla qualificazione giustiziale del ricorso al Capo dello Stato» così FRENI F., *L'amministrazione giustiziale nel prisma della costituzione: il «nuovo» ricorso straordinario al capo dello stato nella legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 184.

alternativo alla giurisdizione ma sostanzialmente ad essa equiparato³⁷⁴. È stato inoltre sottolineato come anche dal punto di vista delle garanzie non possa dirsi pienamente soddisfacente un ricorso in cui l'istruttoria è ancora condotta interamente dal Ministro, che è parte in causa, e la decisione è assunta dalle sezioni consultive del Consiglio di Stato, di nomina governativa e prive della necessaria imparzialità, alla luce dei parametri minimi di un rimedio giurisdizionale³⁷⁵.

Ciò nonostante, si rinviene nel ricorso straordinario ancora un ancoraggio con la previsione di cui all'art. 100 Cost., per cui risulterebbe costituzionalmente necessario uno strumento di «giustizia nell'amministrazione» affidato al Consiglio di Stato. Rispetto a tali argomenti sono state proposte da un diverso punto di vista alcune ricostruzioni dell'art. 100 che, facendo leva anche sugli argomenti utilizzati dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza 204/2004, riportano il senso della disposizione all'interno del processo, anche al fine di ritenerla un possibile fondamento per i casi in cui il Consiglio di Stato pare esercitare una giurisdizione di tipo «oggettivo»³⁷⁶.

In aggiunta può sostenersi che, in via del tutto ipotetica, per tentare di ricostruire intorno al Consiglio di Stato il sistema dei rimedi giustiziali, sarebbe opportuno creare un apposito collegamento tra una prima fase di ricorso ed una seconda, appunto di fronte al Consiglio di Stato (ed in questo caso sarebbe coerente anche l'ipotesi di affidare il giudizio alle sezioni consultive).

³⁷⁴ CARBONE A., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 1, 65 ss., ritiene la qualificazione in senso giustiziale del rimedio l'unica idonea a risolvere i dubbi sorti in merito alla costituzionalità del rimedio dopo le innovazioni introdotte nel 2009, per cui «la concezione del ricorso straordinario quale “rimedio giustiziale amministrativo” permette dunque, a nostro avviso, di giustificare le modifiche intervenute con le riforme del 2009-2010 - vincolatività del parere, possibilità di rimettere alla Corte una q.l.c., ottemperabilità delle decisioni (purché basata sull'art. 112, lett. d), c.p.a.) - nonché gli aspetti che, già precedentemente, potevano destare perplessità - legittimazione a sollevare questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione Europea - senza per questo doversi accogliere la tesi della giurisdizionalizzazione dell'istituto, come invece prospettato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione e dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato».

³⁷⁵ Ai sensi dell'art. 11 d.P.R. n. 1199/1971 l'istruttoria continua ad essere affidata alla struttura ministeriale dell'Amministrazione parte in causa, e tale circostanza rappresenta tutt'ora l'argomento principale per i sostenitori della tesi della natura amministrativa del rimedio, oltre che dei critici. Può citarsi ad esempio FRENI F., *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione: il “nuovo” ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009*, n. 69, *op. cit.*, 220, per cui il nuovo ricorso straordinario, come delineato dal legislatore del 2009, sarebbe «un istituto ibrido: amministrativo solo nel nome, giurisdizionale nella sostanza e – verosimilmente – incostituzionale nella struttura.»

³⁷⁶ Sul punto cfr. SANDULLI M.A., *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *federalismi.it*, 2008., per cui occorre riflettere sull'importanza del «ruolo che, sia pure in un titolo diverso da quello dedicato alla “magistratura”, la Costituzione affida al Consiglio di Stato, definendolo come “organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione”; è questo, come esattamente rilevato dalla Corte costituzionale nella storica sentenza 204 del 2004, il vero fulcro intorno al quale ruota la lettura dell'attuale sistema di giustizia amministrativa. Se [...] la seconda parte della disposizione si riferisce alla funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato». Il riferimento è alla lettura di NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, *op. cit.* cfr. anche le considerazioni del medesimo tenore contenute in SANDULLI M.A., *Considerazioni conclusive*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, in *Quaderni del Foro Amm. TAR*, 2007.

Tale costruzione potrebbe anche risultare conforme alle norme costituzionali che definiscono l'ambito della cognizione in sede di ricorso straordinario estendendolo a tutti i provvedimenti definitivi, senza limitazioni, ed andrebbe ad incidere soprattutto sulla prima fase della revisione giustiziale, che dovrebbe avvenire attraverso organi decentrati. Ciò su cui infatti – si ritiene – andrebbe sviluppato il sistema di ricorsi non è tanto un sindacato accentrato, troppo incline a sovrapporsi a quello giurisdizionale, quanto una migliore di «giustiziabilità» delle decisioni all'interno dello stesso plesso amministrativo. Solo tale modalità di sindacato garantirebbe quelli che si ritengono i maggiori pregi del potenziamento della funzione giustiziale in termini di imparzialità e buon andamento.

Si ritiene tuttavia di non dover in questa sede sviluppare oltre e con maggiore approfondimento tali considerazioni, poiché l'incertezza in ordine alla natura giuridica del ricorso straordinario, nonché l'alternatività alla giurisdizione e la presenza di elementi di affinità alla tutela giurisdizionale nel procedimento³⁷⁷ tali da determinare la sostanziale assimilazione della sua decisione ad una sentenza³⁷⁸, sono fattori che impediscono di soffermarsi oltre sulle numerose questioni che, per quanto abbiano interessato la recente dottrina sull'istituto³⁷⁹, esorbitano dai confini della presente analisi.

2.2 I ricorsi «atipici» e le classificazioni elaborate dalla dottrina

I ricorsi amministrativi che invece maggiormente interessano, in vista di una possibile comparazione con i modelli europei di amministrazione giustiziale ed anche in base alle

³⁷⁷ Si fa riferimento al procedimento di decisione del ricorso così come disciplinato dagli artt. 8 e seguenti del d.P.R. 1199/1971.

³⁷⁸ Così nella giurisprudenza che ha elaborato la tesi della natura «sostanzialmente giurisdizionale» del ricorso straordinario, in relazione al quesito relativo all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza su tali decisioni, a partire da Cass., Sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, su cui si rimanda alle note di COCOZZA G., *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1337 e QUINTO P., *Le Sezioni Unite: la "giurisdizionalità" del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1466.

³⁷⁹ Si rimanda, per una ricostruzione sulle questioni che attualmente solleva l'istituto, ai già citati contributi di FRENI F., *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione: il "nuovo" ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009*, n. 69, *op. cit.*, e CARBONE A., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, *op. cit.*; cfr. anche le recenti monografie di BERTONAZZI L., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Persistente attualità e problematiche irrisolte del principale istituto di amministrazioni giustiziale*, Milano, 2008; TANDA P., *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014 e FRENI F., *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2012.

considerazioni riportate in precedenza sulla sostanziale obsolescenza del ricorso gerarchico³⁸⁰, sono i ricorsi c.d. «atipici», ovvero tutti i sistemi di ricorso non strettamente riconnessi ad un rapporto di gerarchia tra l'autorità che decide il ricorso e l'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato.

Per ciò che riguarda invece le forme di amministrazione giustiziale che si distanziano da questo schema, può affermarsi che esse non si siano sviluppate sulla base di un disegno organizzativo sistematico, ma che invece risultino spesso sorte in presenza di specifici interessi da proteggere ed in relazione alle amministrazioni operanti in particolari settori dell'ordinamento, a volte qualificabili a loro volta come ordinamenti «sezionali»³⁸¹.

Tale asistematicità nella fase genetica della legislazione sui ricorsi amministrativi c.d. «atipici» si ritiene che sia da un lato la conseguenza delle specifiche esigenze di natura organizzativa legate alle singole ipotesi di ricorso, dall'altro la causa dello scarso interesse della dottrina³⁸² rispetto a queste ultime forme.

Non si rinvengono infatti numerose trattazioni generali di giustizia amministrativa che dedichino particolare attenzione sistematica a queste ipotesi, o che addirittura ne propongano un'applicazione più estesa³⁸³; la dottrina non si è mostrata molto interessata a tali meccanismi a causa della notevole specialità dei settori nei quali essi operavano, unita all'affermata

³⁸⁰ Si è già evidenziato come già SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1256, considerasse il ricorso gerarchico «più che come strumento di giustizia a disposizione degli amministrati, come uno strumento a disposizione dell'Amministrazione per rallentare, in pregiudizio ad essi, il cammino della giustizia.»

³⁸¹ Basti pensare al settore del risparmio e del credito, ed alle funzioni amministrative di vigilanza connesse, che ha rappresentato l'esempio su cui è stata elaborata la nota dottrina degli ordinamenti sezionali, che teorizza la separazione di settori dell'ordinamento caratterizzati da una forte specializzazione tecnica, su cui v. in origine GIANNINI M.S., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e Credito*, 1949, 105 ss.

³⁸² CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, op. cit., 124, per cui «tradizionalmente la dottrina che si è occupata di ricorsi amministrativi ha trattato principalmente del ricorso straordinario al Capo dello Stato, del ricorso gerarchico e di quello in opposizione, non soffermandosi quasi sulla figura, in effetti numericamente residuale, del ricorso gerarchico improprio». L'Autore individua la causa di un tale disinteresse, oltre alla marginalità delle ipotesi in cui tale meccanismo è previsto, anche nella circostanza per cui il ricorso gerarchico improprio comporterebbe «una deroga al principio della competenza funzionale quale criterio di attribuzione dell'attività di interesse pubblico».

³⁸³ Di recente l'eccezione è rappresentata da CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, op. cit., che dedica una parte della propria monografia all'esame delle singole ipotesi di ricorsi atipici, sottolineando la potenziale modernità di tali strumenti. Si veda anche LONGOBARDI N., *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss. che propone un'estensione generalizzata, attraverso organi istituiti ad hoc, della tutela gerarchica impropria. Più risalente la visione di CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, che, seppure operando un diverso tipo di qualificazione, auspica un ritorno all'uso frequente dei ricorsi amministrativi nel loro complesso, comprendendo dunque anche quelli atipici.

impossibilità di rimettere a sistema queste ipotesi, al di fuori di una – insoddisfacente – definizione in negativo della categoria³⁸⁴.

A ciò si aggiunga la convinzione, solida in giurisprudenza³⁸⁵ e confortata dal tenore letterale dell'art. 7 del d.P.R. 1199/1971, per cui la disciplina generale del ricorso gerarchico sarebbe applicabile anche alle ipotesi di ricorsi «atipici» qualora non contrasti con le previsioni delle leggi speciali istitutive del ricorso. Tale assimilazione anche dal punto di vista della disciplina positiva e delle regole processuali, che astrattamente seguono i medesimi principi applicabili ai ricorsi gerarchici, ha fatto sì che l'interesse degli studiosi si concentrasse sulle figure già citate in precedenza.

Ciò ha determinato dunque una scarsa costruzione dogmatica intorno ai ricorsi «atipici», istituti giuridici privi di una chiara collocazione sistematica e di sostanziale omogeneità nella disciplina, caratterizzati ognuno da peculiarità proprie e non riconducibili ad un disegno comune.

Pur non essendo l'obiettivo principale di questa ricerca arrivare a ripensare le categorie e le classificazioni proposte in merito ai diversi ricorsi amministrativi, si ritiene di doverne analizzare le caratteristiche per meglio comparare le ipotesi studiate e presenti nel diritto nazionale con le forme di più recente introduzione nell'amministrazione europea. Questo anche allo scopo di sottolineare la differenza fondamentale tra le due fattispecie ed infine per esaminarne in modo critico l'efficacia e l'effettività della tutela apportata.

La distinzione fondamentale, per come è illustrata nelle principali trattazioni di giustizia amministrativa e per come riflette dall'architettura legislativa del '71, viene tracciata tra il ricorso gerarchico, il ricorso in opposizione e gli «altri» ricorsi, definiti gerarchici impropri o atipici³⁸⁶.

³⁸⁴ Come avverte JARICCI P., *Il ricorso gerarchico improprio*, op. cit., 62, il rischio di tale approccio definitorio è quello di una «marginalizzazione del tema spinta a conseguenze estreme, in quanto non viene detto ciò che il ricorso gerarchico improprio è, bensì quello che non è. In altri termini, si pretende di qualificare il ricorso in questione limitandosi a rilevarne una caratteristica negativa che, per quanto possa risultare determinante, è per ciò stesso inadeguata a renderne palese l'intima essenza e, nel contempo, a giustificare la presenza nell'ordinamento positivo».

³⁸⁵ Possono citarsi Cons. Stato, IV, n. 2675 del 25 maggio 2005; Cons. Stato, VI, n. 5234 del 16 settembre 2003 e Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7 del 13 ottobre 1998, in *Gior. Dir. amm.*, 1999, 355. In dottrina v. IMMORDINO M., *I ricorsi amministrativi*, in SCOCA F. G. (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2011, 597.

³⁸⁶ Si vedano le classificazioni proposte da GIANNINI M. S., *La giustizia amministrativa*, op. cit., 80 ss.; SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 1256; MIGLIORINI L., *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 693; NIGRO M., *La decisione silenziosa di rigetto del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi*, in *Foro it.*, VI, 1963, 49 ss. e NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, op. cit., 120; per una classificazione alternativa più recente si rimanda a CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, 145.

La distinzione tra di essi dunque viene comunemente svolta sulla base del diverso rapporto tra l'autorità che ha emanato l'atto impugnato e quella che decide il ricorso, a seconda che questa sia gerarchicamente sovraordinata (ricorso gerarchico), sia la stessa amministrazione (ricorso in opposizione) o appartenga ad un diverso plesso amministrativo.

Sulla denominazione di quest'ultima categoria, tradizionalmente indicata come quella dei ricorsi «gerarchici impropri», la dottrina ha evidenziato seri dubbi³⁸⁷; la denominazione preferita, ed anche quella fino ad ora qui utilizzata, è quella di ricorsi «atipici», che pare meglio indicativa della eterogeneità della categoria, che sembra trovare un elemento unificante esclusivamente nel fatto di non essere suscettibile nelle altre ipotesi già individuate. È stato infatti osservato che definire un istituto giuridico esclusivamente sulla base di “ciò che esso non è” corrisponde ad una operazione logica «non propriamente *denominativa*, bensì soltanto *classificatoria*»³⁸⁸.

Una differente classificazione è preferita da Mario Nigro³⁸⁹, che ritiene più efficace, in termini sistematici, distinguere tra rimedi eliminatori e rimedi rinnovatori, sulla base degli effetti che la decisione può avere: i rimedi eliminatori sarebbero quelli finalizzati esclusivamente all'annullamento ed all'eliminazione degli effetti dell'atto impugnato, mentre quelli rinnovatori dovrebbero condurre ad un giudizio di revisione del provvedimento, a cui dunque la decisione si sostituisce negli effetti. In particolare l'Autore riconosce i primi come aventi una esclusiva funzione di giustizia, sottolineando come spesso in tali casi l'organo decidente si trova in una posizione di terzietà rispetto alle parti, mentre i rimedi rinnovatori realizzano contemporaneamente non solo la funzione giustiziale ma anche quella attiva, contribuendo alla formazione dell'atto amministrativo in modo maggiormente conforme all'interesse pubblico.

³⁸⁷ GIANNINI M. S., *La giustizia amministrativa*, op. cit., 1966, 81, sostiene che «il ricorso gerarchico improprio con la gerarchia non ha niente a che fare e non è improprio rispetto a nessuno dei tipi che si possono dire propri. Ricorre una definizione di origine burocratica, che poi è invalsa nell'uso e si è costantemente applicata». Anche SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 1257, accoglie la critica e sostiene di preferire la dizione di ricorsi «atipici», sfrondando la categoria dall'inconferente riferimento alla gerarchia. MIGLIORINI L., *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, op. cit., 693 ritiene la definizione inappropriata, perché il rapporto tra le due amministrazioni sarebbe non tanto di gerarchia quanto di sovraordinazione funzionale. Non può comunque negarsi che la sostituzione nella definizione con una formula maggiormente appropriata non vale a sanare il vizio fondamentale di un approccio definitorio fondato sull'attribuire una qualificazione a partire da un elemento negativo, come sottolineato da JARICCI P., *Il ricorso gerarchico improprio*, Milano, 1970, 75.

³⁸⁸ CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit., 148, esemplifica paragonando la distinzione a quella tra la definizione di diritti reali, che rappresenta una definizione interna alla categoria, e la definizione di beni immateriali, che si limita «a circoscrivere il confine di una categoria di diritti».

³⁸⁹ NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, op. cit., 162.

Una ulteriore classificazione alternativa è stata invece proposta ragionando sulla base di caratteristiche che accomunano i ricorsi nella loro configurazione interna³⁹⁰, distinguendo i rimedi sulla base della disciplina normativa di riferimento e sull'applicabilità o meno ad una generalità di atti. In tale ricostruzione i ricorsi sono distinti tra generali (in cui si ricomprendono quello gerarchico e quello straordinario al Capo dello Stato³⁹¹ disciplinati dal d.P.R. 1199/1971) e singolari (che abbracciano le ipotesi di ricorso in opposizione e quelle di ricorsi «atipici»).

Se si esaminano dunque le ricostruzioni proposte in dottrina del sistema dei ricorsi amministrativi appare confermata la «asistematicità» dei ricorsi che esulano dal principio di gerarchia, seppure è proprio su di essi che gli studi più recenti e le evoluzioni legislative sembrano basare ogni possibile sviluppo futuro per la funzione giustiziale³⁹².

Può infatti affermarsi, in astratto, che attraverso un ricorso strutturato tramite organi non gerarchicamente sovraordinati ma indipendenti – che seppure funzionalmente collegati all'autorità svolgano in esclusiva la funzione di decisione sui ricorsi – si possa realizzare compiutamente il potenziale del riesame amministrativo come strumento celere, imparziale, effettivo, ad ampio spettro, come dimostrato in relazione ad alcuni tra i rimedi previsti nell'ordinamento europeo.

2.3 *L'universo frammentato dei ricorsi atipici*

³⁹⁰ CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit. 158, per un quadro completo dello schema di classificazione proposto nell'opera.

³⁹¹ Rispetto a quest'ultimo è stata criticata la definizione di «straordinario», giustificata esclusivamente in relazione alla diversa radice ed evoluzione storica dell'istituto, mentre invece andrebbe ritenuto sotto ogni altro profilo pienamente assimilabile ai ricorsi gerarchici, v. CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, cit., 149.

³⁹² Nella prospettiva, che sarà approfondita in seguito, di risoluzione stragiudiziale delle controversie. In merito può citarsi già il lavoro di GIOVANNINI M., *Amministrazione pubblica e risoluzioni alternative delle controversie*, Bologna, 2007, che si concentra sul ruolo delle amministrazioni indipendenti, nonché i più recenti contributi di RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 1; CALABRÒ M., *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle «appropriate dispute resolution»*, in *Federalismi.it*, 10, 2017 e PAJNO A., *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, in FALCON G. MARCHETTI B. (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Trento, 2015. Possono citarsi anche, come proposta istituzionale tesa ad una rivalutazione della funzione giustiziale con particolare interesse per i ricorsi gerarchici, i lavori della Commissione Cassese per la riforma della pubblica amministrazione, in particolare il volume dedicato alla giustizia nell'amministrazione; cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI – DIPARTIMENTO PER LA FUNZIONE PUBBLICA, *La riforma della pubblica amministrazione, Atti delle Commissioni e dei Comitati di studio*, V, *La giustizia nell'amministrazione*, Roma, 1994.

Seppure con i profili di interesse sopra riportati, il panorama dei ricorsi atipici nell'amministrazione nazionale si presenta come eterogeneo e spesso sembra celare, sotto forme diverse, gli stessi malfunzionamenti che caratterizzano il ricorso gerarchico³⁹³.

Senza pretesa di censire tutte le ipotesi di ricorsi atipici previste nell'ordinamento, se si assumono ad esempio alcune delle fattispecie più rilevanti di ricorso atipico, è possibile notare come la generalità di tali rimedi pare organizzata sulla base di una preponderante attenzione all'interesse pubblico, per garantire un momento di rivalutazione della discrezionalità da parte di un diverso organo in grado di rappresentare una visione più completa degli interessi in conflitto³⁹⁴.

Alcuni inoltre espressamente ricalcano la struttura del ricorso gerarchico, dove può ritrovarsi un rapporto di sovraordinazione tra l'autorità decidente e quella i cui atti possono essere impugnati; in questi casi si ritiene che l'atipicità possa derivare esclusivamente dal fatto di essere disciplinati dalla legge speciale, per regolare determinate ipotesi nelle quali il legislatore ha ritenuto di dover arricchire la disciplina di settore, e per essi possono valere tutte le considerazioni già svolte in merito al difetto di imparzialità ed efficienza imputabili agli strumenti di amministrazione giustiziale improntate alla gerarchia.

Possono prendersi ad esempio di tali ipotesi i ricorsi previsti dal Codice dei Beni Culturali³⁹⁵, in relazione a diverse competenze degli uffici periferici del Ministero. In tali ipotesi l'attivazione del rimedio è sempre prevista come facoltativa – dunque non rappresenta una condizione di procedibilità per un'eventuale azione in via giurisdizionale – e sembra inquadrarsi nella logica di un maggiore temperamento di interessi in ordine alle valutazioni altamente discrezionali che caratterizzano i rispettivi procedimenti; ciò anche in ragione dello spazio che parrebbe avere il

³⁹³ Sull'incompatibilità tra il concetto di gerarchia e una rivisitazione in senso giustiziale dei ricorsi amministrativi gerarchici cfr. CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, op. cit., 87, per cui «il problema di fondo del ricorso gerarchico è da rinvenire nella circostanza che tale rimedio – principalmente in ragione della confusione che si profila tra autorità decidente e parte – finisce per trovarsi in bilico tra funzione amministrativa attiva e funzione giustiziale» Sul punto richiama CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit., 80.

³⁹⁴ Si veda ad esempio quanto sostenuto da GIANNINI M. S., *La giustizia amministrativa*, op. cit., 53, per cui il ricorso gerarchico avrebbe una natura intermedia, in quanto pur sempre proposto nell'interesse dell'amministrazione, ma solo nel limite in cui il privato lo circoscrive, poiché l'autorità decidente è vincolata ai motivi di ricorso. L'interesse delle amministrazioni nei ricorsi gerarchici ha fatto sì che essi fossero percepiti come rimedi parziali e poco effettivi ed ha contribuito al loro declino.

³⁹⁵ Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, D.lgs. 42/2004, prevede diverse ipotesi di ricorsi amministrativi: si vedano ad esempio quelli previsti per l'annullamento o la modifica di provvedimenti di dichiarazione dell'interesse culturale (art. 16), di prescrizioni di tutela indiretta (art. 47), nonché avverso provvedimenti di rinnovo della dichiarazione di interesse, ovvero di rigetto dell'istanza di rinnovo della stessa dichiarazione (art. 128), proponibili al Ministro avverso gli atti emessi dalle strutture periferiche competenti per i rispettivi procedimenti. Si segnala anche l'ipotesi legata all'autorizzazione all'esportazione di cui all'art. 69 dello stesso Codice.

giudice amministrativo sul punto, che potrebbe essere esiguo, trovandosi nell'impossibilità di considerare diversamente alcune valutazioni.

Dunque per quanto tale schema possa risultare idoneo ad indurre un ripensamento in ordine alla decisione compiuta in una prima fase, non possiede requisiti di imparzialità tali da poterlo considerare un rimedio effettivo di tutela delle posizioni soggettive.

Sempre dal punto di vista dell'imparzialità dell'organo decidente appare non effettivo il ricorso previsto in materia di edilizia residenziale pubblica di cui agli artt. 19 e ss. del d.PR 23 maggio 1964, n. 655. In tali casi la decisione sul ricorso³⁹⁶ è rimessa ad una Commissione – la Commissione regionale di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica – composta da soggetti nominati da diversi organi³⁹⁷ tra i quali tuttavia è previsto un vice prefetto, nominato dallo stesso prefetto che è a capo della Commissione provinciale che adotta gli atti su cui può essere proposto il ricorso. Può cogliersi come l'indipendenza dell'organo non possa dirsi piena, venendo meno quel requisito essenziale per la costruzione di un rimedio giustiziale effettivo.

Sembra tuttavia che possa individuarsi una certa tendenza in alcuni settori dell'ordinamento – che coinvolgono spesso, come nel caso dell'edilizia pubblica, provvedimenti amministrativi necessari per assicurare il godimento dei diritti sociali – alla previsione di ricorsi amministrativi «atipici», affidati ad organi collegiali composti da soggetti rappresentanti diverse istituzioni coinvolte nella tutela di tali diritti ed a volta anche rappresentanti delle parti sociali, come nel caso del sopra citato ricorso alla Commissione per l'edilizia popolare³⁹⁸.

A tale logica paiono ispirarsi anche altre ipotesi, in cui risultano prevalenti le esigenze di conciliazione e di deflazione del contenzioso: si può fare riferimento ad esempio ai sistemi previsti nell'ambito del diritto del lavoro e della previdenza sociale disciplinati dal d.lgs. 124/2004, che istituisce il Comitato regionale per i rapporti di lavoro³⁹⁹, per proporre ricorso

³⁹⁶ Possono essere impugnati mediante tale ricorso tutti i provvedimenti di assegnazione e di declaratoria di decadenza pronunciati dalle Commissioni provinciali per l'edilizia popolare,

³⁹⁷ L'art. 20 del d.P.R. sopra citato prevede in particolare che la Commissione sia composta da: «un magistrato di Corte di appello, anche a riposo, designato dal presidente della Corte di appello; dal vice-provveditore alle opere pubbliche; da un rappresentante dell'Avvocatura dello Stato designato dall'Avvocatura distrettuale; dal direttore della Ragioneria regionale dello Stato o da un funzionario da lui designato; da un vice-prefetto designato dal prefetto della Provincia del capoluogo di Regione; da tre rappresentanti degli assegnatari designati per il tramite dell'Ufficio provinciale del lavoro, dalle più rappresentative Associazioni sindacali dei lavoratori a carattere nazionale.»

³⁹⁸ Per il percorso che ha portato all'affermazione dei diritti sociali, sulle loro peculiarità e sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale che ne ha accompagnato lo sviluppo e definito i caratteri v. BENVENUTI M., *Diritti Sociali*, Torino, 2013.

³⁹⁹ L'art. 17 del d.lgs. 124/2004 prevede che esso sia composto «dal direttore della Direzione regionale del lavoro, che la presiede, dal Direttore regionale dell'INPS e dal Direttore regionale dell'INAIL.»

avverso i provvedimenti adottati delle Direzioni provinciali del lavoro nell'esercizio delle competenze ispettive disciplinate dallo stesso Decreto.⁴⁰⁰

In questi casi parrebbe, come si accennava, che i ricorsi atipici siano costruiti per assolvere innanzi tutto ad una finalità conciliativa e deflattiva del contenzioso, tentando di contemperare tale impostazione con i rilevanti interessi pubblici che informano tali procedimenti. A fini complessivi della valutazione di tali strumenti come rimedi giustiziali effettivi e della comparazione tra essi ed il modello delle Commissioni di Ricorso delle agenzie europee, deve prendersi poi in considerazione il fatto che in questi casi i soggetti interessati sono titolari di veri e propri diritti soggettivi⁴⁰¹, per cui verrebbe meno la necessità di attuare il contemperamento di interessi ed il contraddittorio in forma processuale che si erano individuati come elementi distintivi della funzione giustiziale nelle sue prospettive di sviluppo.

Può aggiungersi poi che l'accertamento di tali diritti andrebbe devoluto di norma alla cognizione del giudice ordinario, rendendo non applicabili in tali ipotesi le argomentazioni, che saranno esposte in seguito, tese a dimostrare la necessità di rideterminare un nuovo confine tra funzione amministrativa e giurisdizionale e di impedire sconfinamenti del giudice amministrativo nelle valutazioni di opportunità "riservate" all'amministrazione.

In sintesi può in primo luogo concludersi che, in relazione alla prima delle due distinte categorie che si sono evidenziate, nessuna di tali ipotesi sembra sortire un grande impatto sulla pratica nell'agevolare la risoluzione delle controversie, e ciò non solo perché spesso restano alternative all'azione in giudizio, ma anche in considerazione della logica a cui i rimedi sono ispirati, di impronta nettamente pubblicistica, e della struttura con cui sono organizzati, sempre permeata da logiche di tipo gerarchico; tali caratteristiche non garantiscono l'imparzialità sufficiente ad evitare il successivo ricorso al giudice, a cui tali strumenti essenzialmente si sovrappongono.

⁴⁰⁰ Nello specifico, ai sensi dell'art. 17 del Decreto il ricorso può essere proposto avverso «gli atti di accertamento e le ordinanze-ingiunzioni delle direzioni provinciali del lavoro e avverso i verbali di accertamento degli istituti previdenziali e assicurativi che abbiano ad oggetto la sussistenza o la qualificazione dei rapporti di lavoro». Tale strumento si affianca al diverso rimedio previsto in via generale dall'art. 16 per tutti gli altri provvedimenti, per cui il ricorso è deciso dalla Direzione Regionale del lavoro, che dunque risulta assimilabile allo schema del ricorso gerarchico «proprio».

⁴⁰¹ In tal modo sono qualificabili i diritti di credito discendenti dal rapporto di lavoro o di previdenza oggetto dei provvedimenti e delle competenze ispettive delle Direzioni provinciali del lavoro. Per ciò che concerne l'edilizia residenziale pubblica si può richiamare l'indirizzo, avallato dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 49 del 1987 e 217 del 1988, teso ad individuare nell'accesso ad un alloggio per le famiglie meno abbienti un diritto sociale fondamentale, costituzionalmente garantito. In particolare la Corte ha affermato che si tratta di «un diritto sociale fondamentale del cittadino, specificamente garantito dall'art. 47, cpv., Cost., attraverso un impegno concorrente del complesso dei poteri pubblici rientranti nel concetto di Repubblica, e quindi anche dello Stato».

Per ciò che invece attiene agli altri ricorsi caratterizzati da una finalità maggiormente conciliativa e deflattiva del contenzioso, si ritiene che proprio in virtù di tali finalità essi esulino dall'oggetto principale dell'indagine, seppure dal punto di vista strutturale siano classificabili come ricorsi amministrativi, in quanto l'efficienza nell'utilizzo della «risorsa giustizia» ed in generale l'ampio tema della conciliazione e della «compromettibilità» dell'interesse pubblico non rappresentano, come si metterà meglio in luce in seguito, il principale obiettivo di una riorganizzazione della funzione giustiziale nell'ordinamento per come ivi proposta e suggerita⁴⁰².

3. *Le autorità indipendenti: procedimenti paragiurisdizionali, regolazione e funzioni contenziose*

Il principio di gerarchia come guida per l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni⁴⁰³ ha visto perdere la sua centralità anche attraverso la diffusione di autorità amministrative indipendenti, che ha accompagnato il mutamento del ruolo dell'intervento dello Stato nell'economia e che ha determinato l'affermazione di un diverso modo di intendere la cura dell'interesse pubblico da parte delle amministrazioni, in relazione ai mercati regolamentati⁴⁰⁴.

Tali innovazioni hanno avuto un impatto molto incisivo nei settori del mercato bancario e degli strumenti finanziari, delle assicurazioni, dell'energia e del servizio idrico, delle telecomunicazioni, dei trasporti e in generale dei servizi pubblici, che rappresentano il banco di prova per l'efficienza delle amministrazioni indipendenti nonché i settori dove, come si è già messo in luce, anche a livello europeo si è fatto maggiore ricorso a modelli organizzativi svincolati dalla gerarchia.

⁴⁰² In merito alla possibilità di ammettere l'arbitrato in materie devolute alla cognizione del giudice amministrativo possono richiamarsi le considerazioni di CASSESE S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 321, che definiva la storia dell'arbitrato nel diritto amministrativo come «controversa e disagiata». Sulle novità introdotte dal Codice del processo amministrativo, con particolare riferimento all'art. 12, cfr. SANDULLI A., *L'arbitrato nel Codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2, 2013, 205.

⁴⁰³ cfr. JARICCI P., *Il ricorso gerarchico improprio*, *op. cit.*, 70, che ripercorre alcune teorie sul fondamento della nozione di gerarchia nell'organizzazione amministrativa. Sulla nozione di gerarchia come nozione complessa, che ricomprende al suo interno i due concetti, tra loro distinti, di rapporto gerarchico e organizzazione gerarchica, «di cui il primo inteso nel senso di rapporto di subordinazione intercorrente tra le persone titolari dei pubblici uffici, il secondo nel senso di ordinamento particolare di competenze per gradi successivi», si fa riferimento alla teoria formulata da AMORTH A., *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936.

⁴⁰⁴ MALINCONICO C., *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in CASSESE S. FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1993, 37, sottolinea come «l'organizzazione in forma di ordinamento sezionale di detti settori (il riferimento è al mercato bancario, finanziario, assicurativo e dei servizi pubblici) risponde alla presenza in essi di rilevanti interessi sociali, economici e amministrativi, rispetto ai quali è sembrato necessario prevedere fonti normative e poteri amministrativi specifici, volti a cogliere le peculiarità del settore stesso».

La natura dell'attività delle amministrazioni indipendenti è stata da alcuni ricondotta, in virtù della neutralità che ne caratterizza l'operato, alla funzione giurisdizionale, per cui non sono mancate in dottrina anche ricostruzioni che avvicinasero l'attività dei regolatori a quella dei giudici⁴⁰⁵. La maggior parte degli interpreti ritiene invece che si tratti di attività amministrativa pura, seppure definibile, in relazione a specifiche competenze, come neutrale o para-giurisdizionale, e tende a riconoscerne la funzione prevalente di «risoluzione dei conflitti»⁴⁰⁶.

Le autorità di regolazione potrebbero rappresentare il contesto più adatto per lo sviluppo di rimedi giustiziali sulla scia delle Commissioni di ricorso, poiché svolgono funzioni analoghe a quelle delle agenzie europee e la loro attività pone le stesse questioni legate all'esercizio dei poteri regolatori, per ciò che attiene in particolare alla prevalenza di profili tecnico-discrezionali nelle valutazioni espresse ed al difetto di legittimazione legato all'assenza di una vera e propria responsabilità politica per le loro decisioni⁴⁰⁷.

Concentrando l'attenzione sulla funzione di regolazione⁴⁰⁸, essa presuppone in capo ai soggetti che la esercitano da un lato una tendenziale neutralità rispetto agli operatori nel mercato,

⁴⁰⁵ MALINCONICO C., *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, op. cit., 39, ritiene che «solo in senso generico può parlarsi di funzione amministrativa con riguardo alle autorità indipendenti, nel senso che talora a dette autorità sono affidate funzioni autoritative non qualificabili come funzione amministrativa in senso proprio, per quest'ultima intendendosi, tradizionalmente, l'attività consistente nel provvedere all'interesse pubblico, previa comparazione dello stesso con altri interessi pubblici e privati compresenti». Proprio dall'assimilazione dell'attività svolta dalle autorità indipendenti alla funzione giurisdizionale sorgevano i primi dubbi di legittimità costituzionale delle discipline istitutive, ritenute contrarie al divieto di istituire giudici speciali di cui all'art. 102 Cost., sul punto cfr. ROLLI R. TAGLIALATELA A., *La legittimazione costituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *giustamm.it*, 2, 2010.

⁴⁰⁶ Sulle funzioni neutrali si veda il recente studio di CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, 239 ss. con attenzione particolare ai poteri esercitati dalla autorità indipendenti; tradizionalmente l'idea di una funzione neutrale come concetto chiave per delineare il confine tra funzione amministrativa e giurisdizionale è stata espressa da SANDULLI A. M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 200, anche in *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967, 245. Sull'attività contenziosa o semi-contenziosa di risoluzione dei conflitti che caratterizza le autorità indipendenti si rimanda a CLARICH M., *L'attività delle autorità indipendenti in forme semi contenziose*, in CASSESE S. FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1993, 149.

⁴⁰⁷ PAJNO A., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in CASSESE S. FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1993, 129, riconosce come siano le stesse norme costituzionali a delineare diversi modelli di amministrazione, non sempre coerenti tra loro. L'Autore individua infatti nell'art. 95 Cost. il fondamento dell'amministrazione imperniata sul Governo e soggetta a responsabilità politica, mentre riconosce negli artt. 97 e 98 Cost. il fondamento di un diverso modello di amministrazione slegato dal circuito democratico e soggetto esclusivamente alla legge, a cui sarebbero riconducibili le autorità amministrative indipendenti. Tale argomento sembra celare l'idea di una giustificazione costituzionale di quella che è stata definita la «legittimazione per risultati», su cui fondano la propria azione diverse autorità nazionali ed europee. su punto si rimanda a CHITI M. P., *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2, 2016, 403

⁴⁰⁸ Per una definizione generale di regolazione, per come svolta dalle autorità indipendenti nel nostro ordinamento, può farsi riferimento a SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. giur., Agg.*, 2002, 81, per cui «attività di regolazione» rappresenta quell'attività «svolta da soggetti pubblici [...] cui viene riconosciuto non solo il potere di

dall'altro la capacità di farsi garante di tutte le posizioni giuridiche che sorgono come diretta conseguenza della tutela dei valori perseguiti dalla singola autorità, in base agli obiettivi fissati dalla legge; ciò comporta la necessaria azione delle *Authorities* a tutela di posizioni soggettive non sempre determinate, che possono assumere i diversi contorni di diritti soggettivi, interessi legittimi, o interessi semplici o diffusi, che a volte si pongono in posizione di parità gli uni rispetto agli altri⁴⁰⁹.

La naturale tutela di questi interessi, che come si è visto rappresenta l'obiettivo delle autorità, potrebbe realizzarsi appieno, arrivando a coinvolgere in modo più profondo i destinatari ed i controinteressati nei diversi procedimenti, anche attraverso la predisposizione di rimedi giustiziali, consentendo ai singoli portatori di questi interessi di far valere le loro posizioni anche al di fuori dei confini del processo⁴¹⁰.

Il ruolo di arbitri dei mercati sembra sempre più spesso essere associato alla risoluzione in via stragiudiziale dei conflitti che sorgono tra gli operatori vigilati ed i clienti, destinatari finali della disciplina, realizzata con l'intento non solo di deflazionare il contenzioso – che in particolari materie può assumere connotati di serialità – e per consentire una più agevole ed economica gestione delle c.d. *small claims*, ma anche e soprattutto allo scopo di raccogliere, attraverso l'operato di tali sistemi, informazioni utili per l'azione di regolazione e vigilanza sui comportamenti degli operatori e sulle caratteristiche dei singoli mercati di riferimento⁴¹¹.

adottare norme ma anche quello di applicarle e farle applicare (in forma amministrativa o giustiziale)». Per la sussistenza di numerosi funzioni differenti affidate alle autorità indipendenti anche in relazione alla «risoluzione dei conflitti», v. PAJNO A., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, op. cit., 108.

⁴⁰⁹ Sull'assenza di un vero e proprio rapporto di gerarchia tra gli interessi oggetto della cura delle autorità indipendenti e sulla posizione peculiare che assumono le suddette autorità in relazione ad essi può citarsi quanto ritenuto in relazione alla funzione di vigilanza bancaria da ANTONIOLI M., *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2013, 673 ss., per cui «i poteri vigilatori riconosciuti alle autorità creditizie, disciplinati dagli artt. 51 ss. del TUB, non appaiono, pertanto, in condizione di trovare una plausibile giustificazione nel quadro della gerarchia; e tale conclusione, del resto, mantiene la sua validità anche quando si intende fare ricorso ad una gerarchia declinata, come si è visto, in modo meno invasivo, specie se si considera che l'attività bancaria, pur essendo sottoposta al regime autorizzatorio, costituisce un'attività integrante una libera prestazione di servizi, tutelata dal diritto dell'Unione europea».

⁴¹⁰ MALINCONICO C., *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, op. cit., 40, sul ruolo di arbitri degli interessi che assumono le *Authorities*.

⁴¹¹ Cfr. in particolare quanto sostenuto in relazione all'azione dell'Arbitro Bancario Finanziario ed il collegamento tra tale strumento e le funzioni di vigilanza esercitate dalla Banca d'Italia da SIRENA P., *L'unione bancaria e il suo impatto sul rapporto tra intermediari e consumatori*, in *Economia e dir. del terziario*, 2016, 44 ss., per cui «l'attività decisionale dell'ABF delinea un modello *bottom up* di vigilanza bancaria, nel quale è il cliente che, allegando il fatto che la banca abbia violato un suo diritto, prende l'iniziativa di sollecitare l'eventuale avvio del procedimento sanzionatorio da parte dell'autorità di vigilanza». Sul punto v. anche DE CAROLIS B., *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, Roma, 2011. In generale sulla natura dell'Arbitro Bancario Finanziario come strumento di risoluzione delle controversie v. RUPERTO S.,

Esaminando le singole normative di settore, si ritrovano infatti varie ipotesi in cui l'autorità si incarica direttamente della gestione e della risoluzione stragiudiziale delle controversie tra soggetti regolati e altri soggetti privati, come nei casi dell'Agcom⁴¹², dell'AEEGSI⁴¹³ o del Garante della privacy⁴¹⁴. Esistono poi differenti ipotesi in cui le autorità di regolazione e vigilanza predispongono sistemi di risoluzione delle controversie, spesso occupandosi anche del supporto tecnico ed organizzativo necessario, che tuttavia restano autonomi dalle stesse autorità, anche al fine di evitare possibili conflitti di interesse, sempre con l'obiettivo di ampliare l'efficacia dell'azione di vigilanza attraverso una sorta di controllo dal basso, attivato grazie ai ricorsi dei soggetti operanti nel mercato⁴¹⁵.

Tuttavia non risultano costituite all'interno delle autorità commissioni o organismi, muniti di un certo grado di indipendenza, in grado di sindacare gli atti da queste emessi, sul modello delle Commissioni di ricorso istituite presso le agenzie europee. Ciò risulterebbe invece auspicabile ed opportuno nell'ottica di una rivalutazione della funzione giustiziale nei procedimenti regolatori, lì

L'Arbitro Bancario Finanziario, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1, 2010, 335; CAPRIGLIONE F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, 1, 261; CARLEO R., *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1, 2017, 21;

⁴¹² L'art. 1, commi 11 e 12, della l. 249/1997 – legge istitutiva dell'Autorità Garante delle telecomunicazioni – rimette alla competenza dell'Autorità la conciliazione delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi; il «Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni», adottato con d.P.R. n. 318 del 1997, all'art. 18, comma 1, ha poi precisato che, a seguito dell'esperimento della procedura di conciliazione, in «caso di mancato accordo l'Autorità definisce il contenzioso mediante un atto vincolante tra le parti». Tale ultima disposizione, nel suo carattere innovativo rispetto alle ipotesi contemplate in via legislativa con atto di natura regolamentare, è stata oggetto di dubbi di legittimità, cfr. LONGOBARDI N., *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2005, 52. Sul punto più nel dettaglio cfr. anche le «Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche» approvate dall'Autorità con la delibera n. 276/13/CONS.

⁴¹³ Si fa riferimento in primo luogo all'art. 2, comma 24, lett. b) della l. 14 novembre 1995, n. 481, che prevede che la risoluzione delle controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio – mediante «procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio» – avvenga «presso» l'Autorità per l'energia. L'Autorità può decidere stragiudizialmente le controversie – che non riguardano l'esercizio di poteri e funzioni dell'Autorità stessa – o solo essere una sorta di foro privilegiato per esse. Per un inquadramento di questi sistemi nell'ambito di un più generale mutamento del sistema di tutela dei diritti, con particolare riferimento ai servizi pubblici, v. DELLA CANANEA G., *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2001, 737 che esprime decise critiche in relazione all'effettività di tali rimedi.

⁴¹⁴ Nel caso di specie è peculiare la previsione di alternative rispetto all'azione in giudizio del ricorso in via amministrativa; l'art. 145, comma 3, del d.lgs. 196/2003 prevede infatti che «i diritti di cui all'articolo 7 (in particolare il diritto a conoscere eventuali dati personali raccolti, ottenerne la rettifica ed opporsi al trattamento degli stessi in presenza dei presupposti indicati dal medesimo articolo) possono essere fatti valere dinanzi all'autorità giudiziaria o con ricorso al Garante». (comma 3 art. 145).

⁴¹⁵ Il riferimento è al già citato Arbitro Bancario Finanziario ed il più recente Arbitro delle Controversie Finanziarie, istituito presso la CONSOB, previsto dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, in attuazione della Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, e disciplinato dalla Delibera CONSOB n. 19602 del 4 maggio 2016.

dove più forti si manifestano non solo le esigenze di un maggiore contraddittorio e di una più forte partecipazione dei soggetti regolati, ma anche quelle legate ad una maggiore legittimazione dell'operato delle autorità.

Se è vero dunque che «nell'emergente concezione regolativo-giustiziale delle funzioni amministrative la forma contenziosa che assume l'attività provvedimento delle predette autorità assurge a requisito di legittimazione, prima ancora che di legittimità dell'attività stessa⁴¹⁶», non può negarsi che l'esercizio in funzione contenziosa non debba estendersi anche ai provvedimenti di regolazione, come accade a livello comunitario per le amministrazioni che esercitano funzioni corrispondenti a quelle delle amministrazioni indipendenti nazionali e che spesso ne coordinano l'attività⁴¹⁷.

Tra le singole discipline di settore sembrerebbe far eccezione quanto previsto in relazione ai provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia nell'esercizio delle competenze di vigilanza, per i quali è prevista all'art. 9 del Testo Unico Bancario la possibilità di ricorrere in via amministrativa al Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR). Seppure l'istituto possa essere classificato come ricorso gerarchico improprio, non sussistendo un nesso gerarchico diretto tra le due autorità, le origini dell'istituto – che risalgono alla legge bancaria adottata in un momento storico in cui la tutela giurisdizionale non era estesa ai provvedimenti di vigilanza sulle banche⁴¹⁸ – sembrano piuttosto riportarne la *ratio* a quella dei ricorsi gerarchici ed ai meccanismi di giustizia ritenuta, sopravvissuti all'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa che ha portato all'estensione della giurisdizione del Consiglio di Stato sulla generalità degli atti amministrativi⁴¹⁹.

⁴¹⁶ LONGOBARDI N., *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, op. cit., 64.

⁴¹⁷ Può farsi l'esempio dell'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (ACER), che coordina la rete dei regolatori dell'energia, istituita con il Regolamento (CE) n. 713/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che prevede agli artt. 18 ss. La disciplina di una commissione indipendente per decidere i ricorsi avverso gli atti adottati dalla stessa autorità.

⁴¹⁸ Sulle origini dell'istituto cfr. CERULLI IRELLI V., *Art. 19*, in CAPRIGLIONE F. MEZZACAPO V. (a cura di), *Codice commentato della banca*, I, Milano, 1990 e CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Terza edizione, Milano, I, 2012, 109 ss.

⁴¹⁹ Sul ricorso gerarchico improprio al CICR previsto dall'art. 9 TUB e sulla difficile interpretazione dei rapporti tra Banca d'Italia e Comitato interministeriale, anche alla luce delle innovazioni apportate dall'art. 19 della l. 269/2005 cfr. BILANCIA P., *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, 90. Sulla difficile qualificazione dei rapporti tra CICR e Banca d'Italia, cfr. anche COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 102 ss. e PERASSI M., *Le autorità ed i poteri di vigilanza nel testo unico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5, 1995, 660 ss.

Tale meccanismo, ad un esame più accurato delle sue caratteristiche e del suo funzionamento, non pare adeguato a rappresentare un esempio di come il ricorso gerarchico improprio ed in generale la funzione giustiziale possa rivestire un ruolo importante nei procedimenti di regolazione. Può agevolmente giungersi a tale conclusione considerando in primo luogo le recenti tendenze che caratterizzano la vigilanza bancaria, che tendono verso una sempre più forte componente tecnica e votata all'indipendenza dal potere politico⁴²⁰, che mal si concilia con un ricorso deciso da un organo avente una natura, seppure solo formalmente, politica⁴²¹. Occorre inoltre sottolineare come lo stesso fosse in via di superamento in sede di approvazione del Testo Unico Bancario e che già durante gli anni novanta esso fosse avvertito come un peso da eliminare, sopravvissuto alle riforme ma sostanzialmente inadatto a prestare le necessarie garanzie di tutela, che avrebbero potuto meglio realizzarsi nel corso del procedimento⁴²². Infine, la natura anacronistica del rimedio emerge con forza se si considera che lo stesso sia rimasto, negli ultimi trent'anni, sostanzialmente inutilizzato⁴²³.

Pare dunque potersi concludere, all'esito dell'esame delle differenti discipline, che allo stato attuale tra le amministrazioni indipendenti nel nostro ordinamento non si siano ancora sviluppati strumenti di tutela in via amministrativa delle posizioni soggettive dei privati nei confronti degli atti delle autorità di regolazione; il legislatore, per quanto le amministrazioni indipendenti e specializzate si ergano a risoltrici dei conflitti che sorgono all'interno dei singoli settori ad esse

⁴²⁰ Per un'analisi del processo che ha portato all'affermazione dell'indipendenza dell'autorità di vigilanza nel settore del credito cfr. SICLARI D., *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla neutralizzazione dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1, 2016, 189.

⁴²¹ Si rimanda a COSTI R., *L'ordinamento bancario, op. cit.*, 103, che evidenzia come il CICR dovrebbe essere considerato in verità un organo avente natura amministrativa, argomentando in considerazione dei vincoli costituzionali e legislativi che condizionano l'operato del Comitato e che ne vincolano la scelta, portando a ritenere che i provvedimenti da quest'ultimo adottati non possano definirsi pienamente «liberi nei fini».

⁴²² Sulle critiche all'istituto del ricorso gerarchico al CICR, che in dottrina avevano portato a suggerirne la soppressione in sede di approvazione del Testo Unico Bancario v. BELLI F., *Vigilanza e dintorni*, in *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, a cura di CAPRIGLIONE F., Bari, 1993, 134; cfr. anche MERUSI F., *La redazione del testo unico bancario: problemi di tecnica legislativa*, in *Banca e impresa, società*, 1, 1993, 35; l'esistenza del CICR apparirebbe inoltre superata anche nel rinnovato quadro di riferimento rappresentato dal mercato unico europeo e dal Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC). Sul punto cfr. MINERVINI G., *Dal decreto n. 481 del 1992 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, 839.

⁴²³ In merito alle critiche sollevate dalla dottrina rispetto all'ineffettività del ricorso amministrativo al CICR cfr. CASTIELLO F., *Il reclamo al CICR contro i provvedimenti di vigilanza bancaria*, in *Bancaria*, 1993, 10, 51, per cui «anziché individuare nelle garanzie del giusto procedimento il presidio della giustizia nell'attività di controllo del credito [...] riattiva piuttosto la procedura di riesame dei provvedimenti già formati, costituita dal reclamo al CICR. [...] Viene in definitiva perpetuato un sistema negativamente contrassegnato dalla sostanziale identificazione dell'amministrazione decidente il gravame con quella emanante l'atto impugnato [...] mantenendosi in vita un sistema rivelatosi fallimentare sul piano della tutela giustiziale;» Sul punto v. anche BASSI L., *Commento all'art. 9 T.U.B.*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, 73 ss., che evidenzia il mancato utilizzo dell'istituto negli ultimi trent'anni.

affidati, non prevede che siano costituiti organismi – sul modello delle Commissioni di ricorso nelle agenzie europee – incaricati a loro volta di riesaminare i provvedimenti di regolazione da queste adottati.

Le attività contenziose delle *Authorities* restano dunque sprovviste di una fase di riesame giustiziale idonea a garantire le posizioni soggettive nel procedimento, e tale tutela resta dunque interamente affidata al giudice amministrativo⁴²⁴, con tutte le questioni problematiche che ne derivano, che saranno esaminate nel dettaglio nei paragrafi seguenti.

4. *La funzione giustiziale nelle ultime riforme legislative*

4.1 *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo Codice dei contratti pubblici*

Proseguendo nell'analisi dei settori della legislazione speciale, con particolare attenzione a quelli oggetto di recenti riforme, il caso delle procedure di affidamento di contratti pubblici, caratterizzato dall'emergere di poteri sempre più incisivi ed estesi esercitati da un'autorità amministrativa indipendente, parrebbe fornire alcuni spunti in relazione ad un possibile nuovo sviluppo della funzione giustiziale nell'ordinamento.

Gli ultimi interventi legislativi, in un primo momento sulla scia della c.d. direttiva ricorsi ed in seguito delle tre direttive adottate nel 2014⁴²⁵ che valorizzano non solo il principio dell'effettività della tutela ma incentivano l'utilizzo di strumenti diversi dalla giurisdizione per risolvere le

⁴²⁴ Può precisarsi come in realtà anche il giudice ordinario possa essere giudice dell'operato delle amministrazioni indipendenti, per quanto nella maggior parte dei settori, in particolare quelli che attengono alla regolazione dei mercati, sia ormai prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art.* 133 c.p.a., anche in relazione ai provvedimenti di tipo sanzionatorio. Può farsi il caso peculiare delle sanzioni della CONSOB e della Banca d'Italia, che ha suscitato un grande dibattito a partire dalla sentenza della Corte Cost. n. 162/2012 con cui la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo, c.p.a.) nella parte in cui attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR Lazio – sede di Roma le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), per violazione dell'art. 76 Cost., su cui v. POLICE A. DAIDONE A., *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.* 2013, 684. Per un commento sugli orientamenti della giurisprudenza costituzionale che hanno esteso lo stesso principio alla Banca d'Italia v. il commento di SERGES G., *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, nota a Corte Costituzionale, 15 aprile 2014, n. 94, in *Giur. Cost.*, 2, 2014, 1692.

⁴²⁵ Per un commento sull'impianto disegnato dalla direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei c.d. settori ordinari, dalla direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cd. settori speciali e dalla direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, e sul rapporto tra esse e la previgente disciplina adottata a seguito del recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, cfr. MARTINES F., *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2014.

controversie tra privati e pubbliche amministrazioni⁴²⁶, hanno introdotto dei meccanismi di tutela in via giustiziale che ruotano intorno all'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), nel suo ruolo di autorità garante a presidio della legalità e dell'efficiente svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici. L'ANAC è stata munita, per la cura degli interessi che ruotano intorno al settore delle commesse pubbliche, anche in virtù della rilevanza economica strategica di tale ambito, di poteri molto incisivi nei confronti delle stazioni appaltanti e delle imprese partecipanti alle gare, nonché sovente delegata all'adozione della disciplina di dettaglio relativa a diverse fasi delle procedure di affidamento⁴²⁷.

Tra le novità introdotte con il d.lgs. 50/2016 – nuovo Codice dei Contratti Pubblici – deve sottolinearsi la previsione del potere in capo all'ANAC di adottare pareri di «precontenzioso», su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, relativamente alle questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara⁴²⁸, nel breve termine di trenta giorni dalla

⁴²⁶ Cfr. il considerando n. 122 della Direttiva 24/2014, per cui « i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunemente un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto» ed essi «dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente.» Tale *favor* del legislatore europeo pare comunque non sganciato da una costante attenzione per la tutela giurisdizionale, oggetto della precedente direttiva c.d. direttiva «ricorsi», Direttiva n. 665/89 così come modificata dalla successiva Direttiva 66/2007, per cui è ribadito che «la direttiva prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso».

⁴²⁷ Può citarsi l'art. 1, comma 1, lettera t) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, con la quale il Parlamento ha delegato il governo a recepire le direttive europee, il quale recita: «attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa». Sul nuovo ruolo dell'ANAC in relazione ai contratti pubblici, e le divergenze tra tale modello e quello «tradizionale» delle autorità di regolazione, cfr. CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, 381 ss. per cui «Il contrassegno, e la stessa ragion d'essere, delle autorità di regolazione [...] è dato anzitutto dalla neutralità e dalla tecnica. Vi è convergenza della dottrina su questo ed è su queste basi che si sono risolti gran parte dei problemi di classificazione di questi enti e si è ad essi conferita una legittimazione stabile, anche di rango costituzionale. Tuttavia, partendo da ciò, dovremo constatare che l'ANAC non è affatto un'amministrazione neutrale». L'Autore argomenta sottolineando la «condivisione dei fini» tra esecutivo ed ANAC, che varrebbe di per sé ad escludere il carattere neutrale di quest'ultima.

⁴²⁸ Cfr. art. 211 d.lgs. 50/2016, per cui «il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo» sull'idoneità di sottoporre il giudizio su tale parere alle disposizioni previste per il rito speciale accelerato in materia di contratti pubblici, in relazione ai dubbi interpretativi che possono sorgere in merito alla perentorietà dei termini per impugnare v. LIPARI

ricezione della richiesta. Il procedimento sopra richiamato presenta senza dubbio profili di interesse ai fini dell'analisi che si sta conducendo, poiché rappresenta uno strumento in grado di risolvere in via giustiziale controversie che attengono all'esercizio di poteri amministrativi, «*nello svolgimento delle procedure di gara*», la cui gestione è affidata ad un organo non gerarchicamente sovraordinato all'amministrazione convenuta ed indipendente da essa.

Diversi elementi tuttavia sembrano divergere dallo schema astratto che si sta tentando di calare nel contesto dell'ordinamento nazionale: in primo luogo l'attivazione del procedimento, per cui l'iniziativa spetta anche alla parte pubblica, con previsione che pare contraddittoria rispetto allo scopo di tutela dei privati che potrebbe giustificare l'intero meccanismo; inoltre si sottolinea come sia necessaria, affinché il parere abbia effetti vincolanti, la preventiva adesione di tutte le parti coinvolte. Può in seguito rilevarsi anche come il procedimento non preveda un vero e proprio contraddittorio tra le parti, poiché l'autorità si limita a pronunciare le sue conclusioni sulla base di un'istanza a lei formulata, senza garantire a tutte le parti coinvolte la possibilità di controdedurre e senza la possibilità di svolgere un'istruttoria nel merito⁴²⁹; infine va presa in considerazione l'efficacia della decisione, che come si è visto non vincola necessariamente le parti che non vi hanno acconsentito ed è normativamente qualificata come «parere», pertanto incapace di incidere direttamente sul provvedimento impugnato⁴³⁰.

L'idea del legislatore del 2016, che ha inteso affidare all'ANAC poteri di controllo sulla legittimità delle procedure di gara senza tuttavia organizzare tali sistemi nell'ottica di una

M., *Il precontenzioso*, Testo della relazione svolta al Convegno di studi dell'8 luglio 2016 «*Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*», organizzato a Cortina dall'Associazione veneta degli avvocati amministrativisti, 22 ss.

⁴²⁹ Sulla distanza tra tale procedimento ed un meccanismo di natura giustiziale può citarsi anche il Parere del Consiglio di Stato del 14 settembre 2016, n. 1920, reso sul «Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50», approvato dall'ANAC il 5 ottobre 2016, che ha esplicitato come il parere di precontenzioso «non è un processo, né può essere un nuovo grado del giudizio surrettiziamente voluto».

⁴³⁰ Seppure è possibile isolare due diverse funzioni del parere, per cui «l'intervento dell'Autorità si traduce in uno strumento di indirizzo dell'azione amministrativa, che risolve in via preventiva, nelle more del procedimento, questioni

interpretative sorte nel corso della procedura di gara. In tale ipotesi, il parere si colloca nel quadro della più ampia funzione di interpretazione normativa e di consulenza su questioni giuridiche generali e particolari attribuita all'Autorità, [...] Quando, invece, il parere precontenzioso ha ad oggetto la legittimità di un provvedimento amministrativo già adottato, lo strumento si avvicina sensibilmente, sul piano funzionale, ad un "giudizio"» così APERIO BELLA F., *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, 10, nella seconda ipotesi, seppure assimilabile ad un giudizio, l'effetto del parere si ripercuote sul provvedimento soltanto indirettamente. Nello stesso contributo si sottolinea infatti come «la decisione dell'Autorità non produrrebbe alcun effetto costitutivo, modificativo o estintivo sul provvedimento oggetto della "questione controversa", ma [...] farebbe soltanto sorgere, nel caso di accertamento di un vizio, un obbligo della stazione appaltante di adeguarsi ai *dictat* dell'ANAC con l'esercizio di poteri di autotutela».

maggior tutela del ricorrente, pare confermata dalle previsioni originariamente contenute nel secondo comma dell'art. 211, non piú in vigore in seguito all'abrogazione intervenuta con il d.lgs. 56/2017⁴³¹.

Le disposizioni abrogate infatti avevano introdotto il potere per l'ANAC, nel caso in cui avesse riscontrato, nell'esercizio delle sue funzioni, un vizio di legittimità in uno degli atti di gara, di adottare d'ufficio una raccomandazione vincolante, alla quale la stazione appaltante sarebbe stata obbligata a conformarsi⁴³². Tralasciando i numerosi problemi di ordine applicativo che tali disposizioni hanno suscitato, che potrebbero aver rappresentato la giustificazione per la sua tempestiva espunzione dall'ordinamento⁴³³, occorre soffermarsi sull'impostazione seguita dal legislatore italiano, tentando di comprendere se in essa sia possibile rinvenire l'intenzione di istituire un meccanismo di risoluzione in via amministrativa delle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni⁴³⁴.

La disciplina sembra riflettere l'idea di non utilizzare un modello di tipo giustiziale, e di restare invece nello schema autoritativo, consentendo all'ANAC di interferire direttamente, d'ufficio, e senza l'instaurazione di un contraddittorio tra le parti, al fine di ripristinare la legalità violata, anche in assenza di posizioni giuridiche lese dagli atti illegittimi. In tal modo le aspettative di tutela dei privati coinvolti nelle procedure di gara si spostano necessariamente sul processo, non potendo essi agire direttamente in via amministrativa ma potendo incidere sui procedimenti di secondo grado in maniera soltanto indiretta, attraverso segnalazioni e istanze, e trovandosi

⁴³¹ L'articolo 123, comma 1, lettera b) del decreto «correttivo» di cui al d.lgs. n. 56/2017, ha infatti abrogato il secondo comma dell'art. 211 del Codice dei Contratti.

⁴³² Le conseguenze del mancato adempimento alla raccomandazione vincolante si ripercuotono non solo sulla stazione appaltante, incidendo negativamente nell'ambito del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti istituito dal Codice, ma anche sul dirigente responsabile, al quale può essere irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria.

⁴³³ La Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato, nel parere sulla bozza di Codice dei contratti (parere n. 855 del 2016), ha espresso motivate riserve sull'introduzione del nuovo istituto, segnalandone la natura di «annullamento mascherato», non facilmente compatibile con il riparto delle competenze riconosciute alle singole amministrazioni e con il sistema delle autonomie, e ne ha evidenziato in particolare l'anomalia della portata effettuale, sul piano della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi sino a loro annullamento, in quanto la sanzione amministrativa, prevista dall'art. 211, comma 2, del codice colpisce il rifiuto di autotutela e, cioè, un provvedimento di cui deve presumersi la legittimità, sino a prova contraria, quasi a prefigurare una inedita «responsabilità da atto legittimo». Tali argomentazioni sono state richiamate nel successivo parere 2777/2016 espresso dal Consiglio di Stato sul regolamento dell'ANAC che avrebbe dovuto disciplinare l'esercizio del potere di raccomandazione vincolante.

⁴³⁴ Cfr. APERIO BELLA F., *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, op. cit. per una interpretazione della disciplina di cui all'art.211 del Codice dei Contratti pubblici in senso giustiziale, nel contesto dei rimedi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, che riconosce come motivo ispiratore della disciplina la necessità di deflazionare il contenzioso.

dunque esposti anche all'eventuale ostruzionismo delle amministrazioni resistenti, nel caso dei pareri c.d. di «precontenzioso».

A ciò si aggiungano due non secondari argomenti: da un lato la natura complessa dell'ANAC, che si è trovata ad assumere le più disparate competenze nell'ambito del settore, senza una chiara delimitazione dei propri poteri, che la portano ad assumere dunque una doppia veste di regolatore – in fase di redazione delle linee guida – e di giudice – in fase di decisione del caso concreto – anche al di là dei poteri sanzionatori che normalmente si accompagnano all'attività delle autorità indipendenti⁴³⁵. Dall'altro le particolari questioni problematiche che caratterizzano la speciale disciplina processuale in materia di appalti, che trovandosi a conciliare esigenze di celerità nella definizione delle controversie a quelle di tutela dei privati e nel contempo l'interesse generale alla realizzazione di un mercato efficiente e concorrenziale delle commesse pubbliche sconta diversi punti critici e pare complicare, piuttosto che rendere più agevole, l'accesso alla tutela giurisdizionale⁴³⁶.

L'istituzione di un meccanismo di tutela in via giustiziale parrebbe invece una possibile via da percorrere anche nel settore degli appalti pubblici, e ciò in base ad una serie di considerazioni: può ritenersi infatti che la tutela giustiziale porti ad una definizione in tempi più brevi delle controversie, realizzando lo scopo primario che, come si è evidenziato, ha mosso il legislatore europeo e soprattutto nazionale, anche in considerazione della maggiore flessibilità che ne caratterizza le forme rispetto al processo. Tale obiettivo verrebbe realizzato già nel procedimento, attraverso però la garanzia di un contraddittorio tra le parti, diversamente da quanto accade nelle

⁴³⁵ Sul peculiare regime giuridico delle linee guida adottate dall'ANAC si è sollevato un intenso dibattito in dottrina. Tra i contributi si segnalano quelli di MORBIDELLI G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 3, 2016, 273; MARONE F., *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 743; GIUFFRÈ F., *Le autorità indipendenti nel quadro evolutivo dello Stato di Diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in NICOTRA I. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino 2016, 9; NICOTRA I., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in NICOTRA I. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino 2016, 33, e il già citato CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, *op. cit.*

⁴³⁶ Si vedano le numerose modifiche intervenute in tempi recenti, dopo l'approvazione del Codice del processo amministrativo nel 2010. Per le questioni che sorgono dalle ultime modifiche adottate con la c.d. riforma «Madaia» del 2015. Sul punto si fa riferimento va alle novità introdotte dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016, che ha modificato l'art. 120 c.p.a., che presenta notevoli dubbi di compatibilità con i principi generali in materia di interesse ad agire, imponendo l'impugnazione immediata dei provvedimenti di ammissione dei concorrenti, a prescindere dalla relativa collocazione in graduatoria. Per rilievi critici più articolati si rimanda a SEVERINI G., *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *giustiziaamministrativa.it*, 2016 e SANDULLI M.A., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016.

ipotesi sopra presentate in cui funzioni latamente giustiziali sono affidate all'ANAC dalla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Pertanto, dal punto di vista organizzativo, in una prospettiva *de iure condendo* potrebbe affidarsi tale compito ad una commissione indipendente costituita all'interno dell'ANAC, che potrebbe assicurare una certa vicinanza agli indirizzi del regolatore senza minare la necessaria imparzialità da pretendersi all'atto di decidere su un ricorso. Tale organismo, che potrebbe vedere esteso il suo sindacato anche agli atti della stessa autorità, come accade per le Commissioni di ricorso delle agenzie europee, risulterebbe un utile sfogo per il processo ed un filtro a numerose controversie, aggiungendosi efficacemente al già nutrito panorama degli strumenti di definizione alternativa delle controversie nel settore dei contratti pubblici ma consentendo una composizione degli interessi in chiave pubblicistica – non meramente conciliativa – in grado di assicurare la tutela degli interessi legittimi senza perdere di vista l'interesse pubblico nonché i diversi valori tutelati dalla legge.

4.2 *I rimedi giustiziali a tutela del diritto di accesso e del nuovo diritto di accesso civico generalizzato*

Un diverso settore in cui la funzione giustiziale potrebbe trovare una diversa collocazione parrebbe essere quello dell'accesso agli atti ed ai documenti amministrativi, anch'esso oggetto, come per i contratti pubblici, di recenti interventi legislativi che ne hanno modificato l'ampiezza e la portata.

Fermo il dibattito sulla possibile natura del diritto di accesso come posizione giuridica soggettiva – tra interesse legittimo e diritto soggettivo⁴³⁷ – è indubbio che fin dall'approvazione della l. 241/1990 la sua tutela è stata affidata, oltre che al giudice, anche a organismi di tutela giustiziale⁴³⁸. Restano ferme infatti le previsioni contenute nella legge sul procedimento

⁴³⁷ Sulla tesi che propende per la qualificazione del diritto di accesso alla stregua di un diritto soggettivo v. BERTONAZZI L., *Note sulla consistenza del c.d. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni nn. 6 e 7 del 2006 con cui l'Adunanza Plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa ostensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2007,135, che, in senso critico rispetto all'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa, ritiene che «l'accesso come situazione giuridica soggettiva è attribuito per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici (art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990): il suo soddisfacimento non è correlato all'esercizio di un potere amministrativo vincolato al perseguimento di uno specifico interesse pubblico, il quale non ha nulla da spartire (e non va pertanto confuso) con l'interesse generale all'imparzialità e alla trasparenza dell'attività amministrativa».

⁴³⁸ Per una disamina del complesso dei rimedi disponibili a tutela del diritto d'accesso, e sulle riforme che hanno interessato tali strumenti nel corso del decennio successivo all'approvazione della l. 241/1990 si rimanda a CIRILLO

amministrativo che prevedono i reclami al difensore civico ed istituiscono la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi⁴³⁹, innanzi la quale è possibile proporre ricorso avverso il diniego o il silenzio sull'istanza di accesso relativa ad atti e documenti delle amministrazioni statali.

Tale meccanismo come si è anticipato non preclude la tutela giurisdizionale e si pone come aggiuntivo rispetto ad essa – in caso di proposizione dell'istanza al difensore civico e alla Commissione infatti si interrompe il termine di decadenza per proporre l'azione in giudizio, che comincia a decorrere nuovamente soltanto all'esito della procedura (cfr. art. 25 l. 241/1990) – e dunque potrebbe rappresentare uno strumento forte nell'ottica di una più intensa tutela dei diritti di natura procedimentale ottenibile in via giustiziale, come si è tentato di mostrare in precedenza. L'accesso infatti, come le garanzie partecipative, rappresenta una di quelle posizioni giuridiche che conducono in maniera soltanto mediata al bene della vita a cui aspira il privato, e «più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi)»⁴⁴⁰; pertanto tali situazioni non trovano spesso nel processo, se non *ex post* attraverso rimedi risarcitori per equivalente, una tutela adeguata.

Ciò nonostante, i rimedi giustiziali a tutela del diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi non sembrano potersi considerare come strumenti effettivi di protezione dei privati. Per ciò che attiene alla Commissione per l'accesso, questa presenta in primo luogo un difetto di imparzialità nella sua composizione, dovuto alla presenza all'interno della propria compagine di membri direttamente legati ai vertici delle amministrazioni nei cui confronti le istanze di accesso potrebbero essere rivolte⁴⁴¹. Inoltre deve sottolinearsi come la decisione adottata dalla Commissione – e dal difensore civico per gli atti adottati dalle amministrazioni

G. P., *Il nuovo sistema di tutela giustiziale e giurisdizionale in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006.

⁴³⁹ Cfr. artt. 25 e 27 l. 24/1990. Sulla figura del difensore civico e le diverse posizioni in ordine alla sua natura v. ITALIA V., *Il difensore civico e lo statuto dell'Ente locale. nota a T.A.R. Roma, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139*, in *Foro amm. TAR*, 1, 2009, 126.

⁴⁴⁰ Come autorevolmente affermato in giurisprudenza nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 1999.

⁴⁴¹ Sul punto v. SANDULLI A., *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 494, che sottolinea come il fatto che la presidenza della Commissione sia affidata al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri costituisca un elemento in grado di conferire una forte connotazione politica all'organo, incompatibile con i caratteri di neutralità che dovrebbero contraddistinguere il decisore.

locali – non abbia una portata pienamente vincolante, non potendosi tradurre in un vero e proprio ordine di ostensione del documento richiesto, pur risultando successivamente coercibile attraverso un successivo ricorso in sede giurisdizionale⁴⁴².

Tale circostanza appare particolarmente significativa nel mostrare come il rimedio in esame non possa dirsi effettivo, in quanto eccessivamente rimesso alla “collaborazione” dell’amministrazione resistente, che potrebbe d’altro canto rendere inutile il rimedio attraverso un comportamento ostruzionistico.

A ciò può aggiungersi inoltre la previsione per cui la mancata risposta sul ricorso presentato equivale al rigetto, che contribuisce ad allontanare tali meccanismi dallo schema che si è delineato in astratto come il più efficace rispetto alle esigenze di tutela dei privati.

Il sistema della trasparenza nella pubblica amministrazione ha visto poi il rapido susseguirsi, negli ultimi anni, di diversi interventi legislativi tesi ad ampliare ed a promuovere la trasparenza delle amministrazioni pubbliche; in particolare si è avvertito un cambio di direzione nella politica legislativa, che si è orientata verso l’affermazione di una trasparenza estesa e svincolata dal concreto interesse del richiedente, in modo tale da garantire un controllo “dal basso” sull’operato delle amministrazioni, nell’ottica anche di un efficientamento complessivo della burocrazia nazionale⁴⁴³.

Tal spinta riformatrice ha trovato il suo culmine nell’approvazione della legge 124/2015⁴⁴⁴, (c.d. “Riforma Madia”) che in particolare all’art. 7 – rubricato «revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza» – ha delegato il governo ad adottare disposizioni per il «riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di

⁴⁴² Come ricorda CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, op. cit., 152, «laddove la p.a. non provveda nel termine stabilito a confermare il provvedimento originario, il legislatore si limita a prevedere che «l’accesso è consentito». Ebbene, non è affatto chiaro cosa egli abbia voluto intendere adoperando tale ambigua formulazione. [...] sembra non essere stata contemplata (invero piuttosto ottimisticamente) l’eventualità che l’amministrazione perseveri nel negare l’accesso al cittadino, ponendo in essere comportamenti di tipo ostruzionistico» Per il dibattito dottrinale in merito ai possibili rimedi a tali comportamenti ostruzionistici si rimanda a CIRILLO G. P., *Il nuovo sistema di tutela giustiziale e giurisdizionale in materia di accesso ai documenti amministrativi*, op. cit.

⁴⁴³ Il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto legislativo attuativo, ha sottolineato che l’introduzione del nuovo accesso civico segna «il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (from need to right to know) e rappresenta per l’ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della pubblica amministrazione trasparente come una “casa di vetro”». Cfr. Consiglio di Stato, Parere n. 515/2016, 44.

⁴⁴⁴ Sull’impostazione della legge di delega v. GALETTA D.U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 2016.

situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni».

La delega è stata attuata dal governo con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97⁴⁴⁵ – il primo ad essere adottato tra i numerosi decreti delegati previsti dalla legge 124/2015 – che ha introdotto nell’ordinamento il c.d. “accesso civico generalizzato”, ispirato dal modello americano del *Freedom of information act (FOIA)*⁴⁴⁶, che consente dunque a qualunque cittadino di accedere a qualsiasi informazione in possesso delle pubbliche amministrazioni italiane, a condizione che non vi osti uno degli interessi pubblici o privati espressamente indicati dalla legge⁴⁴⁷. La nuova disciplina dunque prescinde totalmente dalla prova dell’interesse “attuale e concreto” che aveva contribuito a delimitare il campo di operatività delle disposizioni generali adottate nella l. 241/1990, tanto da far parlare di diverse, e confuse, situazioni giuridiche collegate alla trasparenza⁴⁴⁸; se dunque può ritenersi che le norme del d.lgs. 97/2016 attribuiscono un diritto “nuovo” rispetto al diritto d’accesso, che pur avendo lo stesso oggetto è condizionato a

⁴⁴⁵ Che incide, modificandolo, su d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (Testo Unico sulla trasparenza), che aveva introdotto una prima forma di accesso civico come meccanismo di *enforcement* relativo agli obblighi di pubblicazione gravanti sulle singole amministrazioni; cfr. SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 8, 2013, 798. Sull’opportunità ed utilità del riconoscimento di un diritto “civico” all’accesso in corrispondenza degli obblighi di pubblicazione posti dalla legge a carico dell’amministrazione si veda, in particolare: MARZUOLI C., *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, 2008, 62. Tale sistema era stato criticato in quanto realizzava una forma di tutela difficilmente azionabile. In particolare v. le osservazioni critiche, soprattutto sistematiche e legate alla crescita esponenziale degli obblighi di pubblicazione, riportate da SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 595; per un’interpretazione volta a marcare le differenze tra la disciplina introdotta nella prima versione del d.lgs. 33/2013 rispetto al modello FOIA cfr. PATRONI GRIFFI F., *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *www.federalismi.it*, 8, 2013.

⁴⁴⁶ Per una recente analisi comparatistica sulle analogie tra l’impianto della riforma ed il modello FOIA statunitense v. MARCHETTI A., *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma “Madaia”: anche l’Italia ha adottato il proprio Foia? Una comparazione con il modello statunitense*, in *federalismi.it*, 2017. Sui diversi modelli di legislazione in materia di accesso ai documenti e sulla diffusione del modello FOIA negli ordinamenti europei cfr. MARCHETTI A., *Il diritto d’accesso: modelli di enforcement e cause di exemptions nella prospettiva comparata*, in COLAPIETRO C. (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l’accesso ai documenti amministrativi a vent’anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, 209 e SGUEO G., *L’accessibilità ad atti e informazioni nell’Unione europea: un percorso in divenire*, in NATALINI A. VESPERINI G. (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, 163.

⁴⁴⁷ Per un commento alle riforme introdotte dal decreto v. GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 2017; cfr. anche SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, *op. cit.*, 576 ss.

⁴⁴⁸ Sul punto v. GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, *op. cit.*, 4 ss., che sottolinea la poca chiarezza sistematica dimostrata dal legislatore nella scelta di «procedimentalizzare» allo stesso modo due distinte nozioni di accesso civico, quelli *proprio*, conseguente alla violazione degli obblighi di pubblicazione già previsti nell’originaria formulazione del d.lgs. 33/2013, e quello *improprio*, derivante dalle novità introdotte dal d.lgs. 97/2016, definito come «libertà individuale di ottenere documenti e dati nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni, riconosciuta a chiunque al duplice fine di soddisfare il diritto dei cittadini di essere informati e di esercitare un controllo esterno sulle pubbliche amministrazioni».

presupposti differenti⁴⁴⁹, dovrebbe predisporre anche in relazione a tale situazione giuridica qualche forma di tutela specifica.

Tuttavia, così come si è tentato di mostrare anche in relazione al caso del Codice dei contratti pubblici, il legislatore degli ultimi anni non sembra aver colto l'occasione di strutturare la tutela delle nuove posizioni soggettive che sorgono dall'attribuzione del diritto di accesso civico generalizzato attraverso meccanismi di risoluzione in via amministrativa delle controversie.

Né è valso a tale scopo il parallelo con la tutela messa in piedi per il diritto di accesso dalla stessa l. 241/1990; basti considerare che la prima bozza di decreto delegato non conteneva alcun riferimento alla tutela giustiziale né a forme di riesame in via amministrativa⁴⁵⁰. Tali meccanismi sono stati introdotti nella versione definitiva del decreto, con la modifica che ha introdotto il comma 7 dell'art. 5 del d.lgs. 33/2013, che tuttavia si limita a prevedere un procedimento di riesame nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al precedente comma 6, in base al quale il richiedente può presentare richiesta di riesame della decisione al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Tale procedimento, per come sommariamente delineato, non risulta essere in linea con i caratteri che si sono evidenziati come essenziali al fine di assicurare un'adeguata tutela giustiziale; potrebbe anzi considerarsi quasi un arretramento rispetto al meccanismo della Commissione per l'accesso di cui alla l. 241/1990⁴⁵¹. Infatti non solo la decisione sul ricorso (*rectius* istanza di riesame) è affidata ad un organo monocratico, dunque non in grado di assicurare la ponderazione del

⁴⁴⁹ Se infatti da un lato il diritto di accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. 33/2013 per come da ultimo modificato può essere esercitato senza esplicitare le ragioni alla base della richiesta, ed in tal senso risulta di applicazione più ampia rispetto al diritto d'accesso *ex art.* 22 l. 241/1990 che richiede un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso», dall'altro i limiti per l'esercizio del diritto d'accesso civico generalizzato sono più ampi e generali rispetto a quelli di cui alla l. 241/1990.

⁴⁵⁰ Tuttavia il Governo è stato indotto ad introdurre una forma di rimedio in via giustiziale da proposta di emendamento avanzata dalla Commissione parlamentare che poneva, tra le condizioni del parere favorevole reso sullo schema di decreto legislativo attuativo, l'individuazione di un possibile rimedio in via amministrativa, accanto al ricorso in via giurisdizionale, per i casi di diniego totale o parziale all'accesso o di mancata risposta.

⁴⁵¹ Può richiamarsi l'opinione, critica rispetto al procedimento di riesame per il diniego sulle istanze di accesso civico, di PORPORATO A., *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato" introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *federalismi.it*, 2017, 27, per cui si sarebbe dovuto «un soggetto terzo ed imparziale "non togato", alternativo al tribunale amministrativo regionale, al quale poter presentare ricorso in via amministrativa, avrebbe potuto essere rappresentato dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, la quale svolge funzioni giustiziali con finalità deflative del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso documentale».

giudizio che può garantire la collegialità del decidente⁴⁵², ma esso è individuato nel responsabile trasparenza e anticorruzione, vale a dire in un soggetto interno all'amministrazione stessa che, per quanto incaricato di funzioni di vigilanza e controllo, rappresenta pur sempre un organo non imparziale nell'esprimere una valutazione in merito al ricorso⁴⁵³. Il procedimento ritorna invece ad essere costruito in modo analogo rispetto a quanto previsto per il diritto di accesso *ex l.* 241/1990 qualora esso sia esercitato in relazione ad un atto adottato da un ente locale, ove la competenza è di nuovo affidata al difensore civico.

Complessivamente considerato dunque, il riesame introdotto dal d.lgs. 97/2016 appare riconducibile piuttosto alla categoria dei ricorsi in opposizione, e si dubita che tramite un tale meccanismo si possa raggiungere un livello di tutela, aggiuntiva rispetto a quella giurisdizionale, sufficiente per garantire in modo efficace l'esercizio dei diritti derivanti dalla legge.

Sembra doversi concludere perciò che neanche in relazione all'emersione di nuove posizioni giuridiche – dotate di rilevanza peculiare in quanto prive della dignità di interessi legittimi eppure importanti tanto ai fini del singolo, che può vedersi avvantaggiato della propria pretesa spesso non immediatamente riflessa nell'informazione richiesta, quanto a fini pubblicistici, per garantire la trasparenza nell'azione amministrativa – si siano affermati nell'ordinamento nazionale rimedi giustiziali effettivi ed ispirati ai principi di indipendenza e garanzia del contraddittorio.

5. Giusto processo e giusto procedimento nella giurisprudenza sovranazionale:

l'avvicinamento tra i due piani

Se dunque attraverso l'analisi di diversi settori dell'ordinamento si è tentato di ripercorrere la rilevanza della funzione giustiziale nell'ordinamento italiano e le eventuali prospettive di espansione in relazione ai singoli settori, dal quadro che ne è emerso traspare una certa diffidenza del legislatore all'istituzione di strumenti di tutela giustiziale, nonché degli amministrati a rivolgersi a quelli eventualmente predisposti dal legislatore.

Tale approccio spesso restio alla revisione in via amministrativa emerge in modo evidente anche nel caso delle recenti riforme intese a costruire sistemi alternativi di risoluzione delle

⁴⁵² Sul ruolo della collegialità nell'organizzazione amministrativa cfr. il recente contributo di ROMANO F.G., *I collegi amministrativi come strumenti di collegamento*, in DE GIORGI CREZZI G. PORTALURI P. (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. II, Firenze, 2017, 193 ss.

⁴⁵³ In particolare, ai sensi dell'art. 1 comma 7, l. 120/2012, il responsabile è nominato dall'organo di indirizzo politico all'interno di ogni amministrazione «di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione. Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione».

controversie, come dimostrano gli ultimi interventi legislativi in materia di appalti e trasparenza, che risultano improntati ad una logica pubblicistico-autoritativa, incentrata sul paradigma del controllo e sugli strumenti tipici dell'autotutela⁴⁵⁴, piuttosto che dimostrare una vocazione giustiziale, proiettata verso la tutela del ricorrente.

La causa di tale approccio potrebbe individuarsi in molteplici fattori. Alcuni, di tipo essenzialmente storico e legati allo scarso successo dei ricorsi gerarchici, sono stati analizzati in precedenza e rispetto ad essi possono integralmente richiamarsi le considerazioni già svolte.

Pare invece opportuno soffermarsi sui rapporti che intercorrono tra procedimento e processo e sull'evoluzione che sta subendo il sindacato del giudice, con particolare riferimento in primo luogo alle garanzie del contraddittorio ed in seguito alla possibilità di sconfinamenti nel merito da parte del giudice amministrativo.

Se i rapporti tra procedimento e processo si complicano, arrivando a far confondere i due piani ed a perdere una linea di demarcazione netta, da un lato il procedimento amministrativo diviene "permeabile" all'ingresso delle garanzie e degli strumenti propri del processo, aprendo nuovi spazi per la costruzione di una tutela giustiziale effettiva (anche attraverso moduli organizzativi mutuati dall'ordinamento europeo, che costituisce il principale motore delle più recenti evoluzioni in tale direzione). Di converso, l'espansione dei poteri del giudice potrebbe condurre a risultati non in linea con l'equilibrio tra i poteri espresso dalla Carta costituzionale e produrre significative distorsioni sistematiche.

Deve considerarsi dunque l'estensione di alcune garanzie tipiche del processo – inteso come sede naturale di esercizio della funzione giurisdizionale – al procedimento amministrativo – inteso come sede in cui si svolge invece la funzione amministrativa – attraverso la mediazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)⁴⁵⁵. La particolare incisività che

⁴⁵⁴ Si fa qui riferimento alla nozione di "autotutela decisoria", nella celebre sistematica di BENVENUTI F., *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 553, ed in particolare al potere di annullare d'ufficio e revocare gli atti amministrativi.

⁴⁵⁵ L'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo prevede al primo comma che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti». Sulle conseguenze di tale principio nell'ordinamento nazionale si segnala l'orientamento del Consiglio di Stato che ha portato a riconoscere nella CEDU, in virtù del richiamo agli obblighi internazionali di cui all'art. 117 Cost., portata precettiva assimilabile a quella propria del diritto dell'Unione Europea, cfr. Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1220, con nota di CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *www.giustamm.it*, 2010, salvo poi essere ridimensionata dalla successiva pronuncia della Corte Costituzionale (Corte

taluni provvedimenti amministrativi possono avere sulla sfera giuridica dei privati, in particolare quelli di carattere sanzionatorio, hanno portato infatti la giurisprudenza della Corte di Strasburgo a giustificare l'espansione delle garanzie del giusto processo anche a procedimenti di natura amministrativa⁴⁵⁶.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha di conseguenza adottato una nozione funzionale di esercizio della funzione, non vincolata dalle diverse qualificazioni soggettive che i singoli ordinamenti nazionali possono porre ai diversi organi – di natura amministrativa o giurisdizionale – e si riserva, in base ai poteri in concreto esercitati, di qualificare anche un organo amministrativo come «tribunale» ai fini dell'applicazione dei principi di cui all'art. 6 CEDU⁴⁵⁷.

Ciò risulta rilevante non solo per ciò che attiene alle conseguenze procedurali, ma anche al rapporto tra atto amministrativo e successiva revisione in sede giurisdizionale. Se infatti il diritto al giusto processo comprende quello di essere giudicato da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, esso sembra includere un potere di controllo, da parte del giudice del provvedimento amministrativo, esteso al merito, senza alcuna limitazione dovuta al limite del sindacato sulla discrezionalità o sull'opportunità delle scelte amministrative, oltre i confini oggi ammessi pacificamente in giurisprudenza in relazione alle valutazioni tecniche⁴⁵⁸.

cost., 11 marzo 2011, n. 80) che ha rimarcato il ruolo della CEDU come solo “strumentale” all'individuazione dei «principi generali del diritto dell'Unione».

⁴⁵⁶ Sul percorso di affermazione dell'art. 6 CEDU anche ai procedimenti amministrativi v. ALLENA M., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, 569 ss. ed anche, più approfonditamente, della stessa Autrice ALLENA M., *Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

⁴⁵⁷ cfr. ALLENA M., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, op.cit., 585, che «secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, un'autorità amministrativa dotata di potestà sanzionatoria è, senza che a nulla rilevi la sua posizione organizzativa e il modo in cui è qualificata nell'ordinamento nazionale, un «tribunale» ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU; in quanto tale, essa è tenuta a rispettare le garanzie del giusto processo già nella fase procedimentale di applicazione della sanzione». Negli stessi termini, evidenziando come tale approccio funzionale possa avere delle ricadute favorevoli nei singoli ordinamenti, GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, 548, per cui «i giudici di Strasburgo, [...] suggeriscono così il superamento di una distinzione organica tra giurisdizione ed amministrazione, a favore di criteri funzionali, che, come tali, consentono un'integrazione virtuosa tra procedimento e processo amministrativo. In particolare, dice la Corte EDU, «ai fini dell'art. 6, § 1, della Convenzione un tribunale non deve essere una corte inserita nell'ordinaria organizzazione giudiziale». Difatti, un tribunale, nel contesto dell'art. 6, § 1 CEDU, è qualificato nel senso sostanziale del termine dall'esercizio di una funzione giurisdizionale, cioè dal fatto di decidere questioni nell'ambito della sua competenza sulla base della legge e all'esito di procedimenti condotti in un certo modo.»

⁴⁵⁸ In merito al sindacato del giudice sulle scelte discrezionali, in particolar modo quelle caratterizzate da un'ampia discrezionalità tecnica, la bibliografia è amplissima. Per l'impostazione del problema si può fare riferimento al noto contributo di CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 462 ss. ed ai riferimenti ivi contenuti alla dottrina più risalente; per uno sguardo alla prospettiva europea, che condivide l'ampiezza del sindacato, per lo meno in materia di concorrenza, v. GRECO G., *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir.*

Tale conclusione condurrebbe ad immaginare un sindacato simile a quello di *full jurisdiction* tendenzialmente non ammesso nei sistemi dei paesi c.d. a diritto amministrativo⁴⁵⁹, con ripercussioni sull'equilibrio dei poteri per come sembra risultare dalle norme costituzionali, che inducono a considerare non solo la necessaria presenza del giudice amministrativo a tutela delle situazioni giuridiche soggettive, per assicurare il diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.), ma anche una certa autonomia dell'amministrazione, nell'azione volta alla cura dell'interesse pubblico definito dalla legge (artt. 95, 97 e 98 Cost.)⁴⁶⁰.

Se dunque è possibile immaginare la necessità di una revisione dei provvedimenti che vada al di là di un controllo di mera legittimità, esito che parrebbe imposto dalla norma sovranazionale⁴⁶¹, tale eventualità potrebbe rappresentare un'ipotesi di contrasto con i principi costituzionali che distinguono la tutela di diritti ed interessi legittimi, oltre che della separazione tra tra funzione giurisdizionale ed amministrativa.

La giurisprudenza della Corte EDU, per come evidenziato in recenti studi sul tema, tende ad affermare in modo abbastanza uniforme la necessità di un sindacato pieno sui provvedimenti, ribadendo la necessità di consentire un accesso pieno ai fatti di causa da parte del giudice, e può nell'immediato cogliersi come tali posizioni sembrano in un certo senso contraddire la

pubbl. com., 5, 2016, 999 ss.; v. anche CARANTA R., *Tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ed incisività del sindacato del giudice nazionale (Kontrolldichte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 503; per l'evoluzione giurisprudenziale, nei passaggi dal sindacato estrinseco a quello "intrinseco" sulle valutazioni tecniche, può rimandarsi ai contributi di DE ROSA G., *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2, 2013, 513, e FONTANA A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, *Foro amm. C.d.S.*, 10, 2011, 3216.

⁴⁵⁹ Sulla nozione di giurisdizione di merito, ed il suo sviluppo legato ad ipotesi eccezionali e limitate in contrapposizione alla generale giurisdizione di legittimità, v. da ultimo D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo: Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, e la bibliografia ivi richiamata.

⁴⁶⁰ Tale autonomia funzionale spiega anche l'idea di "rilevanza politica della lite", in relazione alla quale NIGRO M., *Giustizia amministrativa, op. cit.*, 28, riconosce l'opportunità della conservazione di un giudice speciale per gli interessi legittimi, in considerazione del rapporto peculiare con l'esercizio del potere che tale tipo di sindacato presuppone, «che esiste ancora oggi e spiega il mantenimento del sistema della giustizia amministrativa. quale sistema a sé di erogazione della giustizia».

⁴⁶¹ La Corte EDU definisce la *full jurisdiction* come disponibilità per il cittadino di «un tribunale con giurisdizione sul merito della questione», ossia sul fatto come sul diritto, punto su punto, senza mai dover declinare la capacità di conoscere i fatti e di provvedere. In altri termini, come potere del giudice «di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata resa dall'organo inferiore» e quindi di «esaminare il merito del caso, accertare i fatti e valutare gli elementi di prova», così da «da decidere sui diritti della parte interessata» (per l'utilizzo delle formule citate v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Plenaria, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, § 82; Sez. I, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, *Steininger v. Austria*, § 52; Sez. II, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Altri c. Italia*, § 139). La nozione di *full jurisdiction* che pare potersi ricavare dalla lettura sistematica delle diverse pronunce della Corte europea pare realizzare una sorta di continuità tra amministrazione e giurisdizione, chiamata ad esercitare una funzione comune, pertanto quest'ultima interviene a sanare i vizi della prima, secondo GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, *op. cit.*, 587.

tradizionale affermazione, che ricorre anche nella giurisprudenza nazionale, per cui il giudice amministrativo non può sostituirsi all'amministrazione nel compiere le valutazioni di opportunità⁴⁶².

Se da un lato sono immediatamente percepibili le ragioni che portano la Corte EDU ad espandere le garanzie di cui all'art. 6 CEDU al di là dei confini del processo, per evitare di creare aree "riservate" all'amministrazione che possano vanificare le aspettative di tutela dei privati, dall'altro si ritiene che tali istanze potrebbero essere ugualmente realizzate attraverso la tutela procedimentale che può essere offerta nella fase giustiziale⁴⁶³. Non sembra infatti trascurabile la contraddizione che potrebbe portare l'ammissione di un sindacato pieno, così come pare essere inteso dalla Corte EDU, con il principio democratico che informa l'azione e l'organizzazione della pubblica amministrazione⁴⁶⁴.

Volendo preservare dunque un sindacato giurisdizionale sul potere amministrativo di legittimità, seppure con un pieno accesso al fatto, garantendo allo stesso tempo un riesame efficiente ed effettivo al fine di tutelare le posizioni giuridiche soggettive «la strada maestra dovrebbe piuttosto essere quella di un significativo accrescimento delle garanzie nel procedimento amministrativo, così che le tutele dell'art. 6 CEDU si realizzino fin da subito, nel procedimento»⁴⁶⁵.

Tale soluzione sembra in grado di conciliare la necessità di ristabilire l'omogeneità nella titolarità della funzione amministrativa, in relazione alle valutazioni di opportunità, ed allo stesso tempo garantire lo svolgimento di un contraddittorio effettivo tra privati e pubblica amministrazione, nelle forme del processo ma di fronte ad una autorità di natura amministrativa, le cui decisioni si

⁴⁶² Conclusioni condivise da GOISIS F., *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1361.

⁴⁶³ Sull'importanza delle garanzie procedurali e sulla necessità di demarcare in modo più chiaro il confine tra controllo giurisdizionale e funzione amministrativa, per evitare la «sostituzione» del giudice nella valutazione propria dell'amministrazione, cfr. GILIBERTI B., *Sulla pienezza del sindacato sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di cassazione, sezioni unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss.

⁴⁶⁴ GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, *op. cit.*, 620, ricorda come «il principio democratico è da sempre una delle spiegazioni più convincenti della separazione dei poteri *sub specie* di limitata fungibilità tra scelte amministrative di interessi (da riservare alla responsabilità di organi democraticamente legittimati) e scelte giurisdizionali (compiute da organi in genere volutamente estranei, per esigenze di terzietà, dal circuito democratico e che, si noti, tali debbono essere anche secondo lo stesso art. 6 CEDU).»

⁴⁶⁵ GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, *op. cit.*, 624.

troverebbero ad essere più efficaci di quelle del giudice, anche se dotato di un potere di revisione completo⁴⁶⁶.

6. Verso un sistema pan-giurisdizionale: i rischi e i vuoti di tutela

6.1 L'estensione della giurisdizione nel merito e l'ampliamento della legittimazione ad agire

Se può dunque individuarsi nell'ampliamento delle garanzie procedurali e nello sfruttamento di una fase giustiziale ai fini di conciliare le esigenze di tutela che discendono anche dal diritto sovranazionale con la necessità di chiarire i confini tra amministrazione e giurisdizione, sempre più segnali conducono invece a ritenere che il ruolo del giudice si stia ampliando ed entri in modo sempre più incisivo nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, non solo nell'ottica della tutela degli interessi legittimi.

Si possono trovare esempi di tale tendenza da due punti di vista diversi: in relazione all'estensione del sindacato del giudice, collegato a recenti ipotesi di giurisdizione di merito, ed in relazione all'ampliamento della legittimazione ad agire nel processo a posizioni soggettive dall'incerta qualificazione, con particolare riferimento al sindacato sugli interessi diffusi ed alle nuove ipotesi di legittimazione *ex lege* in capo alle autorità indipendenti.

L'ampiezza e la nozione del c.d. merito amministrativo rappresentano tradizionalmente temi molto studiati e su cui il dibattito in dottrina non ha mai raggiunto un punto fermo di approdo⁴⁶⁷. Permane tuttavia fondamentale condivisa l'impostazione che vede nel merito un limite invalicabile per il sindacato del giudice amministrativo, un'area riservata all'amministrazione in quanto espressione di un giudizio di opportunità.

Nelle recenti riforme in materia di pubblica amministrazione si ritrovano alcuni elementi che hanno consentito ai commentatori di ricondurre alla giurisdizione di merito i nuovi poteri conferiti al giudice, non sempre espressamente qualificati come tali dal legislatore.

Può farsi il caso delle valutazioni che accompagnano la dichiarazione di efficacia o inefficacia del contratto nel rito speciale in materia di contratti pubblici di affidamento di lavori servizi e forniture, disciplinato dagli artt. 120 e ss. c.p.a., per cui il giudice può decidere di conservare

⁴⁶⁶ Si segnala come una certa interpretazione della giurisdizione di merito del giudice amministrativo come ipotesi in cui il giudice può avere un pieno accesso al fatto, differenziando tale prerogativa da quella di sostituirsi o di indagare l'opportunità del provvedimento amministrativo, su cui v. D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo: Contributo allo studio dei profili evolutivi*, op. cit.

⁴⁶⁷ Sulle diverse posizioni che si sono avvicendate in dottrina in relazione al concetto di merito amministrativo si rimanda alla recente monografia di GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, ed alla bibliografia ivi citata.

l'efficacia del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima, e di conseguenza emettere un provvedimento sanzionatorio a carico dell'aggiudicatario, valutando gli interessi in gioco, anche alla luce dell'interesse generale⁴⁶⁸. Un potere così delineato pare essenzialmente riconducibile all'esercizio di una funzione di natura amministrativa, poiché è legato da un lato all'accertamento (e dunque, sembra potersi aggiungere, alla cura) di un interesse di natura generale, definito peraltro dalla legge in modo molto vago. Dall'altro la valutazione della sussistenza di un interesse generale alla conservazione del contratto pare possedere i requisiti di "creatività" e "politicità" che valgono a caratterizzare una scelta come di opportunità, vale a dire attinente al merito amministrativo⁴⁶⁹. Tale conclusione, seppure non può fondarsi esclusivamente sulla vaghezza dei presupposti che la legge individua come necessari per l'esercizio del potere⁴⁷⁰, potrebbe comunque trovare conferma nella natura della valutazione che il giudice è chiamato a compiere, che esorbita dagli interessi rappresentati dalle parti in giudizio e si spinge a rideterminare le conseguenze di una controversia in maniera del tutto slegata dal principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, pienamente valido anche nel processo amministrativo⁴⁷¹.

Alcuni commentatori pertanto hanno ritenuto di ricondurre tale fattispecie alla giurisdizione di merito sulla base dell'operazione compiuta dal giudice, che implica il "soppesare" diversi

⁴⁶⁸ L'art. 121 comma 2 c.p.a., consente al giudice di mantenere efficace il contratto, anche in presenza di gravi violazioni, qualora "il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti".

⁴⁶⁹ D'ANGELO F., *La giurisdizione amministrativa in materia di appalti tra questioni di opportunità e questioni di fatto (a proposito del giudizio sulla « affidabilità » delle imprese partecipanti alle gare d'appalto pubbliche)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2014, 1028, definisce la «creatività, da intendere nel senso che «l'autorità amministrativa che esercita in un caso concreto un potere discrezionale pone un quid novi rispetto alla preesistente situazione, compie insomma una scelta, che nella legge trova bensì la sua fonte ma che nel suo contenuto è esclusivamente riconducibile alla volontà della stessa autorità amministrativa. Vi è insomma una originarietà nel contenuto dell'atto amministrativo discrezionale» e «Politicità», invece, come valutazione il cui criterio informatore è il pubblico interesse che si costruisce nel corso dell'esercizio del potere amministrativo medesimo in relazione alla situazione concreta e costituisce piuttosto il criterio alla luce del quale arbitrare fra gli interessi esistenti»

⁴⁷⁰ Sul punto si ricorda l'opinione di CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, *op. cit.*, 475, per cui il carattere preciso ovvero impreciso della fattispecie precettiva non è essenziale per stabilire la natura discrezionale o meno del potere attribuito all'amministrazione: per stabilire cioè se ad essa spetta una facoltà di scelta per la cura dell'interesse pubblico, ovvero se essa deve solo compiere un'attività – anche complessa – di esecuzione della legge. Per quanto riguarda la possibilità di conciliare discrezionalità e concetti giuridici indeterminati cfr. MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 54, per cui a legalità può anche «constare di concetti giuridici indeterminati, ai quali possono anche essere riferibili una pluralità di soluzioni, pluralità anch'essa verificabile con il criterio di ragionevolezza».

⁴⁷¹ Può richiamarsi, al fine di evidenziare in modo ancora più incisivo la peculiarità di tale istituto, quanto sostenuto da GIANNINI M.S., *Giustizia amministrativa*, *op. cit.*, 18, per cui il giudice in realtà non potrebbe mai sostituirsi all'amministrazione, neanche in sede di giurisdizione di merito, poiché rimane pur sempre vincolato alle allegazioni delle parti nel processo. Tale affermazione potrebbe essere rivista alla luce dell'ampiezza di poteri istruttori oggi riconosciuti al giudice amministrativo ed alla portata del principio dispositivo con metodo acquisitivo.

interessi e dunque pare di natura puramente amministrativa⁴⁷². Altre interpretazioni hanno tuttavia sottolineato come non sia possibile qualificare esplicitamente tale ipotesi come giurisdizione di merito⁴⁷³, sia in virtù di argomenti testuali⁴⁷⁴, sia considerando le ragioni sistematiche che conducono ad individuare la dichiarazione di inefficacia del contratto come un rimedio «giurisdizionalizzato», anche alla luce dei principi contenuti nella disciplina europea, che riserverebbe ogni intervento sul contratto al solo giudice amministrativo, senza alcuna possibilità nello stesso senso per la pubblica amministrazione attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio⁴⁷⁵. Sembra comunque potersi intravedere in tale ipotesi, come è stato segnalato in dottrina, l'immagine di un «giudice-amministratore», che si muoverebbe più secondo i moduli del potere amministrativo che secondo quelli di tipo giurisdizionale⁴⁷⁶.

⁴⁷² Vedi ad esempio, già prima dell'approvazione del codice del processo amministrativo, CAPONIGRO R., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 2423, che ragiona sulla base delle previsioni contenute nella c.d. Direttiva ricorsi. In seguito lo stesso autore ha riproposto tale visione in CAPONIGRO R., *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, Relazione per il seminario di studi "il giudizio amministrativo tra codificazione, *class action* e recepimento della più recente direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici", organizzato dall'associazione nazionale magistrati amministrativi, Roma, 9 febbraio 2010, in particolare ove ribadisce che le nuove attribuzioni processuali al g.a., in materia di appalti pubblici «[...] sembrano permeate proprio da quella valutazione diretta degli interessi pubblici e privati coinvolti dall'azione amministrativa che costituisce l'essenza più profonda del merito amministrativo e comportano che lo stesso giudice è chiamato a sostituire all'assetto di interessi dettato dall'amministrazione con il provvedimento impugnato ed annullato all'esito del ricorso l'assetto di interessi che ritiene, sulla base anche di valutazioni di opportunità, di convenienza e di buona amministrazione, il più idoneo a regolare il rapporto controverso».

⁴⁷³ Sostiene tale tesi, ad esempio, LIPARI M., *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in www.federalismi.it, 2010, 8. Esclude la natura di giurisdizione di merito occulta anche GOTTI P., *Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1, 2012, 16 ss.

⁴⁷⁴ Cfr. VACCARI S., *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2015, 255, per cui da un lato può considerarsi come il decreto legislativo n. 53/2010, attuativo della legge di delega al recepimento della direttiva ricorsi che conteneva un riferimento alla giurisdizione "esclusiva e di merito", in conformità ai rilievi espressi nel parere del Consiglio di Stato, ha espunto ogni riferimento alla giurisdizione di merito configurando la giurisdizione in materia come esclusiva. Dall'altro potrebbe desumersi *a contrario* considerando come l'ipotesi non compaia nell'elenco di materie contenuto nell'art. 134 c.p.a.

⁴⁷⁵ Argomenta in tal senso, al fine di escludere la sussistenza di un potere di annullamento d'ufficio esercitabile sul contratto in capo all'amministrazione, GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 754, come riporta VACCARI S., *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, *op. cit.*, 277, che aderisce a tale impostazione.

⁴⁷⁶ Cfr. per tale ricostruzione CARPENTIERI P., *Sorte del contratto (nel nuovo rito appalti)*, intervento al Convegno di studi «Il contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici» organizzato dal Centro di Studi sulla Giustizia presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano, svoltosi il 20 gennaio 2011, in [giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2011.

Pare dunque che attraverso tali previsioni il sindacato del giudice stia vedendo, in particolare nel settore dei contratti pubblici⁴⁷⁷, un'espansione verso un potere di tipo sostitutivo rispetto all'amministrazione, che coinvolge scelte che implicano una ponderazione di interessi, concessa da un legislatore sempre più disposto ad affidare agli organi giurisdizionali l'attività di ponderazione di interessi pubblici.

6.2 L'ampliamento della legittimazione ad agire

A ciò deve aggiungersi, per ciò che attiene alla legittimazione ad agire, che da tempo la dottrina segnala processi di ampliamento, riconducibili a diversi tipi di influenze ma tendenti verso la medesima direzione. L'importanza del diritto europeo e sovranazionale in tali processi di cambiamento è emersa in relazione alla legittimazione in materia ambientale, con particolare riferimento al diritto di accesso alle informazioni in materia ambientale oggetto della Convenzione di Aarhus⁴⁷⁸ e recepita nel Codice dell'ambiente⁴⁷⁹. In base all'art. 3^{sexies} del d.lgs. 152/2006⁴⁸⁰ le informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio possono essere ottenute anche senza la prova di un interesse giuridicamente rilevante, consentendo così l'evidente ampliamento delle pretese azionabili e la tutela in giudizio di una posizione giuridica

⁴⁷⁷ Si ricorda quanto sostenuto da VAIANO D., *Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, 2013, 67, per cui dai settori speciali, in particolare da quello dei contratti pubblici, si possono di rileggere in chiave moderna antichi istituti del diritto amministrativo sostanziale e processuale.

⁴⁷⁸ Per le implicazioni delle disposizioni contenute in tale convenzione, ratificata dall'Italia con la legge 16 marzo 2001, n. 108, anche in una prospettiva comparatistica rispetto ai diversi sistemi di giustizia amministrativa che hanno subito l'impatto degli ampi criteri di legittimazione a ricorrere imposti dalla convenzione cfr. DELSIGNORE M., *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2013, 734, e GOISIS F., *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, 101.

⁴⁷⁹ Il diritto di accesso alle informazioni ambientali è regolamentato nel dettaglio anche dal d.lgs. 195/2005, il quale ha recepito la Direttiva europea 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale abrogando la previgente disciplina di cui al d.lgs. n. 39 del 1997 e consentendo l'accesso a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse.

⁴⁸⁰ Le peculiarità del diritto di accesso alle informazioni in materia ambientale rispetto alle previsioni generali contenute nella l. 241/90 emerge con chiarezza anche dalle applicazioni giurisprudenziali che hanno contribuito a disegnarne i confini. Può segnalarsi in particolare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2557, secondo cui la disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi in materia ambientale «prevede un regime di pubblicità tendenzialmente integrale dell'informativa ambientale, sia per ciò che concerne la legittimazione attiva, ampliando notevolmente il novero dei soggetti legittimati all'accesso in materia ambientale, sia per quello che riguarda il profilo oggettivo, prevedendosi un'area di accessibilità alle informazioni ambientali svincolata dai più restrittivi presupposti di cui agli artt. 22 e segg., l. 7 agosto 1990 n. 24».

che si qualifica, per espressa indicazione normativa, di interesse semplice⁴⁸¹. In relazione a tale tendenza a garantire un rilievo più ampio alle posizioni giuridiche non differenziate ed agli interessi diffusi possono segnalarsi alcuni orientamenti giurisprudenziali che hanno riconosciuto la legittimazione ad agire alle associazioni di categoria, agli enti territoriali, ed ai singoli in presenza di alcuni “criteri di collegamento”, in grado di distinguere, se non pienamente differenziare, la posizione del ricorrente da quella del *quisque de populo*⁴⁸².

Se la preoccupazione della giurisprudenza è stata sempre quella di evitare la creazione di azioni a tutela della mera legalità, traspare comunque, dagli orientamenti giurisprudenziali sopra ricordati, l’ansia di soddisfare determinate esigenze di tutela emerse con prepotenza nel corso degli ultimi decenni, anche attraverso la distorsione del meccanismo processuale, asservito alla tutela di interessi che dovrebbero trovare la loro sede opportuna di valutazione all’interno del procedimento, e che invece in un’ottica giustiziale, come si è tentato di mostrare, potrebbero assumere una rilevanza ancora maggiore.

Deve considerarsi poi che l’ampliamento della legittimazione ad agire si è realizzato anche attraverso l’azione riformatrice del legislatore nazionale, in relazione ad alcune ipotesi introdotte allo scopo di dotare alcune autorità indipendenti di poteri più incisivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni, attraverso un meccanismo che ha risollevato in tempi recenti l’ampio dibattito in merito alla natura oggettiva o soggettiva della giurisdizione amministrativa⁴⁸³.

⁴⁸¹ Sempre in relazione all’impatto della particolare ampiezza dei confini della legittimazione previsti a livello europeo, con particolare riferimento all’accesso alle informazioni ambientali, v. ELIANTONIO M., *Europeanisation of Administrative Justice? The influence of the ECJ’s case law in Italy, Germany and England*, Groningen, 2008. v. anche in generale sui profili attinenti la legittimazione sul diverso impatto che essi hanno avuto negli ordinamenti tedesco e italiano cfr. SCHMIDT-ABMANN E. DE LUCIA L. ROMANO M.C., *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2016, 711.

⁴⁸² Per la giurisprudenza che ha individuato i cosiddetti criteri di collegamento cfr. ROMANO M. C., *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2012, 169; per ciò che attiene al particolare caso delle associazioni ambientaliste v. LEONARDI R., *La legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste: alcune questioni ancora giurisprudenziali*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2011, 3, che sottolinea come anche in tal caso, così come per ciò che si è accennato in materia di accesso, la previsione di una legittimazione più ampia derivi dall’ordinamento comunitario. In particolare l’Autore ricorda come la Corte di Giustizia UE «ha affermato con la sentenza della Sezione II, 15 ottobre 2009 (in causa C-263/08) che, sebbene dal combinato disposto dell’art. 10bis e dell’art. 1, n 2, della direttiva 85/337 venga affidato ai legislatori nazionali il compito di determinare i presupposti che possono essere richiesti perché un’associazione possa esercitare il diritto al ricorso, tuttavia, le norme nazionali devono garantire l’obiettivo “dell’ampio accesso alla giustizia” e dell’effetto utile”. Nel rispetto di tali obiettivi coloro i quali vantano un “interesse sufficiente” per contestare un progetto e i titolari di diritti lesi da quest’ultimo, tra cui le associazioni ambientaliste anche non riconosciute, devono poter agire dinanzi al giudice competente». sul punto cfr. anche CALABRÒ M., *Sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 412 ss.

⁴⁸³ A testimonianza della vivacità ed attualità del dibattito i numerosi contributi degli studiosi intervenuti presso le “Giornate di studio” dedicate al tema il 13 e 14 maggio 2016 a Pontignano (Siena), ed il Convegno tenutosi a Roma

Tra le ipotesi più rilevanti figura senza dubbio l'art. 21**bis** l. 287/1990, che ha introdotto il potere dell'AGCM di ricorrere al giudice amministrativo in caso di non conformità dell'amministrazione al parere espresso in merito ad un atto adottato in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. La fiducia del legislatore in tale schema appare chiara dalla riproposizione di un'analogia disposizione nel Codice dei Contratti Pubblici – operata con il d.l. 50/2017 conv. con modificazioni dalla l. 96/2017, in sostituzione dell'abrogato potere di raccomandazione vincolante previsto dal previgente art. 211 – che conferisce all'ANAC il potere di agire in giudizio nei medesimi termini sopra descritti⁴⁸⁴.

Tali previsioni, e le fattispecie ad esse assimilate, offrono interessanti spunti di riflessione non solo per l'andamento del processo amministrativo, che consente sempre più spesso l'ingresso di valutazioni ed interessi di natura generale o comunque tendenti ad un sindacato di tipo oggettivo, ma anche sul sistema di giustizia amministrativa colto nel suo complesso, comprensivo cioè degli strumenti di tutela giurisdizionale. Emerge infatti che l'opzione del legislatore per assicurare la tutela di determinati interessi pubblici di rilevanza trasversale, che incidono non solo sull'operato di soggetti privati ma anche nell'azione delle amministrazioni preposte alla cura di interessi diversi, sia stata quella di realizzarne il contemperamento attraverso il processo, individuando nel giudice il soggetto più opportuno ad operarlo⁴⁸⁵.

Ciò può ritenersi condivisibile nel momento in cui i vizi che possono essere segnalati sono vizi di legittimità, e dunque attengono ad una valutazione propria della funzione giurisdizionale di conformità del provvedimento alla legge. Tuttavia si potrebbe rilevare che in tutti i casi sopra

presso l'Università degli studi Roma Tre dal titolo «Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto» il 30 maggio 2017.

⁴⁸⁴ L'art. 52**ter** del decreto ha aggiunto all'articolo 211 del Codice dei contratti pubblici i commi *1bis* e *1ter*, per cui «l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.»

⁴⁸⁵ Sugli evidenti riflessi di natura sistemica delle disposizioni che prevedono la legittimazione ad agire *ex lege* in capo ad autorità indipendenti v. SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *federalismi.it*, 2012, che sottolinea «i potenziali effetti sulla ricostruzione generale della funzione del giudice amministrativo, che, accedendo ad una lettura della norma in termini di apertura alla legittimazione pubblica all'azione “nell'interesse della legge”, vedrebbe indubitabilmente potenziato il suo ruolo di garanzia della “giustizia nell'amministrazione” affermata dall'art. 100 Cost. e più volte sottolineata dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 204 del 2004.»

illustrati i procedimenti attengono a funzioni di regolazione che comportano necessariamente complesse valutazioni tecniche, o comunque caratterizzate da un ampio margine di discrezionalità. A ciò si aggiunga che la scelta o meno di attivare la procedura di impugnazione davanti al giudice parrebbe essere una scelta discrezionale, se non proprio di opportunità, in relazione al modo migliore di tutelare l'interesse leso, che apre le porte del processo ad azioni nell'interesse della legge⁴⁸⁶.

Tali considerazioni potrebbero far propendere per l'adozione di un sistema di rimedi giustiziali, affidati a soggetti indipendenti ma collegati alle autorità sul modello delle Commissioni di Ricorso, di fronte ai quali regolare i conflitti anche con altri enti pubblici. Tale soluzione pare non solo più rispettosa della disciplina processualistica ma anche più efficace nell'ottica di instaurare un contraddittorio – qui inteso anche come dialogo – tra amministrazioni e con i privati coinvolti, attraverso le forme, più agili, del procedimento giustiziale.

Considerati complessivamente questi processi, tanto in relazione all'ampiezza dei poteri del giudice quanto in relazione alla legittimazione ad agire⁴⁸⁷, fanno sì che il giudice eroda spazi sempre più importanti per l'amministrazione, con il rischio di uno squilibrio significativo tra le due funzioni, ed un'appropriazione, da parte del potere giudiziario, di una funzione prettamente amministrativa che non dovrebbe essere da lui esercitata⁴⁸⁸. Inoltre, per andare alle estreme conseguenze di tale ragionamento, nel momento in cui il giudice diviene amministratore, nei confronti della sua decisione non ci sarebbe rimedio se non quello dell'impugnazione della sentenza, inidoneo a contestare un provvedimento che, pur formalmente giurisdizionale, sarebbe a tutti gli effetti amministrativo. Potrebbe porsi allora anche un problema di compatibilità con i requisiti di cui all'art. 6 CEDU di cui si è trattato, considerando che il diritto ad una revisione

⁴⁸⁶ Sul punto cfr. lo spunto fornito da TROPEA G., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2015, 1262 ss., che ricollega il tema dell'ampliamento della legittimazione ad agire a quello dell'abuso del processo amministrativo, in particolare sostenendo che «l'interesse oggettivo che viene tutelato, in questo caso, non è quello “esterno” della concorrenza e del mercato — che, come si è detto, ha spesso contribuito ad ampliare la legittimazione, oltre che i poteri del giudice (emblematico il rito in materia di appalti), anche se in potenziale contrasto coi caratteri del processo soggettivo e di parti, e che, peraltro, ha comunque modo di esplicitarsi nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di abuso di posizione dominante — ma quello “interno” dell'efficienza del processo in sé e dell'uso proporzionale delle risorse, quasi a titolo di compensazione rispetto all'affermarsi della suddetta complessa idea di effettività ed atipicità della tutela giurisdizionale.»

⁴⁸⁷ La legittimazione ad agire è stata definita «un'eccellente cartina di tornasole sulla quale testare i cambiamenti del processo amministrativo» v. CRESCENTI C., *Il futuro del passato dell'interesse a ricorrere*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸⁸ CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, op. cit., 78, descrive efficacemente tale processo parlando di «desertificazione dello spazio sociale che separa il provvedimento amministrativo dalla soglia del giudice».

davanti a un tribunale non sarebbe adeguatamente assicurato contro tale provvedimento, proprio in quanto è il tribunale stesso l'autorità decidente.

7. *Ricorsi amministrativi, accountability e intensità del sindacato del giudice sulle valutazioni delle amministrazioni indipendenti*

Se dunque si è potuto individuare nella funzione giustiziale un modo per riequilibrare i rapporti tra amministrazione e giurisdizione, nel senso di evitare un eccessivo ampliamento della cognizione del giudice ed una sostituzione dello stesso nelle funzioni amministrative – che potrebbe condurre, come sopra si è cercato di argomentare – anche ad una indiretta violazione dell'art. 6 CEDU, si vorrebbe poi sottolineare il valore che essa potrebbe rivestire come strumento di *accountability* per le amministrazioni indipendenti, anche per l'ordinamento interno. Come infatti si è già visto per l'ordinamento europeo le autorità di regolazione sollevano, per i caratteri di indipendenza che le qualificano strutturalmente, questioni in ordine alla legittimazione che dovrebbe porsi a fondamento dei loro poteri dovute al debole collegamento con le autorità politiche che, seppure rappresenta una necessità per il ruolo di garanzia che esse svolgono, rappresenta anche un difetto di garanzie per la collettività, che si trova sfornita di strumenti di controllo nei confronti dell'esercizio di tali poteri che risultano sicuramente molto incisivi oltre che caratterizzati da un alto grado di tecnicismo⁴⁸⁹.

Si è già messo in luce come la predisposizione di rimedi giustiziali possa consentire un contraddittorio sui provvedimenti di regolazione in grado di rendere il contributo dei privati, e del loro portato in termini di interessi che possono trovare una migliore composizione già nel procedimento di secondo grado. L'architettura sempre più complessa e sempre più stratificata dell'organizzazione riflette l'esigenza di specializzazione e settorializzazione che caratterizza i

⁴⁸⁹ Si è già citata l'idea di una "legittimazione per risultati" che parrebbe, anche alla luce dell'influenza del diritto dell'Unione Europea sull'organizzazione amministrativa, conferire un più forte fondamento all'attribuzione di poteri ad autorità tecnicamente qualificate e slegate dal circuito democratico, su cui CHITI M. P., *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, *op. cit.*, 403. Per quanto riguarda una tipologia particolare di autorità di regolazione, vale a dire quelle organizzate mediante strutture a rete, valgono le considerazioni di CHITI E., *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 29, che riprende il concetto di *rule of law* amministrativa, per come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria, come principale strumento per garantire l'*accountability* delle amministrazioni a rete. Infatti «per mezzo degli istituti della *rule of law* amministrativa, le reti sono assoggettate a un controllo da parte dei destinatari della propria attività, pubblici e privati. Il controllo si svolge attraverso i principi e le regole del procedimento amministrativo – così come essi risultano dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla giurisprudenza del giudice europeo, dalle legislazioni settoriali e dalla prassi sviluppata dalle stesse amministrazioni – e l'insieme dei rimedi giurisdizionali, definiti dai trattati».

recenti processi evolutivi nell'amministrazione, che andrebbe bilanciata con una più forte garanzia della c.d. legalità procedimentale⁴⁹⁰ piuttosto che con l'astratta garanzia del rimedio processuale, che per quanto indefettibile spesso può rivelarsi inadeguato⁴⁹¹.

Se spesso sono state sottoposte al giudice questioni di indubbia complessità tecnica, non si è potuto evitare di ammettere un sindacato sulla discrezionalità, oltre che un più ampio ventaglio di strumenti istruttori nel processo, che ha creato ben noti dubbi in merito alla piena estensione ed all'opportunità di una sovrapposizione tra l'accertamento tecnico dell'autorità e quello del giudice⁴⁹².

Una recente conferma di tale controverso rapporto può vedersi nel recente intervento del legislatore in materia di concorrenza, che nell'intento di realizzare una più incisiva disciplina del *private enforcement* ha garantito all'accertamento compiuto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato un'efficacia rafforzata nel processo⁴⁹³. Tale previsione si è resa appunto necessaria per evitare la sovrapposizione della cognizione del giudice – in questo caso

⁴⁹⁰ L'assoluta osservanza delle garanzie offerte nel procedimento, con particolare riferimento ai meccanismi di partecipazione procedimentale, che caratterizza l'attività delle amministrazioni indipendenti è stata peraltro affermata, con riferimento alla Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, dalla Corte costituzionale che, nella sentenza n. 57 del 1995, ha chiarito che «l'attività della Commissione non può sottrarsi al generale canone *audiatur et altera pars*: se è vero infatti che il «giusto procedimento» in quanto tale non può dirsi un principio assistito in assoluto da garanzia costituzionale (v., ad es., ordinanza n. 503 del 1987), è certo ch'esso costituisce sempre almeno un criterio di orientamento, come per il legislatore così per l'interprete». Di conseguenza, «il coinvolgimento dei soggetti interessati ed il momento di partecipazione che ne deriva, si pongono come fase indefettibile» nell'ambito dei procedimenti che si svolgono dinanzi alla Commissione. Sul punto v. GRASSO G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimazione costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, 85, il quale ritiene che la sentenza esprima un precetto estensibile anche alle altre Autorità indipendenti.

⁴⁹¹ Sui limiti propri dell'azione giurisdizionale, spesso posti in virtù della speditezza dei procedimenti, nel timore di subire condanne da parte dei giudici sovranazionali, ed in considerazione della scarsità della "risorsa giustizia", si vedano i rilievi in FIGORILLI F., *l'efficienza della tutela alla prova delle azioni disponibili nel processo amministrativo e delle relative condizioni*, in COMPORTI G. D., *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, vol VII, Firenze, 2017, 130, che pone l'accento sui limiti alla tutela cautelare in materia di appalti, introdotti dal decreto c.d. "Sblocca Italia", e sul limite al risarcimento in forma specifica in favore di quello per equivalente, ritenuto meno idoneo ad assicurare al ricorrente il bene della vita a cui aspira.

⁴⁹² In merito alle specificità delle valutazioni tecniche proprie delle autorità indipendenti, ed i riflessi di tali peculiarità su eventuali limiti al sindacato giurisdizionale v. ALLENA M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2012, 1602.

⁴⁹³ La Direttiva del 26 novembre 2014 n. 104, all'art. 9, ha posto in capo agli Stati membri l'obbligo di introdurre, entro il 27 dicembre 2016, previsioni finalizzate ad assicurare che una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini di eventuali azioni risarcitorie dinanzi ai rispettivi giudici nazionali. La Direttiva è stata recepita nell'ordinamento con il d. lgs. 3/2017.

ordinario e non amministrativo – a quella dell’AGCM, per scongiurare qualificazioni contraddittorie della medesima vicenda.

Si ritiene che la scelta del legislatore di affidare ad un’autorità amministrativa la forza di procedere ad un accertamento vincolante nei confronti del giudice possa rappresentare un implicito riconoscimento della maggiore qualificazione e specializzazione di quest’ultima rispetto al giudice stesso, che potrebbe trovarsi impreparato in casi particolarmente complessi⁴⁹⁴. L’efficacia oggettiva del provvedimento ed il fatto che essa sia equiparata, nell’ottica della direttiva comunitaria che ha imposto tale strumento di coordinamento tra *private* e *public enforcement* del diritto *antitrust*, a quella del giudicato amministrativo di rigetto, suggerisce la necessità di ricercare una sempre maggiore certezza e stabilità dell’accertamento delle valutazioni tecniche⁴⁹⁵. L’efficacia che tali provvedimenti sono destinati ad assumere, estesa al processo e unita alla considerazione dei limiti che astringono il sindacato di legittimità – nonostante le evidenziate discrasie tra l’interpretazione dei giudici nazionali ed europei e le indicazioni della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – contribuisce a fondare l’esigenza di costruire un’idonea garanzia, ispirata a moduli processuali ma con cognizione estesa al merito, che potrebbe essere rappresentata da una Commissione di Ricorso sul modello di quelle costituite nelle agenzie europee.

⁴⁹⁴ Sui riflessi di tali innovazioni sul processo ed il procedimento amministrativo v. GILIBERTI B., *Public e private enforcement nell’art. 9, co. 1 della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, 77, che conclude in senso di ritenere compatibile con la Costituzione ed in generale con il sistema di giustizia amministrativa il meccanismo di efficacia rafforzata imposto dalla direttiva.

⁴⁹⁵ Sull’attuale estensione del sindacato sulle valutazioni tecniche ed i possibili limiti che possono individuarsi nell’analisi delle decisioni della giurisprudenza v. SIGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 730, per cui «i risultati dell’analisi (della giurisprudenza amministrativa) non delineano un quadro univoco della giurisprudenza, sia per quanto riguarda la ricostruzione dei presupposti teorici entro i quali inquadrare la questione, sia per quanto riguarda il modello di giudizio concretamente applicato per sindacare la valutazione di fatti opinabili da parte dell’amministrazione. Se si esclude l’ambito del giudizio sugli atti delle autorità amministrative indipendenti, rispetto al quale si sono affermate logiche particolari, legate alla specificità dei soggetti coinvolti e delle funzioni da essi svolte (anche se non mancano orientamenti eccentrici, anche se tendenzialmente isolati), la giurisprudenza sembra seguire solo in minima parte gli indirizzi interpretativi più evoluti, che già da tempo avevano contribuito a chiarire la netta distinzione tra valutazioni tecniche o riguardanti presupposti di fatto non suscettibili di essere accertati in modo univoco e ambito delle scelte amministrative discrezionali e del merito amministrativo». In relazione al rapporto tra giurisprudenza nazionale ed indirizzi seguiti dalla giurisprudenza sovranazionale lo stesso autore riscontra che «l’attenzione agli orientamenti espressi dalle Corti internazionali – con l’eccezione, ancora una volta, dell’ambito riguardante il giudizio sugli atti delle autorità amministrative indipendenti – è nel complesso marginale e, quando è presente, appare spesso più formale che sostanziale».

La necessità che tale organo sia indipendente e collegiale⁴⁹⁶ è giustificata inoltre dalla considerazione per cui sarebbe opportuno evitare la concentrazione di funzioni di natura inquisitoria, regolatoria e decisoria in capo alla stessa autorità, che risulterebbe competente tanto per la fase di specificazione del precetto normativo, quanto per la fase di indagine e successiva repressione dell'illecito; per quanto possa essere previsto un contraddittorio all'interno di tali fasi – che, come si è già evidenziato, è ritenuto imprescindibile – queste sono gestite dal medesimo organo, e ciò non pare comunque conforme al principio di legalità né al diritto di difesa, oltre che dell'art. 6 CEDU, che impongono la presenza di un soggetto terzo ed imparziale e di strumenti di ricorso effettivi.

Come si è già visto, il giudice amministrativo potrebbe, nel momento in cui limita la propria cognizione sulla base delle prospettazioni dell'autorità o non riconosce l'interesse al ricorso di soggetti non direttamente incisi dal provvedimento, offrire una tutela minore rispetto a quella che un organo di natura amministrativa, dotato di sufficienti garanzie di indipendenza, di adeguate conoscenze tecniche e del potere di rivedere il merito del provvedimento.

Tali esigenze, pur risultando comuni a quelle avvertite a livello europeo, non hanno tuttavia portato alla costruzione di strumenti di tutela giustiziale quanto piuttosto al tentativo di soddisfarle attraverso il rafforzamento delle garanzie nella fase partecipativa ed un più intenso controllo del giudice sui provvedimenti, strumenti che tuttavia non assicurano una maggiore tutela né costituiscono, nel senso che si è meglio spiegato in precedenza, uno strumento in grado di assicurare l'*accountability* delle amministrazioni indipendenti.

8. *La funzione giustiziale come strumento efficiente di risoluzione delle controversie pubblicistiche e di deflazione del contenzioso*

Si ritiene opportuno infine soffermarsi su un ulteriore aspetto, tra i più studiati tra quelli che si legano alla funzione giustiziale, inerente al possibile lo sviluppo di strumenti di risoluzione in via

⁴⁹⁶ Per opere di carattere generale sulla collegialità nell'organizzazione si rimanda a VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, 1980, Milano; COCA F. G., *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in MAZZAROLLI L. PERICU G. ROMANO A. COCA F. G. (a cura di) *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001; La dottrina citata evidenzia come il collegio rappresenti uno strumento per assicurare l'imparzialità; sia, per alcuni, per la sua idoneità a comporre conflitti presenti tra diverse posizioni, sia per assicurare una migliore ponderazione della scelta. ROMANO F.G., *i collegi amministrativi come strumenti di collegamento*, *op. cit.*, 199, sottolinea poi come «l'organizzazione collegiale consente di raggiungere lo scopo di ridurre l'imperatività dell'azione amministrativa per cui la PA deve legittimarsi anziché prevalere in base ad un'investitura astratta o precostituita». Lo stesso Autore si sofferma poi sui particolari problemi creati dalla difficile giustiziabilità di eventuali violazioni dell'imparzialità che si riflettano nella composizione stessa del collegio, sottolineando l'importanza dei meccanismi di nomina.

amministrativa delle controversie, costruiti sul meccanismo dei ricorsi amministrativi, per ottenere una deflazione del contenzioso di fronte al giudice amministrativo e migliorare la complessiva efficienza anche del processo amministrativo. Tale prospettiva pare condivisa da quegli studiosi che includono i rimedi giustiziali tra quelli appartenenti agli strumenti di «giustizia informale», avendo come riferimento i modelli diffusi in altri ordinamenti, in particolare in quello del Regno Unito⁴⁹⁷.

La prospettiva che qui si illustra muove in primo luogo dalla considerazione dello stato della giurisdizione, sempre più oberata da grandi quantità di arretrati che espongono al rischio di frequenti condanne per violazione del termine di ragionevole durata del processo, tutelato a livello sovranazionale tra le garanzie di cui all'art. 6 CEDU⁴⁹⁸, che giustifica l'attenzione verso strumenti agili per la composizione delle istanze. Tale approccio ha portato, soprattutto in campo civilistico e rispetto alle c.d. *small claims*, all'affermazione di una vasta gamma di strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, appartenenti a diversi schemi e classificabili secondo varie qualificazioni, ma accomunati dal bisogno fondamentale di alleggerire il carico decisionale dei giudici ed allo stesso tempo di facilitare l'accesso alla giustizia⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Per spunti comparativi, in particolare con l'impostazione prevalente nel sistema di giustizia amministrativa nel regno unito, cfr. DELSIGNORE M., *I rimedi alternativi alla judicial review oltre manica*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 919, e MARTINES F., *La giustizia informale nei rapporti di diritto amministrativo*, Milano, 2017, in particolare 193 ss. per ciò che attiene ad un possibile "adattamento" del sistema italiano a quello inglese di *informal justice*; per ciò che attiene al sistema di giustizia amministrativa nel Regno Unito, anche in una prospettiva comparatistica, si rimanda a BALBONI E., *L'Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986; CHIRULLI P., *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996; In particolare sul sistema degli *Administrative Tribunals*, che ha rappresentato l'esempio maggiormente utilizzato nei lavori comparatistici sui sistemi di giustizia amministrativa italiano ed anglosassone v. MACCHIA M., *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209; PANGALLOZZI M. C., *Le trasformazioni del diritto amministrativo inglese: i «nuovi» amministrative tribunals*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2016, 453.

⁴⁹⁸ RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2013, 100, evidenzia comunque che «la garanzia del giusto processo data dalla ragionevole durata del processo, a differenza delle altre garanzie, non si soddisfa solo con le regole del processo, ma investe soprattutto l'organizzazione giudiziaria nella sua più ampia accezione, e cioè l'allocatione di persone, di risorse e di mezzi». Pertanto l'Autrice avverte sul rischio di semplificazioni nel processo, in particolare rispetto alla motivazione delle decisioni, giustificate dalla necessità di assicurare una durata ragionevole. Si veda inoltre in senso critico alla «enfaticizzazione» della ragionevole durata del processo cfr. VILLATA R., *La giurisdizione amministrativa e il processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'Apocalisse»?», in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106.*

⁴⁹⁹ Per la spinta derivante dall'attuazione delle direttive comunitarie in materia di ADR nelle controversie consumeristiche, sul solco della linea iniziata a tracciarsi con il «Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale» (COM (2002) 196 def. 19 aprile 2002), cfr. MANCALEONI A. M., *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2017, 1064; sul punto v. anche quanto illustrato da DESIATO O., *Le politiche dell'Unione Europea in favore della «degiurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 5, 2016, 1793.

Tale efficacia in termini deflattivi è stata riconosciuta anche per i rimedi giustiziali, che sono stati ritenuti gli strumenti che, più di altri, si avvicinano all'ambito della c.d. giustizia informale; questi infatti, poiché «consentono di ottenere un risultato analogo a quello che altrimenti il ricorrente dovrebbe conseguire attraverso un giudizio dinnanzi al giudice amministrativo», rappresentano un rimedio alternativo in quanto non formalizzato eppure efficace nel dirimere la controversia.⁵⁰⁰

Ulteriore punto di contatto tra le *Alternative Dispute resolution* e il diritto amministrativo pare potersi ravvisare in quegli strumenti, che attualmente vivono una fase di grande fortuna, che acquistano una doppia valenza: non solo organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie ma anche forme di regolazione e vigilanza indiretta sui mercati, che coadiuvano le autorità di settore a raggiungere gli obiettivi fondamentali della loro azione attraverso un controllo dal basso⁵⁰¹.

Tuttavia tali sistemi operano esclusivamente in controversie di tipo privatistico, mentre permane, in relazione alle controversie di diritto amministrativo, "l'ostacolo" dell'interesse pubblico che, così come da un lato giustifica la previsione di un giudice speciale, così dall'altro impedisce di ricorrere a sistemi improntati alla logica conciliativa o della mediazione. Tale ostacolo non pare insormontabile invece qualora siano le stesse autorità amministrativa, attraverso rimedi giustiziali, a decidere su controversie pubblicistiche, anche ricorrendo a procedimenti semplificati.

Un rapido ed informale accesso ad uno strumento di ricorso sembra poi l'azione più idonea a contrastare i fenomeni di *maladministration*, che rappresentano episodi di malfunzionamenti rispetto ai quali non può attivarsi la tutela processuale, oppure questa non sortirebbe un risultato utile, e che contribuiscono a minare l'efficacia dell'azione amministrativa⁵⁰²; in questo senso pare

⁵⁰⁰ Così MARTINES F., *La giustizia informale nei rapporti di diritto amministrativo*, op. cit., 202.

⁵⁰¹ Come si è già sottolineato è il caso dell'Arbitro Bancario Finanziario e dell'Arbitro delle Controversie Finanziarie, istituiti rispettivamente presso la Banca d'Italia e la CONSOB su cui si rimanda a SIRENA P., *L'unione bancaria e il suo impatto sul rapporto tra intermediari e consumatori*, op. cit., e CAPRIGLIONE F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, op. cit.

⁵⁰² Sui rimedi alla cattiva amministrazione e la nozione di *maladministration*, particolarmente interessanti i contributi presentati al Convegno annuale AIPDA tenutosi a Roma, il 7 e 8 ottobre 2016, su «*Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*». Si vedano in particolare le relazioni di FRANCARIO F., *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*; CASSESE S., *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*; MERUSI F. *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*.

deporre il successo di modelli ispirati alla figura dell'*Ombudsman* in molti ordinamenti europei e nella stessa amministrazione dell'Unione.

L'idea del riesame in via amministrativa come filtro alle controversie che potrebbero essere portate all'attenzione del giudice nasce essenzialmente dalla comparazione con altri sistemi, nei quali tali strumenti sono ampiamente sfruttati, e pertanto pare si possa, seppure con tutte le cautele necessarie quando si tenta una comparazione nel diritto pubblico⁵⁰³, prendere a modello tali schemi per tentare di calarli nell'ordinamento nazionale.

Se tale prospettiva sembra affermarsi in maniera sempre più decisiva, per come suggerito dalla dottrina che vede nella funzione giustiziale una delle possibili vie di affermazione della già menzionata «giustizia informale» nell'ordinamento italiano, si ritiene in ogni caso che essa non rappresenti la chiave per un ripensamento della funzione giustiziale. Non risiede infatti nella speditezza del procedimento e nella potenziale efficacia anche dell'azione non vincolante, caratteri propri della giustizia informale ed in generale dei sistemi ispirati alla logica dell'*Ombudsman*⁵⁰⁴, la prospettiva di ampliamento della tutela dei singoli nei confronti delle pubbliche amministrazioni che invece parrebbe realizzarsi attraverso un sistema effettivo di giustizia nell'amministrazione.

Pur non sottovalutando i vantaggi di un ricorso più ampio a sistemi di giustizia informale per l'amministrazione della giustizia, non si dimentica che nel caso in cui la controversia coinvolge anche l'esercizio di poteri amministrativi l'interesse generale assume un rilievo preponderante, e l'idea di sottoporre alla conciliazione o alla mediazione obiettivi che la legge pone inderogabilmente a carico delle amministrazioni continua a destare più di qualche dubbio⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Come avvertono le principali trattazioni in materia, lo studio comparatistico deve puntare ad evidenziare analogie e differenze tra ordinamenti, senza pretendere di utilizzarne i risultati al fine di applicare, senza adattamento, la disciplina normativa propria di un sistema ad un altro senza considerare le rispettive tradizioni ed evoluzioni. Si rimanda sul punto a NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007 e D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992.

⁵⁰⁴ Per la rilevanza di tale modello nell'ordinamenti anglosassoni, tra i primi a mutuare lo schema di tradizione scandinava, v. DELSIGNORE M., *I rimedi alternativi alla judicial review oltre manica*, op. cit., 917, e MARTINES F., *La giustizia informale nei rapporti di diritto amministrativo*, op. cit., 172.

⁵⁰⁵ Come rileva MARCHETTI B., *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2017, 433, «pur in seguito al riconoscimento di un certo grado di negoziabilità del potere, conseguito alla codificazione degli accordi amministrativi, rimane, infatti, fermo il fatto che l'autonomia dell'amministrazione, in sede transattiva, incontra sia il limite dell'interesse generale e dei diritti dei terzi, sia quello dei vincoli posti alle sue decisioni dal principio di buon andamento, legalità, pubblicità e imparzialità. Il suo potere di disporre dunque non è e non può essere assoluto. Ciò spiega perché nel nostro sistema amministrativo, come del resto in molti dei sistemi europei, le a.d.r. classiche restano inconciliabili con la sfera delle controversie pubblicistiche». L'ampio ricorso a meccanismi di ADR potrebbe

Inoltre si ritiene che il vantaggio maggiore che potrebbe garantire lo sviluppo di sistemi di amministrazione giustiziale, oltre a quello di contribuire ad una maggiore speditezza della decisione sulla controversia, dovrebbe essere quello di costituire un momento di confronto tra privati e pubbliche amministrazioni, aggiuntivo e più profondo rispetto a quello che può realizzarsi nella fase partecipata del procedimento. Si è posto poi l'accento sulle potenzialità in termini di tutela aggiuntiva dei privati che tali strumenti rappresentano, in un'ottica diversa da quella di chi vorrebbe immaginare un sistema di giustizia alternativa pensandolo – e pesandolo – esclusivamente in termini di efficienza, non avendo troppa cura dell'effettiva ricaduta che potrebbe esserci sull'ampliamento delle garanzie per i privati.

Se dunque la prospettiva dell'efficienza e degli ADR appare come un interessante punto di partenza per lo studio della funzione giustiziale, oltre che un argomento politicamente spendibile per giustificare una pronta riforma del sistema vigente, si ritiene che ciò non debba esaurire l'obiettivo dell'analisi e che anzi tale prospettiva potrebbe deviare dal raggiungimento di un modello di tutela realmente effettivo, accomunando sistemi che perseguono una logica meramente conciliativa e deflattiva del contenzioso a rimedi che dovrebbero realizzare, con maggiore pienezza, le garanzie costituzionali a tutela delle posizioni soggettive, oltre che di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

9. Considerazioni conclusive

Pare a questo punto doversi ricostruire il percorso argomentativo seguito, nel tentativo di tracciare un sintetico quadro dello stato della funzione giustiziale nel nostro ordinamento, in relazione ai processi evolutivi che stanno interessando le pubbliche amministrazioni.

Il complesso degli istituti che richiamano all'esercizio di funzioni giustiziali si presenta come una massa eterogenea e non sistematica di strumenti, più o meno sofisticati, stratificatesi nel tempo e ispirati, per la maggior parte, ad una visione gerarchica ed autoritaria di pubblica amministrazione. Sono emersi in primo luogo i problemi che caratterizzano i ricorsi gerarchici ed in opposizione, definibili quali veri e propri "organi vestigiali" all'interno del sistema di giustizia amministrativa, e la sostanziale indifferenza del legislatore rispetto ad una ipotetica rivisitazione della disciplina adeguandola alle esigenze ed ai mutamenti intercorsi nell'organizzazione

infatti condurre ad una sorta di «privatizzazione della giustizia», con il conseguente rischio di delegittimare il potere giurisdizionale; sul punto VERDE G., *Sul monopolio dello stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 371.

amministrativa, nonostante i suggerimenti che in dottrina giunsero fin dalla Commissione Cassese del 1993 e che continuano a levarsi dalle voci di molti studiosi del tema⁵⁰⁶.

Tali considerazioni sono poi estendibili, in base alla rassegna di ipotesi che si è illustrata, anche ai ricorsi c.d. atipici, che potrebbero assicurare, in virtù della relazione non gerarchica che intercorre tra l'autorità decidente e quella che ha adottato l'atto impugnato, un grado maggiore di imparzialità. Le criticità che si sono segnalate in merito alle singole – diverse e non organiche – discipline dei ricorsi atipici impediscono di individuare tra questi un modello in grado di assicurare un grado di tutela effettiva delle posizioni giuridiche soggettive, che possa realmente considerarsi una concreta aggiunta al fianco di quella in via giurisdizionale.

Il difetto di imparzialità infatti sembra riemergere e connotare diverse tra queste ipotesi che da un lato, pur non trovando in una diretta connessione gerarchica un elemento dirimente per escludere l'indipendenza del decidente, sono spesso caratterizzate da meccanismi di nomina dei componenti influenzati dall'autorità che adotta gli atti impugnati, dall'altro risultano spesso orientati verso una funzione soprattutto conciliativa, differente da quella propriamente giustiziale. Valutazioni non dissimili hanno portato a non riconoscere in alcuna delle funzioni “contenziose” delle autorità indipendenti di regolazione l'esercizio di una funzione giustiziale, orientata alla definizione di una controversia inerente l'attività dell'autorità stessa. Ciò lascia fuori dal campo della “protezione giustiziale” tutta una serie di interessi e posizioni giuridiche che si intrecciano e dovrebbero trovare la propria composizione nel procedimento regolatorio, che andrebbe integrato da una fase giustiziale in grado di assicurare la pienezza di tale tutela.

Infine, non incoraggianti appaiono le ultime riforme legislative che hanno previsto meccanismi di risoluzione delle controversie pubblicistiche tramite rimedi *latu sensu* giustiziali: si è infatti evidenziata la scarsa attenzione del legislatore alla previsione di organismi indipendenti di ricorso, oltre che la tendenza a concentrare nel giudice le aspettative di tutela delle posizioni soggettive coinvolte, anche di recente emersione, come nel caso dell'accesso civico generalizzato.

⁵⁰⁶ Cfr. i lavori della Commissione Cassese per la riforma della pubblica amministrazione, in particolare il volume dedicato alla giustizia nell'amministrazione; cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI – DIPARTIMENTO PER LA FUNZIONE PUBBLICA, *La riforma della pubblica amministrazione, Atti delle Commissioni e dei Comitati di studio*, V, *La giustizia nell'amministrazione*, Roma, 1994. In dottrina si richiamano i già citati PAJNO A., *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, op. cit., CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, op. cit.

Da un lato dunque non si prevedono strumenti efficaci ma continuano a prevedersi ipotesi di riesame alla stessa autorità, secondo una logica che pare superata ed anacronistica; dall'altro si sono affidate ad autorità indipendenti – il caso è quello dell'ANAC – funzioni di normazione, controllo e repressione accentrato nel medesimo soggetto, senza tuttavia prevedere forme di revisione degli atti da esso adottati, anche a favore degli enti pubblici coinvolti.

Sembra invece che, volgendo lo sguardo all'esperienza europea delle Commissioni di ricorso, l'eventualità di "rimodernare" istituti di amministrazione giustiziale, o di costituirne di nuovi e più efficaci, si riproponga in modo sempre più urgente.

Sembra infatti sempre più adatto ad un sistema organizzativo non più fondato sulla gerarchia, come appare con particolare evidenza quello adottato nelle amministrazioni che curano la funzione di regolazione dei mercati, la costituzione di un sistema di rimedi in via amministrativa in grado di assorbire le istanze di tutela degli *stakeholders* in maniera efficace ed effettiva, consentendo alle valutazioni degli interessati di entrare nel processo decisionale e di conformare in modo incisivo le decisioni assunte dalle diverse autorità. Si è tentato di evidenziare come il processo da solo non basti ad assicurare la protezione di tali istanze, spesso escluse dall'accesso all'azione in giudizio in quanto prive del presupposto dell'interesse al ricorso, nella nozione desumibile dai principi generali del processo. Ciò è vero tanto nell'ordinamento europeo quanto in quello nazionale, che nonostante una certa apertura al sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche continua a costruire più o meno occulte barriere alla cognizione del giudice nei confronti degli atti delle amministrazioni indipendenti, in potenziale contrasto con l'art. 6 CEDU, interpretato secondo le indicazioni che provengono dall'analisi delle decisioni della Corte di Strasburgo.⁵⁰⁷

Si ritiene pertanto che tale vuoto di tutela, anche per scongiurare future condanne da parte dei giudici sovranazionali, potrebbe ben essere colmato attraverso meccanismi di ricorso in via amministrativa, che potrebbero conciliare l'efficacia della revisione con l'imparzialità del decisore derivante da meccanismi di nomina improntati all'indipendenza, conservando una struttura organizzativa in armonia con i principi costituzionali che regolano la separazione tra i poteri. Si vorrebbe infatti evitare di concedere troppi spazi al giudice, che come si è tentato di mettere in luce fin troppo spesso assume le vesti di giudice-amministratore nel tentativo di

⁵⁰⁷ Si richiamano ancora le già citate conclusioni di SIGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, op. cit., 730.

assicurare la tutela di interessi che la legge pone come inderogabili. Tale operazione pare forzata e non compatibile con la struttura del processo amministrativo, che dovrebbe essere caratterizzato dall'esercizio di una giurisdizione soggettiva, in accordo con l'interpretazione più diffusa dei principi derivanti dall'art. 113 Cost.⁵⁰⁸ Andrebbe valorizzata invece la previsione di cui all'art. 100 Cost., che, facendo leva sul ruolo del Consiglio di Stato, espressamente considera i rimedi amministrativi come essenziali per la costruzione di un sistema che assicuri la «giustizia nell'amministrazione». Seppure sulla base di un'interpretazione estensiva della norma sopra citata, su tale disposizione si potrebbe fondare e giustificare anche un sistema di rimedi che prescindano dal ruolo del Consiglio di Stato e si concentri su una serie di organi indipendenti, prendendo ad ispirazione il modello europeo.

Il legislatore non pare tuttavia, dalle analisi svolte, propenso ad adottare un approccio favorevole all'istituzione di rimedi giustiziali connotati da caratteristiche di imparzialità ed indipendenza, ed in tal caso neanche la spinta propulsiva offerta dai principi comunitari, che hanno imposto la ricerca di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie e di tutela dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni in diversi settori dell'ordinamento, sembra aver sortito l'effetto di provocare un cambio di rotta nelle scelte di politica legislativa in materia di pubblica amministrazione.

Seppure dunque la logica delle ADR appare sempre più diffusa nel costituire un'alternativa efficace alla tutela giurisdizionale – più veloce, economica ed efficiente – pare purtroppo che neanche tale prospettiva abbia consentito lo sviluppo di rimedi giustiziali in grado di rappresentare un effettivo ampliamento della tutela dei privati né l'estensione di tale controllo agli atti adottati dalle autorità di regolazione, al di fuori di una ipotetica maggiore speditezza dei procedimenti, in ciò mostrandosi un deciso scollamento da quella che è apparsa essere la tendenza dominante nell'ordinamento europeo.

⁵⁰⁸ Può citarsi DELSIGNORE M., *I rimedi alternativi alla judicial review oltre manica*, op. cit., 932, nel momento in cui afferma che non sussistono «limiti di costituzionalità alla diffusione di sistemi alternativi: il cittadino “può agire in giudizio”, non deve agire in giudizio per la tutela delle sue posizioni. Se la soluzione della controversia non rappresenti la tutela che l'ordinamento riconosce a quella posizione, ma soddisfi comunque le pretese del privato e dell'amministrazione che liberamente la scelgono, allora il dettato costituzionale certo non osta a che la soluzione sia efficace.»

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN J. M., *Understanding independent accountability agencies*, in ROSE – ACKERMAN S. LINSDETH P. (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, 2010, 265
- ALEMANNO A. MAHIEU S., *The European Food Safety Authority before European Courts*, in *European Food and Feed Review*, 3, 5, 2008, 320
- ALÌ A., *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2005
- ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento nella Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 131
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 205
- ALLEN M., *Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012
- ALLEN M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2012, 1602
- ALLEN M., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, 569
- AMORTH A., *Il merito amministrativo*, Milano, 1939
- AMORTH A., *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936
- AMORTH A., *Ricorso gerarchico*, in *Nuovo Dig. it.*, XI, Torino, 1939
- ANTONIOLI M., *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2013, 673
- APERIO BELLA F., *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *Rivista AIC*, 4, 2016
- ARCIDIACONO L., *Le tendenze organizzative nelle recenti disposizioni sulla giurisdizione amministrativa: la recessione del principio gerarchico*, in *Riv. Amm.*, 1975, 225
- ARCIDIACONO L., *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII
- ASIMOW M. DUNLOP L., *The many faces of administrative adjudication in the European Union*, in *Administrative Law Review*, 61, 2009, 131

- ASIMOW M., *Five Models of Administrative Adjudication*, in *American Journal of Comparative Law*, 63, 2015, 3
- AUEL K., *Democratic accountability and national Parliaments: redefining the impact of parliamentary scrutiny in EU affairs*, in *European Law Journal*, 13, 2007, 504
- BACHELET V., *I ricorsi amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1981, 417
- BACHELET V., *L'art. 113 Cost. e le restrizioni giurisprudenziali alla tutela giudiziaria nei confronti della PA*, in *Giur. Cost.*, 1971, 1744
- BACHELET V., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 788
- BALBONI E., *L'Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986
- BARNARD C., *The Substantive Law of the EU*, Terza edizione, Oxford, 2010
- BARUCCHI A., *La creazione della IV sezione del Consiglio di Stato nel quadro giuridico-istituzionale del tempo*, in *Scritti in onore di Casetta*, I, Napoli, 2001
- BASSAN F., *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 5, 973
- BEETHAM, D. LORD C., *Legitimacy and the EU*, Londra, 1998
- BELLI F., *Vigilanza e dintorni*, in *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, a cura di CAPRIGLIONE F., Bari, 1993, 134
- BENVENUTI F., *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 553
- BENVENUTI F., *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1963, 740
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Diritto pubblico*, 1950
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, 1952, 118
- BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1970
- BENVENUTI F., *Il ricorso gerarchico improprio*, in
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 807
- BENVENUTI M., *Diritti Sociali*, Torino, 2013
- BERTEZZOLO G., *Serve una codificazione del procedimento amministrativo*, in MALO M. MARCHETTI B. DE PRETIS D. (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per*

Giandomenico Falcon, *Quaderni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento*, 2015, 71

BERTI G., *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, 1965

BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 800

BERTONAZZI L., *Note sulla consistenza del c.d. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni nn. 6 e 7 del 2006 con cui l'Adunanza Plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa ostensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2007, 135

BIN R., *Stato di diritto*, in *Enc. Dir., Ann. IV*, Milano, 2011

BOCCUZZI G., *The European Banking Union. Supervision and Resolution*, Palgrave MacMillan Publisher, Houndmills, 2016

BONADIO G., *Nuovi sviluppi in tema di legittimazione ad agire*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 5, 1157

BOVENS M., *Analysing and Assessing Public Accountability: A Conceptual Framework*, in *European Law Journal*, 13, 4, 2007, 400

BRESCIA MORRA C., *The administrative and judicial review of decisions of the ECB in the supervisory field*, in D'AMBROSIO R. (a cura di), *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia. Scritti sull'Unione Bancaria*, Banca d'Italia, Roma, 81, 2014, 112

CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, III, Torino, 2003

CALABRÒ M., *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle «appropriate dispute resolution»*, in *Federalismi.it*, 10, 2017

CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2013

CALABRÒ M., *Modelli di tutela non giuristizionali: i ricorsi amministrativi*, in *Ius publicum network review*, 1, 2013

CALABRÒ M., *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, in TANDA P. (a cura di), *Il ricorso straordinario al capo dello Stato: atti del Convegno, Roma, 9 ottobre 2014*, Torino, 2015

CALABRÒ M., *Sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 412

CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911

CAMMEO F., *Questioni di diritto amministrativo*, Firenze, 1900

CANNADA BARTOLI E., *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1989

CANNADA BARTOLI E., *Vanum disputare de potestate: riflessioni sul diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 155

CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983

CAPACCIOLI E., *Prime considerazioni sulla disciplina dei ricorsi amministrativi*, in *Diritto e processo (Scritti vari di diritto pubblico)*, Padova, 1978, 368

CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Terza edizione, Milano, I, 2012

CAPRIGLIONE F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, 1, 261

CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017

CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991

CARANTA R., Art. 97, in BIFULCO R. CELOTTO A. OLIVETTI M., *Commentario alla costituzione*, III, Torino, 2006, 1889

CARANTA R., *Nuove tendenze nella governance e sindacato giurisdizionale*, IN MARCHETTI B. (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 61

CARANTA R., *Tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ed incisività del sindacato del giudice nazionale (Kontrolldichte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 503

CARBONE A. PIGNATIELLO F., *Le azioni di cognizione*, in SANDULLI M. A., *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, I, Milano, 2013

CARBONE A., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 1, 54

CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012

CARLEO R., *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1, 2017, 21

CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, Milano, 1936

CARNEVALE VENCHI M. A., *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, II, 1969, Padova, 111

CARPENTIERI P., *Sorte del contratto (nel nuovo rito appalti)*, intervento al Convegno di studi «Il contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici» organizzato dal Centro di Studi sulla Giustizia presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano, svoltosi il 20 gennaio 2011, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006

CASSETTA E., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 3

CASSARINO S., *Rapporto tra ricorsi amministrativi ordinari e ricorso giurisdizionale*, in *Foro amm.* 1975, II, 83

CASSESE S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano 2010

CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973

CASSESE S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 321

CASSESE S., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 292.

CAVALLARO M. C., *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.*, 2015, 121

CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *www.giustamm.it*, 2010

CERRI A., *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973

CERRI A., *Inapplicabilità ed invalidità consequenziale*, in *Giur. Cost.*, 1967, 216

CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990

CERULLI IRELLI V., *Art. 19*, in CAPRIGLIONE F. MEZZACAPO V. (a cura di), *Codice commentato della banca*, I, Milano, 1990

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2010

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 462

CHAMON M., *EU Agencies: does the Meroni doctrine make sense?*, in *Maastricht journal of european and comparative law*, 17, 2010, 281

- CHAMON M., *EU Agencies: legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford, 2016
- CHIEPPA R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2006
- CHIODI G. M., *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale*, Napoli, 1923
- CHIRULLI P. (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016
- CHIRULLI P. DE LUCIA L., *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, in *Riv. ti dir. pubbl. com.*, 5, 2015, 1305
- CHIRULLI P. MICCÚ R. (a cura di), *Il modello europeo di regolazione: atti della Giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Napoli, 2011
- CHIRULLI P., *Art. 10*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*. Milano, 2011
- CHIRULLI P., *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996
- CHITI E., *Decentralisation and integration into the Community Administrations: a new perspective on European Agencies*, in *European Law Journal*, 10, 2004
- CHITI E., *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 29
- CHITI E., *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002
- CHITI E., *Tendenze e problemi del processo di agencification nell'ordinamento europeo*, in MARCHETTI B. (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 21
- CHITI M. P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Quarta edizione, Milano, 2011
- CHITI M. P., *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994
- CHITI M. P., *L'organizzazione amministrativa*, in CHITI M. P. e GRECO G. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 169

CHITI M. P., *La giustizia nell'amministrazione. il curioso caso degli amministrative tribunals britannici*, in FALCON G. MARCHETTI B. (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Trento, 2015

CHITI M. P., *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2, 2016, 397

CHITI M. P., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2000, 1

CHIU I.H.Y., *Power and accountability in the EU financial regulatory architecture: examinig inter-agency relations, agency independence and accountability*, in *European journal of legal studies*, 8, 2015

CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, 381

CINTIOLI F., *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in www.giustamm.it, 8/2010

CIRILLO G. P., *Il nuovo sistema di tutela giustiziale e giurisdizionale in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006

CLARICH M., *Autorità Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005

CLARICH M., *Tipicità delle azioni ed azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557

CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121

COCOZZA G., *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1337

CODACCI PISANELLI G., *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1945

COGNETTI S., *«Quantità» e «qualità» della partecipazione*, Milano, 2000

COLAJANNI A., *L'imparzialità come finalità dell'azione amministrativa*, in *Nuova rass.*, 1987, 500

SATTA F., *Imparzialità nella pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012

CRAIG P. DE BÛRCA G., *EU Law. Text cases and materials*, Oxford, sesta edizione, 2015

CRAIG P., *European Administrative Law*, Oxford, 2012

CRISAFULLI V., *Per una teoria dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939

- CROSETTI A. FRACCHIA F. (a cura di), *Provvedimento amministrativo e partecipazione: problemi prospettive ed esperienze. Raccolta di saggi sul tema della partecipazione amministrativa nelle sue diverse valenze*, Milano, 2002
- CURTIN, D. MAIR P. PAPADOPOULOS Y., *Positioning Accountability in European Governance: An Introduction*, *West European Politics*, 33, 5, 2010, 929
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992
- D'ANGELO F., *La giurisdizione amministrativa in materia di appalti tra questioni di opportunità e questioni di fatto (a proposito del giudizio sulla «affidabilità» delle imprese partecipanti alle gare d'appalto pubbliche)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2014, 1028
- D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo: Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013
- D'AURIA G., *I controlli*, in CASSESE S. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, 2, Milano, 2003, 1347
- D'ALBERTI M., *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1
- DANIEL KELEMEN R., *The Politics of «Eurocratic» structure and the new European Agencies*, in *West European Politics*, vol. 25, n. 4, 2002, 93
- DE CAROLIS B., *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, Roma, 2011
- DE LUCIA L., *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, in CHITI M. P. NATALINI A., *Lo Spazio Amministrativo Europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il trattato di Lisbona*, Bologna, 2012, 355
- DE LUCIA L., *I ricorsi amministrativi nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2013, 363
- DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002
- DE ROBERTO A. TONINI M. P., *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984
- DE ROSA G., *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2, 2013, 513
- DE STEFANO R., *Il problema del potere*, Milano, 1962

- DELLA CANANEA G. GALETTA D. U. (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016
- DELLA CANANEA G., *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di) CHITI M. P. GRECO G., Milano, 2007, I, 518
- DELLA CANANEA G., *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2001, 737
- DELSIGNORE M., *I rimedi alternativi alla judicial review oltre manica*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 919
- DELSIGNORE M., *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, *Dir. proc. amm.*, 3, 2013, 734
- DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2016
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992
- DRAGOS D.C. NEAMTU B. (a cura di), *Alternative Dispute Resolution in Europea Administrative law*, Heidelberg, 2014
- DUIJKERSLOOT T., *The Principle of Legality and the Soft Law Regulation and Supervision of Financial Markets*, in BESSELINK L. PENNING S. PRECHAL S. (a cura di), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer Law Publishing, Alphen aan den Rijn, 2011, 173
- EBERLEIN B. KERWER D., *New Governance in the European Union: A Theoretical Perspective*, in *Journal of Common Market Studies*, 2004, 128
- ELIANTONIO M., *Europeanisation of Administrative Justice? The influence of the ECJ's case law in Italy, Germany and England*, Groningen, 2008
- ESPOSITO C., *Tutela giurisdizionale condizionata al previo esperimento dei ricorsi amministrativi*, in *Giur. Cost.*, 1963
- EYER K. R., *Administrative Adjudication and the Rule of Law*, in *Administrative law review*, 04, 2014, 647
- FALCON G. MARCHETTI B. (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Trento, 2015

- FALLETTA P., *Il Freedom of Information Act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in *Federalismi.it*, 2016
- FEINTUCK M., *Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest*, BALDWIN R. CAVE M. LODGE M. (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2010, 39
- FERRARA L., *La partecipazione fra «illegittimità» e «illegalità»*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 103
- FERRARA R., *Interessi collettivi e diffusi (ricorso amministrativo)*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, vol. VIII, Torino, 1993, 487
- FIGORILLI F., *l'efficienza della tutela alla prova delle azioni disponibili nel processo amministrativo e delle relative condizioni*, in COMPORTI G. D., *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, vol VII, Firenze, 2017, 111
- FLEINER F., *Institutionem des deutschen Verwaltungsrechts*, Tubinga, 1928
- FONTANA A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 3216
- FONTANA A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, *Foro amm. C.d.S.*, 10, 2011, 3216
- FRANCHINI C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova 1992
- FRANCHINI C., *La Commissione delle Comunità Europee e le amministrazioni nazionali: dall'ausiliarietà alla coamministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 669
- FRAUDATARIO B. D., *Note in tema di sviamento ed eccesso di potere nell'ordinamento dell'Unione Europea ed in quello italiano*, in *Foro Amm.*, 6, 2015, 1624.
- FRENI F., *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2012
- FRENI F., *L'amministrazione giustiziale nel prisma della costituzione: il «nuovo» ricorso straordinario al capo dello stato nella legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 184
- FROSINI V., *Potere (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. Italiano*, XIII
- GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, I, Milano, 1956

GALETTA D. U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 2016.

GALETTA D. U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n.33/2013*, in *Federalismi.it*, 5, 2016

GALLI L., *Efficienza e legittimazione delle istituzioni pubbliche. Il caso del SRB*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 5, 2016

GELLHORN, *Federal administrative proceedings*, Baltimora, 1941

GHETTI G., *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971

GIANNINI M. S., *La giustizia amministrativa*, Milano, 1966

GIANNINI M. S., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1965

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970

GIANNINI M. S., *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro Amm.*, I, 1949

GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959

GIANNINI M.S., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e Diritto*, anno II, n. 6, 1941, ora in *Scritti giuridici (anni 1939-1948)*, II, Milano, 2002

GIGLIONI F. LARICCIA S., *La partecipazione dei privati all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000

GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013

GILIBERTI B., *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, 77

GILIBERTI B., *Sulla pienezza del sindacato sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di cassazione, sezioni unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057

GIOVANNINI M., *Amministrazione pubblica e risoluzioni alternative delle controversie*, Bologna, 2007

GIOVANNINI M., *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 2, 597

GIUFFRÈ F., *Le autorità indipendenti nel quadro evolutivo dello Stato di Diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in NICOTRA I. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino 2016, 9

- GIUFFRIDA A., *Il diritto ad una buona amministrazione e profili della sua giustiziabilità*, Torino, 2012
- GOISIS F., *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1338 ss
- GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, 545
- GOISIS F., *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, 101
- GOTTI P., *Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1, 2012, 7
- GRASSO G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimazione costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006
- GRECO G., *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del Giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2009, 819
- GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 754
- GRECO G., *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2016, 999
- GRECO G., *Rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in CHITI M. P. e GRECO G. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 399
- GRILLER S. ORATOR A., *Everything under control? The way forward for European Agencies in the footsteps of the Meroni doctrine*, in *European Law Review*, 10, 2010
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954
- HALTERN U., *On finality*, in VON BOGDANDY A. BAST J. (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, seconda edizione, 2010, 205
- HARLOW C., *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot*, in *European Law Journal*, 1996, 3
- HOFMANN H. C. H. MORINI A., *Constitutional aspects of the pluralisation of the EU Executive through "agencification"*, *Université du Luxembourg, Law working paper series n. 01*, 2012

- HOFMANN H. C. H., *Agency design in the European Union*, in *Windsor Yearbook to Access to justice*, 28, 2010
- IMMORDINO M., *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia Amministrativa*, a cura di SCOCA F. G., Torino, 2011, 597.
- ITALIA V., *Il difensore civico e lo statuto dell'Ente locale. nota a T.A.R. Roma, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139*, in *Foro amm. TAR*, 1, 2009, 126
- JANSEN O. SCHONDORF-HAUBOLD B. (a cura di), *The European Composite Administration*, 2011
- JARICCI P., *il ricorso gerarchico improprio*, Milano, 1970
- JELLINEK G., *Gesetz und Verordnung*, Tubinga, 1919
- KARLSSON-VINKHUYZEN S. I., *Legitimacy*, in ANSELL C. TORFING J. (a cura di), *Handbook on Theories of Governance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016
- KASSIM H., *Revisiting the "management deficit": can the Commission (still not) manage europe?*, in ONGARO, E., *Multi-Level Governance: The Missing Linkages*, Bingley, 2015, 28
- KELEMEN D. R. TARRANT A., *The Political Foundations of the Eurocracy*, in *West European Politics*, 34, 2011, 922
- LABAND P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tubinga, 1911
- LAMANDINI M., *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 4, 2015, 423
- LAMANDINI M., *Il diritto bancario dell'Unione*, in D'AMBROSIO R. (a cura di), *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia. Scritti sull'Unione Bancaria*, Banca d'Italia, Roma, 81, 2014, 13
- LARICCIA S., *Origini storiche e fondamento costituzionale del principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 1377
- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 148
- LEGENDRE P., *Histoire de la pensée administrative française*, in *Traité de science administrative*, volume collettaneo, Parigi, 1966
- LEGENDRE P., *Trésor historique de l'Etat en France: l'administration publique*, Parigi, 1992
- LENER A., *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1989
- LEONARDI R., *La legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste: alcune questioni ancora giurisprudenziali*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2011, 3
- LEONI B., *La libertà e la legge*, Macerata, 1994
- LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004

- LINDSETH P., *Power and Legitimacy*, Oxford, 2010
- LIPARI M., *Il precontenzioso*, Testo della relazione svolta al Convegno di studi dell'8 luglio 2016 «*Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*», organizzato a Cortina dall'Associazione veneta degli avvocati amministrativisti.
- LIPARI M., *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *www.federalismi.it*, 2010
- LONGOBARDI N., *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 52
- MACCHIA M., *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209
- MACCHIA M., *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Gior. Dir. amm.*, 5, 2015, 634
- MAGLIARI A., *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2016, 1331
- MALINCONICO C., *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in CASSESE S. FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1993, 37
- MANNORI L. SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001
- MARCHETTI A., *Il diritto d'accesso: modelli di enforcement e cause di exemptions nella prospettiva comparata*, in COLAPIETRO C. (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, 209
- MARCHETTI B., *Agenzie europee e accountability: cenni al problema della tutela giurisdizionale*, in MARCHETTI B. (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 126
- MARCHETTI B., *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2017, 423
- MARI G., *L'azione avverso il silenzio*, in SANDULLI M. A., *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, I, Milano, 2013
- MARI G., *L'azione di condanna al risarcimento del danno derivante dal mancato o ritardato esercizio dell'azione amministrativa*, in SANDULLI M. A., *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, I, Milano, 2013
- MARONE F., *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 743

- MARONGIU A., *Il posto del potere giudiziario nella dottrina settecentesca della divisione dei poteri*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, I, Padova, 1972
- MARTINES F., *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2014
- MARTINES T., *Indirizzo Politico*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 134
- MARZUOLI C., *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, 2008, 62
- MATTARELLA B. G., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1223
- MATTARELLA B. G., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n.1, 2012, 18
- MATTARELLA B.G., *The Concrete Options for a Law on Administrative Procedure. Bearing on direct EU Administration?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 537
- MEALE A., *Ricorsi amministrativi e ordinamento regionale*, Padova, 2005
- MENDES J., *Administrative discretion in the EU: comparative perspectives*, in ROSE – ACKERMAN S. LINSDETH P. EMERSON B. (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Seconda edizione, 2017, 632
- MERUSI F., *Democrazia e Autorità indipendenti*, Bologna, 2000
- MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012
- MERUSI F., *La redazione del testo unico bancario: problemi di tecnica legislativa*, in *Banca e impresa, società*, 1, 1993, 35
- MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007
- MEUCCI L., *il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. Amm.*, IV, 1891, 18
- MIELE G., *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 1
- MAZZAROLLI L., *L'atto definitivo, la teoria dell'assorbimento e la riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975.
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, 1945
- MIGLIORINI L., *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989

MINERVINI G., *Dal decreto n. 481 del 1992 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, 839

MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, XIV, Torino, 1994

MORBIDELLI G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 3, 2016, 273

MORBIDELLI G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 3, 2016, 273

MUSSELLI L., *La giustizia amministrativa nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2000

MUSSELLI L., *La partecipazione delle Agenzie al procedimento decisionale*, in SALVATORE V. (a cura di), *Le Agenzie dell'Unione Europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia, 2011, 37

NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007

NAPOLITANO G., *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa dell'Europa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2016, 717

NAVIN-JONES M., *A Legal Review of EU Boards of Appeal in Particular the European Chemicals Agency Board of Appeal*, in *European Public Law*, 2015, 143

NICOTRA I., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in NICOTRA I. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino 2016, 33

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983

NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225

NIGRO M., *La giurisdizione di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito*, Perugia, 1968

NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953

NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 763

NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966

OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002

OETER S., *Federalism and Democracy*, in VON BOGDANDY A. BAST J. (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, seconda edizione, 2010, 55

OTTAVIANO V., *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1964.

- OTTAVIANO V., *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1964, 925
- PAJNO A., *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2000
- PAJNO A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013
- PAJNO A., *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, in FALCON G. MARCHETTI B. (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Trento, 2015
- PAJNO A., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in CASSESE S. FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1993, 107
- PALEOLOGO G., *La riforma dei ricorsi amministrativi. Commento al d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199*, Milano, 1975
- PANGALLOZZI M. C., *Le trasformazioni del diritto amministrativo inglese: i «nuovi» administrative tribunals*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2016, 453
- PAPADOPOULOS Y., *Accountability*, in ANSELL C. TORFING J. (a cura di), *Handbook on Theories of Governance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016
- PAPADOPOULOS Y., *Problems of Democratic Accountability in Network and Multilevel Governance*, in *European Law Journal*, 13, 2007, 469
- PERASSI M., *Le autorità ed i poteri di vigilanza nel testo unico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5, 1995, 660
- PIRAINO S., *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990
- PISANESCHI A., *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?*, Torino, 2009
- POLICE A. DAIDONE A., *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.* 2013, 684
- POLICE A., *La predeterminazione delle scelte amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997
- PONTICELLI P. G., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato (indagini storiche)*, Milano, 1958
- PORPORATO A., *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato" introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *federalismi.it*, 2017

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI – DIPARTIMENTO PER LA FUNZIONE PUBBLICA, *La riforma della pubblica amministrazione, Atti delle Commissioni e dei Comitati di studio*, V, *La giustizia nell'amministrazione*, Roma, 1994

QUARANTA A. GRASSO G., *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1981

QUINTO P., *Le Sezioni Unite: la "giurisdizionalità" del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1466

RAGANELLA E. VALLA L., *La tutela giustiziale*, in CARINGELLA F. GAROFOLI R. (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, XIII, Milano, 2007

RAGNISCO L. ROSSANO M., *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954

RAMAJOLI M., *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2016, 347

RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2013, 100

RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 1

RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 2, 1.

RANELETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Scritti scelti*, a cura di FERRARI E. e SORDI B., II, Napoli, 1992

ROLLI R. TAGLIALATELA A., *La legittimazione costituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *giustamm.it*, 2, 2010

ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994

ROMANO F.G., *I collegi amministrativi come strumenti di collegamento*, in DE GIORGI CREZZI G. PORTALURI P. (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, vol II*, Firenze, 2017, 193 ss

ROMANO M.C., *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2012, 1691

ROMANO M.C., *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrative nazionali*, Napoli, 2013

ROMANO TASSONE A., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. Amm.*, 4, 2013, 559

RUPERTO S., *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1, 2010, 335

SAITTA F., *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, Napoli, 1995

SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993

SALVIA F., *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici sul'approccio)*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 1606

SAMBATARO S., *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977

SANDULLI A. M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 200, anche in *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967, 245.

SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989

SANDULLI A., *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 494

SANDULLI A., *L'arbitrato nel Codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2, 2013, 205

SANDULLI M.A., *Considerazioni conclusive*, in SANDULLI M.A (a cura di), *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, in *Quaderni del Foro Amm. TAR*, 2007

SANDULLI M.A., *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *federalismi.it*, 2008

SANDULLI M.A., *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'articolo 21 bis l. 287/1990*, in *federalismi.it*, 2012

SANDULLI M.A., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016

SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947

SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912

SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947

SATTA F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002

SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969

SAVINO M., *I comitati dell'Unione Europea. La collegialità negli ordinamenti compositi*, Milano, 2005

SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 593

SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 8, 2013, 798

SCHIANO R., *Le «camere giurisdizionali» presso la Corte di Lussemburgo: alcune riflessioni alla luce dell'istituzione del Tribunale della funzione pubblica*, in *Dir. Un. Eur.*, 4, 2005, 719

SCHILLEMANS, T., *Redundant Accountability: The Joint Impact of Horizontal and Vertical Accountability on Autonomous Agencies*, in *Public Administration Quarterly*, 34, 3, 2010, 300

SCHMIDT-ABMANN E. DE LUCIA L. ROMANO M.C., *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2016, 711

SCHNEIDER J. P., *EU Agencies and the Meroni Doctrine*, in *Administrative Law Review*, 2008, 29

SCHOLTEN M. VAN RIJSBERGEN M., *The limits of Agencification in the European Union*, in *German law Journal*, 15, 2014, 1248

SCHOLTEN M., *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*. Leiden, 2014

SCHWARZE J., *The procedural guarantees in the recent case law of European Community*, in *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Dordrecht, 1994, 495

SCOCA F. G., *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in MAZZAROLLI L. PERICU G. ROMANO A. SCOCA F. G. (a cura di) *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001

SCOCA F. G., *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1977, 37

SCOCA F. G., *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, Padova, 1977

SCOCA F. G., *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rass.*, n. 14, 1981, 1387

SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. giur., Agg.*, 2002

SCORDAMAGLIA V., *La tutela giurisdizionale dei privati nei confronti delle decisioni degli uffici comunitari di proprietà industriale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1996, 107

SCOTTI E., *Tra tipicità ed atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di ad. plen. 15/11)*, in *Dir. Amm.*, 4, 2011, 765

SERGES G., *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, nota a Corte Costituzionale, 15 aprile 2014, n. 94, in *Giur. Cost.*, 2, 2014, 1692

SEVERINI G., *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *giustiziaamministrativa.it*, 2016

SGUEO G., *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in NATALINI A. VESPERINI G. (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, 163

SICLARI D., *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla neutralizzazione dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, 189

SICLARI D., *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla neutralizzazione dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1, 2016, 189

SIGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 705

SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985

SIRENA P., *L'unione bancaria e il suo impatto sul rapporto tra intermediari e consumatori*, in *Economia e dir. del terziario*, 2016, 44

SOMEK A., *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, in *European Law Journal*, 21, 3, 2015, 340

SORDI B., *Amministrazione e giustizia. Storia dell'interesse legittimo*, Milano, 1985

SORRENTINO F., *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 68

SPECA R., *I ricorsi amministrativi*, Teramo, 1978

STICCHI DAMIANI S., *Sistemi alternativi alla giurisdizione(ADR) nel diritto dell'Unione Europea: l'incidenza del network europeo di ADR sull'organizzazione amministrativa degli Stati Membri ed il recente sviluppo delle ADR amministrative*, Milano, 2004

TAGLIALATELA A. ROLLI R., *La "legittimazione" costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *giustamm.it*, 2, 2010, 3689

TANDA P. (a cura di), *Il ricorso straordinario al capo dello Stato: atti del Convegno, Roma, 9 ottobre 2014*, Torino, 2015

TANDA P., *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014

TARASCO A. L., *Corte dei Conti ed effetti dei controlli amministrativi*, Padova, 2012

TORCHIA L., *La regolazione indipendente a livello europeo. I nuovi organismi di settore*, in BILANCIA P. (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Milano, 2012

TOVO C., *Le agenzie decentrate dell'Unione Europea*, Napoli, 2016

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016

- TRAVI A., *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. (Disc. Pubbl.)*, XIII, Torino, 1997
- TRAVI A., *Ricorso gerarchico*, in *Dig. (Disc. Pubbl.)*, XIII, Torino, 1997
- TROPEA G., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2015, 1262
- TÜRK A., *The European Court of Justice in the area of comitology*, in CHRISTIANSEN T. LARSSON T. (a cura di), *The role of committees in the policy-process of the EU*, Cheltenham, 2007
- VACCARI S., *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2015, 255
- VACIRCA G., *Brevi spunti in tema di rapporti tra ricorso amministrativo e ricorso giurisdizionale*, in *Foro Amm.*, 1975, 363
- VACIRCA G., *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981
- VAIANO D., *Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, 2013
- VAN CLEYNENBREUGEL P., *Market Supervision in the European Union: Integrated Administration in Constitutional Context*, Leiden, 2014
- VAN CLEYNENBREUGEL P., *Meroni circumvented? Article 114 TFEU and EU regulatory agencies*, in *Maastricht journal of european and comparative law*, 21, 2014, 64
- VAN DE BERGE L., *The relational turn in Dutch administrative law*, in *Utrecht law review*, 1, 2017
- VAN DEN BROEK N., *A Long Hot Summer for Individual Concern? The European Court's Recent Case Law on Direct Actions by Private Parties ... and a Plea for a Foreign Affairs Exception*, in *Legal issues of economic integration*, 30, 1, 2003, 61
- VAN RIJSBERGEN M., *On the enforceability of EU Agencies' soft law at the national level: the case of the European Securities and Markets Authority*, in *Utrecht law Review*, 10, 5, 2014, 116
- VAN RIJSBERGEN M., SCHOLTEN M., *ESMA Inspecting: The implications for judicial control under shared enforcement*, in *European Journal of risk regulation*, 3, 2016, 569
- VELTRI G., *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, www.giustizia-amministrativa.it
- VERBOEVEN M. WIDDERSHOVEN R., *National Legality and European Obligations*, in BESSELINK L. PENNING S. (a cura di), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer Law Publishing, Alphen aan den Rijn, 2011, 58

- VIDARI, *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dig. (disc. Pubbl)*, VII, Torino, 1997
- VILLATA R., *La giurisdizione amministrativa e il processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'Apocalisse»?* , in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106
- VIRGA P., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998
- VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003
- VON BOGDANDY A. IOANNIDIS M., *Il deficit sistemico nell'Unione Europea*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2014, 593
- VON BOGDANDY A., *Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum*, in VON BOGDANDY A., CASSESE S., HUBER P. M., *Ius Publicum Europaeum Handbuch*, IV, Heidelberg, 2011
- VOS E., *Independence, Accountability and Transparency of European Regulatory Agencies*, in GERARDIN D. MUNOZ R. PETIT N. (a cura di) *Regulation through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, 2005
- VOS E., *Reforming the European Commission: What Role to Play for EU Agencies?*, in *Common Market Law Review*, 37, 2000, 1123
- YEUNG K., *The Regulatory State*, in BALDWIN R. CAVE M. LODGE M. (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2010, 64
- ZILLER J., *L'amministrazione europea: ancora così snella?*, in MARCHETTI B. (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 3
- ZITO A., *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo* (a cura di) SCOCA, Torino, 2008
- ZWEIGERT K. KÖTZ H., *Introduction to comparative law*, Terza edizione rivista, Oxford, 1998