

Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato

di Silvia Mirate

L'Autrice riflette sulle modalità con cui gli atti della pubblicazione amministrazione sono soggetti a controllo giurisdizionale in alcuni sistemi giuridici stranieri, partendo dal presupposto che la nozione di *public law* storicamente si lega ad un regime di prerogative speciali del soggetto pubblico, e vada poi evolvendo verso forme di rispetto delle libertà.

L'A. osserva che i tratti autoritari del processo amministrativo francese sono temperati dall'azione del diritto europeo, mentre il giudice amministrativo tedesco ha sempre abbracciato il punto di vista della tutela soggettiva.

L'emersione delle *agencies* statunitensi e delle Corti amministrative inglesi, prosegue l'A., segna un irrobustimento delle garanzie procedurali, ma non il declino della tutela giurisdizionale in sede di *judicial review*.

L'A. conclude individuando una comune tendenza ad una uniformazione delle garanzie giurisdizionali.

1. Il diritto amministrativo come diritto speciale

Nel *Commentaries on the Laws of England* del 1875 Blackstone dedica una sezione ai *The rights of Persons*. Fra le *'persons'* Blackstone annovera la Corona, quale soggetto di diritto pubblico, quale unico soggetto di diritto pubblico. Questa è l'idea che più si avvicina nel diritto inglese alla nozione di Stato, quale ente pubblico, di matrice giuridica continentale. La caratteristica della Corona, quale *person of public law*, è il possesso di immunità, di una garanzia di irresponsabilità, di privilegi che costituiscono un regime derogatorio alla *common law*. Altre autorità, come le amministrazioni locali, le *local authorities* -

che noi oggi condurremmo inevitabilmente nell'area del diritto pubblico - vengono ritenute soggetti privati, *corporations* e non soggetti pubblici, in quanto non godono di tali privilegi e immunità¹.

Anche nel diritto inglese, quindi, che Dicey ci ha (tradizionalmente e direi forzatamente) abituato a considerare sotto il modello teorico del regime di *ordinary law of the land*, sottratto all'esistenza di un regime derogatorio di diritto amministrativo², il concetto di *public law* nasce legato ad una specialità, ad un regime di prerogative speciali riservate ad un soggetto, protetto in modo privilegiato dall'ordinamento in quanto persegue l'interesse pubblico, sopra e al di là di ogni interesse individuale.

1. D. Oliver, *What, If, Any, Public-Private Divides exist in English Law?*, in M. Ruffert (ed by), *The Public-Private Law Divide: potential for transformation?*, London, 2009, 4.

2. In proposito S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, 19, 5; *Id.*, *La ricezione di Dicey in Italia e Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1995, 107 e ss.

L'immunità della Corona cadrà con il *Crown Proceeding Act 1947*, ma un dato permane: l'equazione diritto pubblico-prerogative speciali e regime derogatorio al diritto comune resta a connotare il sistema di *public law*. E questo non solo in terra inglese.

È un tratto comune a tutti gli ordinamenti. Il diritto amministrativo nasce ovunque come diritto speciale connesso alle peculiarità imposte dall'azione amministrativa e dalla protezione del pubblico interesse.

In tal senso il *Régime à droit administratif*, teorizzato da Maurice Hauriou, che connota fin dal periodo napoleonico il sistema francese, ne è l'esempio sovrano³. Si pensi alla nozione di *service public*, quale criterio di riparto della giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario, ove caratteristica essenziale per definire il *service* è proprio il regime derogatorio rispetto al diritto comune⁴. Si pensi al *recours pour excès de pouvoir*, alla sua fortuna quale azione di annullamento per illegittimità dell'azione amministrativa, costruito con la formula del ricorso di tipo oggettivo, (progressivamente stemperata, attraverso una serie di riforme come quella relativa all'introduzione, nel 2000, di una forma di tutela cautelare, anche su pressione dell'ordinamento dell'Unione europea), che porta con sé l'ampiezza della legittimazione processuale (legata alla nozione elastica di un interesse concreto e attuale e non all'individuazione di una specifica posizione giuridica soggettiva), la rilevabilità da parte del giudice di *moyen d'ordre public*⁵.

Ma si pensi anche a come nasce il diritto amministrativo negli Stati Uniti. Con la necessità di costruire e garantire un potere speciale, quello delle *agencies*, organi tecnici indipendenti dal circuito governativo che regolano, controllano e sanzionano le attività dei privati in determinati settori a forte impatto economico e sociale⁶. Un potere speciale, richiede regole speciali. Nasce l'*Administrative Procedure Act* del 1946, il fulcro dell'*administrative law* statunitense.

Il sistema di specialità regge nella sua coerenza all'interno dei diversi ordinamenti fino al momento

in cui sorge l'esigenza di un nuovo equilibrio. Fino al momento in cui a fianco o, meglio, di fronte, alla finalità di realizzazione dell'interesse pubblico sorge una nuova finalità: l'esigenza di tutela del privato dinnanzi al potere pubblico.

È un cambiamento culturale, prima ancora che giuridico. Un cambiamento che in ogni ordinamento si affaccia, a volte prima a volte più tardi, dalla seconda metà del '900 in poi. Sono gli stessi anni della costruzione a livello internazionale dei grandi sistemi di protezione dei diritti fondamentali, anche quale reazione alle atrocità del nazionalsocialismo. Sono gli anni della Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo (proclamata dall'Assemblea generale delle nazioni unite nel 1948), dell'istituzione del Consiglio d'Europa nel 1949, dell'adozione della Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali, entrata in vigore nel 1953.

L'attenzione alla tutela dell'individuo di fronte ai pubblici poteri diviene un nuovo elemento da considerare nel definire il sistema giurisdizionale nei riguardi dell'azione amministrativa proprio di ogni ordinamento.

Sorge così in ogni sistema la necessità di una nuova individuazione del ruolo del giudice amministrativo, ove questo esista, ovvero di una qualche riforma degli strumenti di tutela in modo da renderli più efficaci nella protezione dei diritti individuali.

Tale necessità, se da un lato costituisce uno stimolo alle riforme, dall'altro genera scontri con gli schemi tradizionali del sistema giurisdizionale nei singoli ordinamenti. Si evidenzia il problema di contemperare la tutela oggettiva (la protezione dell'interesse pubblico e della legalità dell'azione amministrativa) con la tutela soggettiva (la protezione dell'interesse del privato)⁷.

Di fronte a questo problema ogni ordinamento reagisce secondo canoni propri e particolari. Le esigenze dettate dal principio dell'effettività della tutela giurisdizionale offerta al privato nei confronti dei pubblici poteri si realizzano con caratteri diversi nei

3. Sulla contrapposizione dei modelli teorici dell'*ordinary law of the land* inglese e del *droit administratif* francese, rispettivamente elaborati da Dicey ed Hauriou, cfr. S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e Regno Unito*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 1 e ss.

4. Come sottolinea M. Fromont, *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Droit Administratif*, 2008, 8.

5. Sul punto cfr. l'analisi di D. De Pretis, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano, *Diritto Amministrativo comparato*, Milano, 2007, 295.

6. L'aspetto è ben evidenziato da F. Satta, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in E. Follieri-L. Iannotta, *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 279-281.

7. Sul cambio di paradigma dalla tutela oggettiva alla tutela soggettiva che sta interessando i sistemi europei con «la proclamazione come diritto fondamentale del "diritto a una tutela giurisdizionale effettiva" di qualsiasi "diritto materiale" di cui sia titolare il cittadino» cfr. l'ampia analisi comparatistica di E. García de Enterría, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Traduzione e saggio introduttivo di S. Rodolfo Masera e presentazione di A. Travi, Milano, 2007, in part. 68 e ss.

diversi modelli processuali, anche per una interazione con ulteriori principi fondamentali (si pensi ad esempio al principio di separazione dei poteri), che a loro volta possono essere percepiti ed attuati in maniera diversa nei sistemi nazionali⁸. Ci si soffermerà, dunque, qui di seguito su alcune questioni che hanno caratterizzato e tuttora caratterizzano il tema dell'unità o della pluralità delle giurisdizioni in alcuni ordinamenti giuridici europei (Francia, Germania e Regno Unito), con un breve cenno anche all'ordinamento statunitense, per poi concludere con qualche osservazione che accomuna le diverse esperienze qui menzionate.

2. Tutela oggettiva e giudice amministrativo in Francia

L'accento sulla tutela oggettiva è sicuramente mantenuto in modo forte dall'ordinamento francese.

Fin dalle origini il *contentieux administratif*, che nell'ipotesi del *contentieux de pleine juridiction* da sempre presenta un carattere marcatamente soggettivo, in quanto appunto improntato alla tutela di situazioni di diritto soggettivo nei confronti delle pubbliche amministrazioni, viene, invece, ad assumere,

nella sua forma più tipica del *recours pour excès de pouvoir*, il carattere di *contentieux objectif*, il cui oggetto si concentra sulla mera questione di *legalité* (di legittimità), e quindi di conformità dell'atto amministrativo impugnato alle norme giuridiche che lo riguardano⁹. Tale carattere oggettivo faceva addirittura escludere, nella prima dottrina, che all'interno del processo amministrativo potessero essere individuate delle vere e proprie parti in senso tecnico. Come affermava *in primis* il celebre Laferrière, secondo il quale il *recours* «*n'est pas un procès fait à une partie, c'est un procès fait à un acte*»¹⁰, si trattava di un contenzioso che aveva come unico obiettivo assicurare la legittimità dell'azione amministrativa, senza comportare alcuna finalità di tutela degli amministrati¹¹.

La rigidità di tali impostazioni viene attenuata dalle evoluzioni dottrinali, giurisprudenziali e legislative che fino ai nostri giorni si sono susseguite, edulcorando l'iniziale preteso modello puro di contenzioso oggettivo, attraverso l'introduzione di diversi elementi a carattere *subjectif*¹².

L'attenzione alla tutela dell'individuo si è venuta, in particolare, incrementando di recente a seguito delle pressioni dell'ordinamento europeo, non solo dell'Unione Europea ma anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui il giudice ammini-

8. Per un'articolata riflessione al riguardo si veda A. Travi, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, Padova, 2010, 7 e ss., il quale osserva come sia difficile ammettere una convergenza in termini pregnanti dei modelli di processo amministrativo in Europa, «quando il principio fondamentale con cui debbono confrontarsi tali modelli risulta percepito in modo differente».

9. Per tali osservazioni e per un'attenta ricostruzione delle evoluzioni del *recours pour excès de pouvoir* tra contenzioso oggettivo e soggettivo si veda F. G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 1, e in part. 12 e ss., il quale richiama, fra gli altri, l'approfondito studio di N. Foulquier, *Le droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX au XX siècle*, Paris, 2003.

10. É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1989, ristampa della 1ere édition 1887-1888, tome 2°, 534.

11. Per tale impostazione si veda per tutti R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13 éd., Paris, 2008.

12. Come rileva anche F. G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, cit., 20 e ss., ad oggi non è più possibile riconoscere nel ricorso per eccesso di potere francese uno strumento processuale rispondente ad un modello puro ed integro di *contentieux objectif*. Ciò emerge chiaro dagli stessi manuali di *droit administratif*, che via via nel tempo riconoscono sempre più la possibilità di redigere un elenco degli elementi *subjectifs* sussistenti accanto a quelli *objectifs* all'interno di tale ricorso giurisdizionale. Si vedano ad esempio anche i più noti manuali J. M. Auby – R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, 1984; B. Pacteau, *Contentieux administratif*, Paris, 1985.

Lo stesso F. G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, cit., 24 e ss., ricorda poi la posizione minoritaria nella letteratura francese che, tra fine ottocento e inizi del novecento, aveva tentato di teorizzare l'esistenza di un diritto pubblico soggettivo, consistente nel cd *droit à la legalité*, alla presenza del quale il *recours* veniva ad assumere natura di strumento di tutela soggettiva di un diritto del ricorrente avente ad oggetto la legittimità dell'azione amministrativa. La posizione, in particolare assunta da studiosi quali J. Bartélémy e R. Bonnard, subiva l'influenza della teorica del diritto pubblico soggettivo di matrice tedesca (sul quale *infra* nel testo, al paragrafo successivo) e della stessa figura dell'interesse legittimo sviluppata dalla dottrina italiana, ma fu sostanzialmente rifiutata nel corso del XX secolo, anche in seguito alle opposte interpretazioni del Conseil d'Etat, sulla base di una inconciliabilità tra affermazione dell'esistenza di un diritto soggettivo ed esercizio della *puissance publique* da parte dell'amministrazione.

strativo francese si dimostra particolarmente sensibile¹³.

Già in precedenza, tuttavia, una tendenza verso l'assunzione di forme di tutela soggettiva all'interno del contenzioso oggettivo del *recours pour excès de pouvoir* si è registrata con l'introduzione di alcune rilevanti modifiche di disciplina processuale di diritto interno¹⁴. Si pensi, in particolare, oltre alla tutela cautelare, anche all'introduzione nel processo amministrativo francese delle *astreintes* o delle ingiunzioni¹⁵, nonché alla più recente riforma, operata con il Décret n° 2010-164 del 22 febbraio 2010, che amplia notevolmente la fase istruttoria dinanzi al giudice amministrativo, prevedendo garanzie simili a quelle proprie del rito di procedura civile. In particolare nella trattazione in sede istruttoria è stata notevolmente estesa la tutela della posizione delle parti, con l'introduzione di un'udienza pubblica in contraddittorio orale, in cui è possibile discutere le risultanze dell'*expertise*¹⁶.

Anche prima di tali interventi, la natura ibrida del *recours*, divisa tra tutela oggettiva e soggettiva, è, peraltro, emersa nelle analisi dottrinali di fronte alla stessa presenza nel processo amministrativo dell'*intérêt à agir*, come condizione di ricevibilità del ricorso, con il quale si finisce per ancorare inevitabilmente il potere del giudice amministrativo di verificare, secondo il diritto oggettivo, la legittimità dell'atto amministrativo alla sussistenza e alla persistenza durante tutto il processo di un interesse del *requérant* ad ottenere tale verifica¹⁷. A cui si aggiunge altresì la presenza di un istituto processuale come il *désistement*, ovvero la rinuncia del ricorrente a proseguire nell'azione, con la conseguente estinzione del processo, senza che si pos-

sa pervenire al risultato obiettivo di una certa verifica della legittimità dell'atto impugnato¹⁸.

Sembra, dunque, a tutt'oggi possibile rilevare come il *recours pour excès de pouvoir* in questa sua duplice natura di contenzioso oggettivo/soggettivo venga via via ad avvicinarsi all'altro tipo di contenzioso rimesso al giudice amministrativo francese per la tutela dei diritti soggettivi: il *recours de pleine juridiction*. Il risultato è un'evidente accentuazione dei caratteri di tutela soggettiva ed una modifica della disciplina originaria, in base alla quale dove è forte la connessione con il potere amministrativo la struttura del processo si caratterizza in modo tale da far passare in secondo piano la posizione del privato.

Il rilievo non vale ovviamente soltanto con riferimento alle modifiche legislative introdotte nella struttura processuale del *recours pour excès de pouvoir*, ma anche ad alcune rivoluzionarie trasformazioni di alcuni tipici istituti della giustizia amministrativa francese.

La mente corre in proposito alle tortuose vicende che negli ultimi anni hanno riguardato la figura del *commissaire du gouvernement*, storica presenza del pubblico interesse tutelato nel processo amministrativo, circondata da posizione di *favor* processuale (la possibilità di esprimere per ultimo le proprie conclusioni, prima che il ricorso venga trattenuto a giudizio, senza possibilità di contraddittorio per le parti private; presenza attiva in camera di consiglio). Qui è l'intervento del giudice europeo ad innescare l'inevitabile e irreversibile processo di trasformazione di tale storica figura. L'intervento della Corte europea con il caso *Kress* del 2001¹⁹ ha, infatti, obbligato la Francia

13. Il rilievo è espresso altresì da N. Foulquier, *Le droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX au XX siècle*, cit., 278.

14. Un'analisi in tal senso si trova in C. Ferrari-Breeur, *La giurisdizione amministrativa in Francia. Evoluzione e tendenze attuali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 413.

15. Al riguardo cfr. B. Delaunay, *Pour un intérêt à agir autonome en matière d'injonction*, in *Revue de droit public*, 2007, 633 e ss., richiamato anche da A. Travi, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, cit., 11, nel sottolineare come, anche di fronte all'introduzione di tali strumenti processuali, l'obiettivo primario del processo amministrativo francese resti nelle indicazioni della dottrina quello, oggettivo, di perseguire una finalità di buona amministrazione della giustizia, piuttosto che dirigersi alla tutela di una individuale posizione giuridica sostanziale.

16. A commento J. Arrighi de Casanova – J.H. Stahl, *Le Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives*, in *RFDA*, 2010, 387.

17. Sul punto cfr. F. G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, cit., 20-21, il quale in proposito ricorda i rilievi di D. Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de pleine contentieux objectif en droit public français*, Paris, 2002, 90, secondo cui il *recours* può essere considerato uno strumento «hybride, à la fois subjectif et objectif, ce qui peut justifier l'exigence d'un intérêt à agir en la matière».

18. Previsto dall'art. R 636-1 del Code de Justice Administrative (CJA).

19. Corte Edu, Grande Chambre, 7 giugno 2001, *Kress c/France*, in *RFDA*, 2001, 991, con note di B. Genevois, *L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001. Réconfortant et déconcertant* e di J.L. Autin – F. Sudre, *L'arrêt Kress de la Cour*

ad una revisione di tale istituzione, al fine di salvaguardare quel fondamentale principio di apparenza di imparzialità che i giudici di Strasburgo vedevano minato dalla presenza e, soprattutto, dal ruolo ricoperto dal *Commissaire* all'interno del processo amministrativo. Sono seguite diverse riforme di diritto interno, poste ripetutamente in essere tra il 2006 e il 2011²⁰, che hanno mutato il nome del *Commissaire* in *Rapporteur public*, ed hanno reso più paritaria, indipendente ed imparziale la sua funzione, prevedendo che le sue conclusioni possano essere conosciute dalle parti e replicate in sede di discussione, prima che la causa venga trattenuta in decisione, e soprattutto escludendo, salvo eccezioni, la sua presenza in camera di consiglio²¹.

L'apparenza d'imparzialità del processo amministrativo ed il principio della parità delle armi salvaguardati da Strasburgo incidono sui caratteri del processo amministrativo francese, modificandoli a maggior tutela delle posizioni del privato di fronte ai pubblici poteri.

In Francia tradizionalmente si giustifica l'esistenza del giudice amministrativo ed il riparto di giurisdizione con il giudice ordinario non solo richiamando il principio di separazione dei poteri, ma anche dando rilievo alla forte connessione fra amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo, muovendo dal rilievo di antica tradizione secondo cui «*juger l'administration, c'est encore administrer*». L'idea di fondo di un giudice non solo specializzato in diritto

amministrativo, ma che rechi addirittura in sé «*l'esprit de l'administrateur*» porta con sé inevitabili corollari²².

Si pensi, in primo luogo, alla disciplina dell'organizzazione giudiziaria, laddove i *magistrats administratifs professionnels*, a differenza dei magistrati ordinari, sono soggetti allo *statut général de la fonction publique*, seppur con regole speciali dettate in ragione della peculiarità della funzione e garantistiche del connaturato fondamentale principio di indipendenza.

E si pensi altresì alla duplice funzione, amministrativa in veste consultiva e giurisdizionale, che le *juridictions administratives* rivestono in Francia, così come, peraltro, in molti altri ordinamenti in cui il sistema di giustizia amministrativa ha derivato le proprie caratteristiche dal modello francese, tra cui anche quello italiano. Al riguardo, v'è, tuttavia, da chiedersi quanto il principio di separazione dei poteri, nonché i fondamentali principi di indipendenza e di imparzialità degli organi giudiziari, siano davvero garantiti di fronte all'esistenza di un organo, quale il *Conseil d'Etat*, che raccoglie in sé la duplice natura amministrativa e giurisdizionale, da un lato 'consigliere' del Governo ed ora, dopo la riforma costituzionale del 2008²³, anche del Parlamento, e dall'altro di 'giudice' dell'amministrazione. Non è questa la sede per addentrarsi ad affrontare la *vexata quaestio*. Si può qui soltanto rammentare come il timore di un contrasto con il principio

européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001. *Juridiquement fragile, stratégiquement correct*; in *AJDA*, 2001, 675, con nota di F. Rolin, *Le rôle du commissaire du gouvernement du Conseil d'Etat au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme*; in *JCP - La Semaine juridique*, 2001, n. 31-35, 1568, con nota di F. Sudre, *La compatibilité de l'institution du commissaire du Gouvernement près le Conseil d'Etat à l'article 6 de la Convention EDH : l'arrêt Kress c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme ou le triomphe des « appearance »*; in *Dalloz*, 2001, jur., 2619, con nota di R. Drago, *Le Conseil d'Etat français et la Convention européenne des droits de l'homme*. In argomento sia consentito rinviare altresì a S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, 339 e ss.

20. Si veda, in particolare, il Décret n° 2009-14, 7 janvier 2009, «*relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions*».

Cfr. inoltre il più recente Décret n° 2011-1950, 23 décembre 2011, che ha introdotto l'art. R. 732-1-1 del *Code de justice administrative* (CJA), prevedendo la possibilità di dispensare i *rapporteurs publics* dal pronunciare le conclusioni in alcuni tipi di controversie innanzi ai giudici amministrativi.

Di recente fondamentale è la decisione del Conseil d'Etat, 21 giugno 2013, n. 352427, *Communauté d'agglomération du pays de Martigues*, in *www.legifrance.it*, con la quale il supremo giudice amministrativo si è soffermato ad illustrare compiutamente il nuovo ruolo del *rapporteur public*, quale figura indipendente ed imparziale che ha lo scopo di esporre le questioni oggetto del giudizio, manifestare le proprie valutazioni ed indicare le sue opinioni sulla possibile soluzione della controversia.

21. Si veda l'attuale formulazione degli artt. R. 732-1 e R. 733-3 del CJA, a mente dei quali il *rapporteur* non assiste mai alle deliberazioni in camera di consiglio nei giudizi innanzi ai Tribunali amministrativi e alle Corti amministrative d'appello, mentre può prendervi parte per i giudizi dinnanzi al Consiglio di Stato, salvo domanda contraria della parte.

Sul punto va ricordata, inoltre, la decisione d'irricevibilità Corte Edu 15 settembre 2009, *Étienne c. France*, in *www.echr.coe.int*, con la quale la Corte ha confermato la compatibilità della riformata figura del *rapporteur public* con le garanzie imposte dall'art. 6 Cedu.

22. Per tali rilievi R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., 44.

23. Loi constitutionnelle n° 2008-724 del 23 luglio 2008, la quale ha introdotto la previsione della possibilità per il Conseil d'Etat di essere investito della funzione consultiva dal presidente dell'Assemblée nationale o del Senato con riferimento ad un progetto di legge presentato da membri del Parlamento.

d'imparzialità del giudice sancito dalla Corte europea, dopo i giudizi di *Procola* sul Consiglio di Stato lussemburghese, di *Kleyn* su quello olandese, e soprattutto di *Sacilor Lormines* riguardante proprio il *Conseil d'Etat* francese²⁴, abbia portato la Francia a prendere, con il decreto del 6 marzo 2008, alcune precauzioni normative al fine di evitare che uno stesso consigliere abbia ad esprimersi in funzione di giudice su di una questione già trattata nell'esercizio della funzione consultiva²⁵.

Nelle pronunce menzionate, ed in particolare nella sentenza *Sacilor Lormines*, la questione della dualità di funzione, giurisdizionale e consultiva, esercitata dal Consiglio di Stato non viene, peraltro, risolta in via astratta e definitiva dalla Corte. Compare in detto ultimo pronunciamento l'importante affermazione secondo cui la questione involge un problema strutturale dell'istituzione Consiglio di Stato, ma la stessa viene poi smentita nel concreto da un'applicazione rigorosa, in sede di decisione del caso oggetto di giudizio, del principio del margine di apprezzamento statale che finisce per escludere da parte del giudice europeo una definizione in astratto del problema così posto²⁶. La valutazione circa la compatibilità del dualismo funzionale con

il principio convenzionale dell'equo processo viene, infatti, autolimitata ad un'indagine sul caso concreto. Un'indagine, che secondo i canoni già espressi in *Procola* e in *Kleyn*, è diretta ad esaminare se vi sia stata nella singola fattispecie una coincidenza soggettiva fra i membri partecipanti alla funzione consultiva e poi a quella giurisdizionale (com'era avvenuto nel caso *Procola*) e/o una coincidenza oggettiva di questioni rese nell'*avis* e nella successiva decisione giurisdizionale (come si era verificato e poi escluso nel caso *Kleyn*). La Corte conferma quindi la scelta di un approccio casistico al problema, preferendo non addentrarsi in una critica generale ed astratta sull'esercizio delle funzioni esercitate dal Consiglio di Stato come istituzione²⁷. L'intento sotteso a tali posizioni è comprensibile e, fors'anche, condivisibile: la Corte europea mostra di non volersi scontrare con consolidate tradizioni secolari di diversi sistemi di giustizia amministrativa europei, che vedono proprio nell'istituzione del Consiglio di Stato la massima espressione di garanzia della legalità dell'azione amministrativa²⁸, da attuarsi non solo attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, ma anche assicurando un'uniforme interpretazione della legge, mediante l'apporto dell'attività

24. Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 febbraio 2007, *Sacilor Lormines c. France*, in *www.echr.coe.int.*, e in *RFDA*, 2007, 342, con nota di J.L. Autin – F. Sudre, *L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause?*; Id., 28 settembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, in *www.echr.coe.int*; in *Serie A*, 326; in *RFDA*, 1996, 777, con nota di J.-L. Autin – F. Sudre, *La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme*; in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, 828; Id., 6 maggio 2003, *Kleyn et autres c. Pays-Bas*, in *www.echr.coe.int*; in *AJDA*, 2003, 1490, con nota di F. Rolin, «*Encore une minute Monsieur le bourreau...*» le débat sur le dualisme fonctionnel des cours suprêmes devant la Cour européenne des droits de l'homme continue. In argomento più dettagliatamente sia consentito il rinvio a S. MIRATE, *L'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo. Un'analisi problematica fra diritto interno e giurisprudenza Cedu*, in *Le garanzie delle giurisdizioni*, G. Piperata – A. Sandulli (a cura di), Napoli, 2012, 67 e ss.

25. Décret n° 2008-225 del 6 marzo 2008. A commento cfr. F. Moderne, *LA RÉFORME DU CONSEIL D'ÉTAT (DÉCRET N° 2008-225 DU 6 MAI 2008, relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat)*, in *Revue française de droit administratif*, 2008, 213. L'intervento normativo è stato anche indotto da una pronuncia della Corte europea relativa ad una decisione d'irricevibilità di un ricorso nei riguardi della Francia nel caso Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 marzo 2003, *G.L. et S.L. c/ France*, in *Recueil*, 2003-III. La Corte, in quell'occasione, aveva rilevato, nel funzionamento del Consiglio di Stato francese e nello statuto dei suoi membri, una «possibilità de confusion» di funzioni consultive e giurisdizionali, suscettibile di provocare un'imparzialità strutturale della stessa istituzione; una possibilità che, tuttavia, nel caso concreto oggetto di decisione, «faute de preuve contraire», non si risolveva in una carenza d'imparzialità dei membri del *Conseil d'Etat*.

26. Corte Edu, 9 febbraio 2007, *Sacilor Lormines c. France*, cit., punto 71 della motivazione: «[...] la Cour reconnaît qu'elle pose une question structurelle [...]. Toutefois, elle réaffirme que la Convention n'oblige pas les Etats à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire.»

27. La volontà di astenersi da una valutazione generale ed astratta che metta in discussione la natura ed i caratteri dei Consigli di Stato nazionali ricompare a chiare lettere nella successiva sentenza, resa ancora nei riguardi della Francia, Corte Edu, 15 luglio 2009, *Union fédéral Que choisir de Côte d'Or c. France*, in *www.echr.coe.int.*; e in *RFDA*, 2009, 885, con nota di B. Pacteau, *La justice administrative française désormais en règle avec la Cour européenne des droits de l'homme?*, in cui la Corte di Strasburgo sostanzialmente richiama in toto le conclusioni raggiunte nel precedente *Sacilor Lormines* del 2007.

28. Si leggano ad esempio le conclusioni del *Commissaire du gouvernement* J.-C. Bonichot alla decisione del *Conseil d'Etat*, 5 aprile 1996, *Syndicat des avocats de France*, in *Rec.*, 1996, 118; in *RFDA*, 1996, 1195, «on peut faire comprendre à des juges européens, qui d'ailleurs le savent, que le Conseil d'Etat est l'expression même de la conception française de la séparation de pouvoirs, que la dualité de ses attributions lui donne un poids considérable vis-à-vis de l'Etat et que ce mode de fonctionnement, profondément ancré dans la tradition française donne des résultats que, dans beaucoup de pays, on cherche à atteindre».

consultiva, nell'ambito dell'ordinamento della pubblica amministrazione²⁹.

Certo, proprio il fatto che anche nell'ordinamento francese si sia sentito il bisogno d'intervenire con tale riforma, dimostra che questioni di commistione fra poteri siano un rischio possibile, e vi sarebbe da riflettere se si tratti di semplici questioni risolvibili con riforme procedurali, o se piuttosto non siano aspetti che involvano più a fondo la stessa natura del Consiglio di Stato come istituzione. La stessa riforma introdotta dal legislatore francese sul punto sembra, d'altra parte, ancora muoversi nel senso di assicurare un'apparenza di imparzialità del singolo membro del collegio giudicante, comportando, quindi, una garanzia di indipendenza e di imparzialità che attiene ancora alla sfera soggettiva e non alla dimensione oggettiva del giudice amministrativo (Consiglio di Stato) in quanto istituzione.

3. Tutela soggettiva e giudice amministrativo in Germania

Un cenno di comparazione, proprio in ragione del raffronto con il sistema francese, deve in questa sede essere rivolto anche al modello di tutela soggettiva proprio del sistema giurisdizionale amministrativo tedesco. In Germania il principio di separazione dei poteri viene invocato, a differenza di quanto avviene in Francia, proprio per fondare la previsione costituzionale dell'individuazione del giudice amministrativo quale branca dell'ordinamento giudiziario, con stessa indipendenza e *status* dei giudici ordinari.

Nessuna specialità di ruolo o istituzione, ma soltanto specializzazione nell'adempimento dei compiti giurisdizionali. Nessuna connessione con il potere esecutivo o legislativo. Nessuna funzione consultiva che affianchi quella giurisdizionale. I giudici amministrativi tedeschi hanno la stessa formazione dei giudici ordinari, non strettamente connessa quindi alla sola area pubblicistica. L'idea di fondo qui è che il riparto risponda solo a esigenze di specializzazione

nei riguardi dell'*Öffentliche Recht* e non a poteri giurisdizionali distinti ed antagonisti.

Ne deriva un sistema fluido con la possibilità per ciascun giudice di verificare autonomamente e in modo definitivo la sua giurisdizione su di una singola controversia. Il riparto viene definito secondo il cd criterio della prevenzione, secondo cui è il primo giudice adito a definire la questione di giurisdizione (affermando la propria, o negandola ed indicando quella competente). A ciò si aggiunga la possibilità per ciascuna delle due giurisdizioni, civile e amministrativa, di risolvere rispettivamente tutte le questioni di diritto pubblico o privato in via incidentale³⁰.

Il punto di vista del giudice amministrativo tedesco è diverso da quello da cui parte il giudice francese. È il punto di vista della tutela soggettiva. Non è tanto l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, che viene perseguito, quanto piuttosto la protezione del diritto pubblico soggettivo. È questa figura, d'altra parte, che fonda l'azione giurisdizionale amministrativa. Con l'esito di una legittimazione a ricorrere più ristretta rispetto alla Francia, ma un'attenzione alla posizione processuale del privato maggiormente accentuata, nell'ottica di una parità fra le parti, che deriva da regole di rito simili al processo civile.

E non è certo un caso che, proprio nel sistema tedesco in cui è particolarmente evidente il rapporto fra giurisdizione amministrativa e tutela di un diritto pubblico soggettivo, si sviluppi il più intenso sindacato sulla discrezionalità dell'azione amministrativa. Un sindacato che si fonda su di una limitata individuazione della discrezionalità pura (*Ermessen*, che c'è soltanto quando la norma attributiva del potere espressamente assegna all'amministrazione la facoltà di scegliere fra diversi possibili comportamenti) ed il controllo pieno e diretto di quanto non è considerato discrezionale, ovvero l'applicazione di norme che si limitino a contenere concetti giuridici indeterminati (*umbestimmte Rechtsbegriffe*), in quanto valutazioni opinabili dell'autorità amministrativa che possono essere verificate, anche in senso sostitutivo, nella loro correttezza³¹.

29. Per siffatti rilievi si vedano i contributi di F. Patroni Griffi, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*; G. Barbagallo, *La funzione di garanzia del diritto obiettivo delle Corti Supreme e la consultazione del Consiglio di Stato*; R. Caranta, *La riforma della giustizia amministrativa. Rilievi comparatistici*, tutti in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, rispettivamente 105, 113 e 133; nonché *La fonction consultative des Conseils d'État*, Séminaire des Conseils d'État, 16 febbraio 2004, Le Haye, in www.raadvst.consetat.be. Per uno studio comparato sui caratteri del Consiglio di Stato, quale organo consultivo ed insieme giurisdizionale, in Francia ed in Italia, si veda Y. Mény (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994.

30. Cfr. H. Maurer, *Doit Administratif Allemand*, Traduit par M. Fromont, Paris, 1994; M. Fromont, *Droit Administratif des Etats européens*, Paris, 2006; M. P. Singh, *German Administrative Law in Common law Perspective*, Heidelberg, 2001.

31. Questo almeno di regola. Eccezioni si sono formate per via giurisprudenziale per esempio in tema di valutazioni d'esame, o in materie quali quelle pianificatorie e ambientali, nelle quali maggiormente evidenti sono il carattere prognostico della valutazione e la responsabilità della pubblica amministrazione. Al riguardo cfr. D. De Pretis, *La giustizia amministrativa*, cit., 309.

4. *Public authorities* e tutela giurisdizionale nel Regno Unito

Del tutto differente l'esperienza anglosassone, che, con riferimento al Regno Unito, parte da un sistema di *judicial review on administrative action* che veniva definito già da De Smith come “*sporadic and peripheral*” sulla base del rilievo secondo cui «*the administrative process is not, and cannot be, a succession of justiciable controversies*»³², per poi giungere ad un sistema complesso di specializzazione degli organi competenti a risolvere controversie nel settore dell'*administrative law*, che sta assumendo via via, con le ultime riforme degli *Administrative Tribunals*, una connotazione sempre più garantistica di tutela giurisdizionale.

La tradizionale teorica del *judicial self restraint* si fondava sul rilievo in base al quale «*public authorities are set up by the law to govern and administer, and if their every act or decision were to be reviewable by the courts, the business of administration could be brought to a standstill*»³³. L'individuazione di un modello “classico” di diritto amministrativo trova in terra inglese sue determinate peculiarità, laddove il sindacato giurisdizionale sul potere autoritativo, vincolato o discrezionale, della pubblica amministrazione, non risente della costruzione teorica del provvedimento amministrativo e dell'individuazione dei relativi vizi di legittimità, caratteristica dei sistemi continentali di *civil law*³⁴. Il mancato riferimento allo schema classico provvedimento non preclude, tuttavia, l'esistenza di un controllo sulla decisione amministrativa ugualmente connesso ad una rigida individuazione dei possibili vizi dell'attività amministrativa sindacabili in sede di *judicial review*.

In realtà, oggi il sistema inglese presenta un doppio e diverso livello di tutela dei privati nei confronti dell'azione delle pubbliche amministrazioni: quella specializzata offerta dagli *administrative tribunals*, e quella dinnanzi alle corti ordinarie in sede di *judicial review*.

Gli *administrative tribunals* sono organi a carattere amministrativo, aventi funzioni giurisdizionali

esercitate al di fuori della magistratura ordinaria³⁵. Storicamente sorti quali organi di amministrazione giustiziale, in conseguenza della caratteristica anglosassone dell'assenza di una netta separazione tra il potere esecutivo e il potere giudiziario, e cresciuti in modo considerevole sotto il profilo numerico in corrispondenza dei diversi settori di competenza del *welfare state*, gli *administrative tribunals* sono stati oggetti di diverse riforme, tutte volte a migliorarne l'efficienza e a garantire un'omogeneità nell'esercizio dei loro poteri e nello svolgimento delle procedure. Da ricordare, in particolare, la riforma ad opera del *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, con il quale si sono concentrate le competenze, prima suddivise tra una pluralità di *tribunals* operanti a livello settoriale, in capo a due soli organi a carattere generale: il *First-tier Tribunal*, giudicante in primo grado, e l'*Upper Tribunal*, con funzioni d'appello e anche di prima istanza in particolari ipotesi³⁶. La riforma ha operato nel senso di spingere i *tribunals* verso una crescente giurisdizionalizzazione ed una forte commistione, a livello di rito, funzioni e composizione, con le corti ordinarie. Si tratta, infatti, di organi a composizione mista, con presenza non solo di membri tecnici, con caratteristiche d'indipendenza dal potere esecutivo e dotati di una particolare esperienza in un determinato settore dell'amministrazione, ma anche di giudici, provenienti dalle corti ordinarie. Decidono con procedure para-giurisdizionali, ispirate al principio della *natural justice*, caratterizzate, peraltro, da una particolare snellezza, flessibilità e celerità (la rappresentanza legale non è ad esempio obbligatoria e, a differenza delle corti ordinarie, i tribunali non sono vincolati alla regola del precedente). Il sindacato può spingersi, nel giudizio di primo grado, fino al merito dell'azione amministrativa, mentre in appello una decisione del *First-tier Tribunal* può essere impugnata dinnanzi all'*Upper Tribunal* solo per motivi di legittimità. Sempre ancora “*on a point of law*” la decisione del tribunale di secondo grado può essere sindacata in *judicial review* dinnanzi alle corti ordinarie, ed in particolare alla *High Court*. Il collegamento con

32. H. Wolf- J. Jowell-A. Le Seur, *De Smith's Judicial Review*, 6th ed., London, 2007, 5.

33. Così ancora H. Wolf- J. Jowell-A. Le Seur, *De Smith's Judicial Review*, cit., 5.

34. Per un'approfondita analisi al riguardo cfr. G. Napolitano, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, e S. Battini- B. G. Mattarella - A. Sandulli, *Il procedimento*, entrambi in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., rispettivamente 19 e ss. e 139 e ss.; nonché S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e Regno Unito*, cit., 1 e ss.

35. In tal senso M. Macchia, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 212. Per uno studio approfondito in argomento cfr. G. Lugunana, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremarica*, Torino, 2010.

36. Sulla riforma cfr. ancora, oltre ai contributi citati alla nota precedente, G. Lugunana, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 432.

la giurisdizione ordinaria di prima istanza è poi ancora accentuato dalla previsione di una particolare procedura di trasferimento dei ricorsi di *judicial review* dalla *High Court* all'*Upper Tribunal*, in modo tale da ridurre in determinati casi (per materie predefinite dal *Lord Chief Justice* o su indicazione della stessa *High Court*) il contenzioso dinanzi alle corti ordinarie.

Le corti ordinarie (*High Court*, *Court of Appeal* e *Supreme Court of the UK*³⁷) offrono un secondo livello di tutela, con l'applicazione della particolare procedura del *judicial review*, che si svolge secondo un rito attinto dalle regole di procedura civile, ed in particolare disciplinato dalla *Part 54* delle *Civil Procedure Rules*. All'interno della *Queen's Bench Division* della *High Court* opera, quale corte ordinaria di primo grado giudicante in *judicial review*, la *Administrative Court*. La denominazione di tale sezione specializzata all'interno della *High Court* non deve, però, trarre in inganno circa una sua ipotetica natura di "giudice amministrativo". Così denominata in seguito ad una riforma del 2000, l'*Administrative Court* deriva dalla precedente *Crown Office List*, una lista di giudici all'interno della *Queen's Bench* con particolare competenza nel settore del *judicial review*. E questa è ancora la composizione attuale della *Court*, con giudici, esperti della particolare procedura di *judicial review*, ma che decidono anche controversie secondo il rito ordinario delle *civil procedure rules*³⁸.

In sede di *judicial review* le corti inglesi sono riuscite a sviluppare nel corso degli anni un sistema complesso di principi, alla luce dei quali ampliare il controllo giurisdizionale sull'attività della pub-

blica amministrazione, dirigendosi a vagliare sia la sostanza della decisione effettuata dall'autorità amministrativa, sia la forma e le modalità (ovvero il procedimento) attraverso cui si è giunti a quella decisione³⁹. La classificazione dei diversi *grounds of review*, corrispondenti all'indagine sulla sussistenza di tali vizi, deve qui la propria costruzione alla necessità di delineare un equilibrio fra potere discrezionale dell'autorità amministrativa e limiti del controllo giurisdizionale effettuato dalle corti, all'esigenza cioè di assicurare garanzie di controllo su decisioni di *policy*, seppure nel rispetto dell'atteggiamento di *deference* che i giudici inglesi riservano al potere dell'esecutivo, in quanto legittimato nella sua azione dal Parlamento secondo il fondamentale principio della *rule of law*⁴⁰. Tale duplice livello di controllo giurisdizionale si riscontra nell'individuazione delle tipologie di vizi sindacabili in *judicial review* secondo lo schema disegnato da Lord Diplock nel noto caso *GCHO*⁴¹, e poi costantemente recepito in dottrina e giurisprudenza, in cui si distingue fra *illegality*, *irrationality* e *procedural impropriety*. Lo stesso schema, peraltro, viene oggi integrato dalle corti inglesi in rapporto all'influenza del diritto europeo, da intendersi non solo con riferimento all'impatto del diritto dell'Unione Europea, che sicuramente fin dal *European Community Act 1972* ha inciso sulla definizione dei diversi *grounds of review*, ma anche con riguardo al più recente *Human Rights Act 1998*, che, nell'incorporare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) nell'ordinamento inglese, assegna alle corti un importante ruolo di "garanti" dei diritti convenzionali, da esercitare in armonia con i principi interpretativi

37. Prima del *Constitutional Reform Act 2005* (riforma che ha comportato la separazione della funzione giudiziaria da quella legislativa all'interno della *House of Lords*) era il *Judicial Committee della House of Lords*.

38. In tal senso D. Oliver, *What, If Any, Public-Private Divides exist in English Law?*, cit., 11, che osserva come l'*Administrative Court* rimanga, anche dopo la riforma del 2000, «a list of judges who spend part of their time hearing cases brought by a particular procedure in which a limited range of remedies are available in respect of certain decisions by public or private bodies exercising 'public functions'. [...] For the rest of their time they hear ordinary cases [...]».

39. Cfr. ancora H. Wolf - J. Jowell - A. Le Seur, *De Smith's judicial review*, cit., 3, in cui si osserva come: «over a relatively short period, English courts reduced the zone of immunity from legal challenge formerly surrounding a great deal of action by public authorities. The task involved the jettisoning of many of conceptual barriers and disfiguring archaism which had inhibited the development of effective judicial review».

40. La questione è ben illustrata in A. W. Bradley, *Relations between Executive, Judiciary and Parliament: an Evolving Saga?*, in *Public Law*, 2008, 470. Per un'analisi del carattere di *deference* nella *case law* cfr. altresì P. Craig, *The Courts, the Human Rights Act and Judicial Review*, in *LQR*, 2001, 117, 589; nonché R. Clayton Q.C., *Judicial deference and "democratic dialogue": the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998*, in *Public Law*, 2004, 33; D. Nicol, *Are Convention rights a no-go zone for Parliament?*, in *Public Law*, 2002, 447.

41. *Council of Civil Service Unions v. Minister of State for the Civil Service*, [1985] AC 374, concernente l'impugnazione di un provvedimento ministeriale che vietava l'iscrizione ai sindacati dei dipendenti del GCHO, un centro di comunicazioni strategiche, su cui R. Caranta, *Judicial Review*, in *Digesto Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 60.

espressi dalla giurisprudenza della Corte europea, con conseguente definizione di nuovi *standards* di tutela nel *judicial review*⁴².

Illegality e *irrationality* vengono definiti *substantive grounds of review* in quanto concernono il contenuto della decisione e dunque il risultato sostanziale dell'attività amministrativa oggetto di sindacato, mentre il vizio di *procedural impropriety* attiene appunto ad aspetti procedurali, ovvero al modo in cui si è giunti ad adottare la decisione soggetta al controllo giurisdizionale⁴³. In realtà, nell'utilizzo di tali *grounds*, procedura e sostanza spesso si fondono per divenire unico oggetto di sindacato giurisdizionale. La procedura, in tali casi, diviene condizione fondamentale per un contenuto legittimo della decisione. Come si è ben evidenziato in dottrina, nell'attuale sistema di *judicial review* la funzione teleologica delle corti inglesi, diretta ad assicurare la realizzazione di una "*good public administration*", si realizza attraverso l'indagine sul rispetto dei principi di *lawfulness*, *fairness* e *reasonableness*, unitariamente considerati non solo quali elementi chiave per un corretto adempimento da parte delle autorità dell'obbligo di buona amministrazione, ma anche quali imprescindibili garanzie di tutela dei diritti individuali di fronte ai pubblici poteri⁴⁴.

Nonostante il sistema di *judicial review* si fondi sulla mera previsione di particolari regole di procedura disciplinate dalle stesse *Civil Procedure Rules*, senza, quindi, acquisire i caratteri di un autonomo "processo amministrativo", si assiste anche nel sistema inglese ad un acceso dibattito, in dottrina ed in

giurisprudenza, sulla definizione dei criteri ai sensi dei quali riconoscere l'ambito applicativo di tale particolare procedura. Il controllo sull'azione amministrativa ad opera delle corti ordinarie in sede di *judicial review* viene ricondotto all'individuazione della complessa nozione di "*public function*". Le difficoltà in merito a siffatta definizione sorgono, come ha sottolineato la stessa dottrina anglosassone, dall'assenza nel diritto pubblico inglese di una compiuta definizione di "*what must be defined as public in English law*"⁴⁵. Il riferimento nella *case law* alla nozione di "*public authority*" rimane ancora oggi piuttosto confuso ed indeterminato, laddove non venga supportato da una specifica e delimitata definizione legislativa, presente, peraltro, solo per specifici settori dell'azione amministrativa⁴⁶. La tendenza è quella di delineare una nozione piuttosto restrittiva che consenta di restringere il campo di applicazione del *judicial review*, in quanto procedura "speciale" finalizzata ad un sindacato sull'esercizio di poteri speciali (il controllo sull'esercizio dei pubblici poteri).

Al fine di considerare ciò che in effetti è "*public power*", le corti inglesi muovono da due dati normativi fondamentali: i principi di *judicial review*, come delineati nella *Part 54* delle *Civil Procedure Rules* e le previsioni, più recenti, dello *Human Rights Act* (HRA)1998.

Ai sensi delle *Civil Procedure Rules* ("CPR") *Part 54.1*, un ricorso in *judicial review* deve essere rivolto a valutare «*the lawfulness of an enactment or a decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function*»⁴⁷.

42. Al riguardo sia consentito il rinvio a S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., in part. 99 e ss. Proprio con riferimento a tale nuovo ruolo delle corti inglesi, sembra rilevante sottolineare come in alcune fondamentali opere dottrinali sul *judicial review on administrative action*, come ad esempio nella Sesta edizione del 2007 del celebre *De Smith's judicial review*, il rispetto dei *Convention rights* venga analizzato come quarta tipologia di *ground of review*, utilizzabile dalle Corti per vagliare la legittimità dell'azione amministrativa sotto nuovi profili sostanziali ma anche procedurali (come si vedrà ad esempio per l'estensione ai procedimenti amministrativi delle garanzie dell'art. 6 Cedu sull'equo processo).

43. Cfr. I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights*, 4th ed., Oxford 2006, 503 e ss.; nonché, ex multis, A. W. BRADLEY-K.D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, 2007, 725 e ss.; J. Alder, *Constitutional and Administrative Law*, 5th ed., London, 2005, 357 e ss.; A. Tomkins, *Public Law*, Oxford, 2003, 176 e ss.

44. Per tali rilievi cfr. C. Harlow – R. Rawlings, *Law and Administration*, 3rd edn, Cambridge, 2009, in part. chs 1-2; T. Allan, *Law, Liberty and Justice*, Oxford, 1994.

45. Cfr. J. W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford, 2000, 72, come richiamato anche da D. Campbell, *The Nature of Power as Public in English Judicial Review*, in *Cambridge Law Journal*, 2009, 92; C. Donnelly, *The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance*, in M. Ruffert (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London 2009, 186.

46. Un esempio in proposito è fornito dalle previsioni del *Freedom of Information Act 2000*, che, nell'imporre l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere accessibili le informazioni, indica, nel primo allegato (*First Schedule*) dell'Act, una lista di autorità su cui grava tale obbligo.

47. Nella decisione sul caso *R. v. Datafin, ex p Panel on Takeovers and Mergers* [1987] Q.B. 815, la *Queen's Bench Division* interpretò tale previsione sottolineando il riferimento alla "natura" del potere, con la conseguenza di definire un "*public power*" indipendentemente dal fondamento legislativo o regolamentare del medesimo. La natura del potere pubblico viene, in particolare, indagata dalla

La seconda via per definire la nozione di “*public function*” viene rintracciata più di recente dalle corti nella disposizione della *Section 6* dello HRA 1998⁴⁸. La norma prevede che «*it is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right*», e definisce come “*public authority*” «*any person certain of whose functions are functions of a public nature*».⁴⁹

La previsione dello HRA presenta una formulazione diversa rispetto alla disposizione contenuta nelle CPR Part 54.1, in quanto parrebbe introdurre una nozione di *public authority* più ampia rispetto a quella sviluppata dalle corti a partire dalle disposizioni procedurali di *judicial review*⁵⁰. La tendenza attuale è, tuttavia, quella di dirigersi verso un'interpretazione restrittiva della disposizione della *Section 6* dello HRA, che finisca per avvicinarne il contenuto alle precedenti soluzioni giurisprudenziali adottate con riferimento alle *Civil Procedure Rules*⁵¹.

L'intenzione della *case law* sembra, infatti, essere sempre la stessa, circoscrivere la nozione di organo esercitante una funzione pubblica in modo tale da ridurre il campo di applicazione di quelle regole “speciali” che governano (e limitano) il sindacato giurisdizionale in sede di *judicial review*, per attirare il maggior numero di controversie all'interno delle garanzie giurisdizionali proprie del rito ordinario⁵².

5. Tutela procedimentale e tutela giurisdizionale: il modello statunitense

La diversità rispetto ai sistemi europei continentali appare ancora più marcata ove si ponga attenzione al diritto amministrativo statunitense, che si presenta essenzialmente come *procedural law*, un diritto che disciplina il procedimento di *decision-making* condotto dalle *agencies* e che prevede poi forme di tutela giurisdizionale dinanzi alle corti ordinarie, soltanto quale ulteriore momento di verifica e controllo sulla legalità dell'azione amministrativa. Una grande attenzione è, dunque, riservata alle forme procedurali, che in realtà divengono esse stesse, come si vedrà, anche garanzia della posizioni sostanziali dei privati coinvolti nel procedimento amministrativo nel momento in cui sono tutte ispirate ed orientate a garantire il fondamentale principio del *due process*.

Negli Stati Uniti, ancor più che nel Regno Unito, sono i giudici ordinari a controllare l'azione amministrativa. Tuttavia, non esiste un unico rito processuale, ma una pluralità di *reviews* specifici. Il sistema si fonda, infatti, sulla previsione di *statutory remedies*, previsti dalle singole leggi che istituiscono le diverse amministrazioni sulle decisioni delle quali deve essere effettuato il controllo giurisdizionale. Ogni azione amministrativa ha, dunque, lo specifico rimedio processuale previsto dalla legge. La conseguenza è una disciplina molto frammentata, che prevede, peraltro, una sola ipotesi di azione generale, la *federal question jurisdiction*, operante laddove non vi siano disposizioni che prevedono riti specifici⁵³.

giurisprudenza con riferimento all'ambito di applicazione del *judicial review* attraverso il ricorso a due diversi criteri (*tests*): il “*but-for*” *test* (a mente del quale una funzione deve considerarsi “pubblica” laddove, in assenza di un soggetto privato eventualmente chiamato a svolgere tale funzione, la stessa dovrebbe inevitabilmente essere assunta in capo ad un ente pubblico) e lo “*statutory underpinning*” *test* (secondo il quale una funzione avrebbe carattere pubblico se l'organo che la esercita è regolato da una disposizione legislativa, che ne preveda le regole e i limiti di azione o che comunque provveda a determinare diritti e doveri dei soggetti sottoposti all'azione di detto organo).

48. Sul punto D. Oliver, *Functions of a Public Nature under the Human Rights Act*, in *Public Law*, 2004, 329.

49. Come si è precisato nella *case law* immediatamente successiva all'Act, la previsione racchiude l'indicazione di una dicotomia tra “*core public authorities*”, le pubbliche amministrazioni in senso proprio, caratterizzate da una *governmental nature* e quindi obbligate al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quando agiscano in regime pubblicistico così come attraverso strumenti di diritto privato, e “*hybrid bodies*”, che, «*while not governmental themselves, nonetheless exercise some public functions and to that extent they are bound to respect the ECHR*». Il *leading case* al riguardo è *Aston Cantlow and Wilmore and Billesley Parochial Church Council v. Wallbank* [2003] UKHL 37, [2004] 1 A.C. 546, in particolare 554-555 per Lord Nicholls.

50. Per una dettagliata analisi in tal senso cfr. D. Campbell, *The Nature of Power as Public in English Judicial Review*, cit., 90.

51. Si veda fra le prime decisioni in tal senso *YL v. Birmingham City Council and ors.* [2007] UKHL 27.

52. Per tali rilievi C. Donnelly, *The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance*, cit., 199; D. Campbell, *The Nature of Power as Public in English Judicial Review*, cit., 100.

53. In argomento cfr. l'ampio studio di B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, Padova, 2005.

Al riguardo va, peraltro, avvertito come nel sistema americano la tutela giurisdizionale approntata dalle corti ordinarie si ponga quasi come una sorta di seconda istanza di tutela, poiché la tutela del privato nei confronti dei pubblici poteri è *in primis* una tutela procedimentale. Concentrando la ricerca sul livello federale (e tenendo presente che sovente gli stessi principi ed istituti si riflettono negli ordinamenti dei diversi Stati), si può evidenziare come, accanto al modello tradizionale di *administrative law* – in base al quale le *agencies* sono chiamate a conformarsi alle specifiche direttive legislative del Congresso, con la conseguenza che è la Legge a controllare l'azione amministrativa realizzando la volontà popolare – si sia sviluppato nel sistema americano quello che è stato definito da Richard Stewart un “*interest representation model*”⁵⁴. Un modello diretto ad offrire un approccio sostitutivo della partecipazione politica, attraverso la partecipazione ai processi decisionali a carattere amministrativo di gruppi portatori di “*unorganized public interests*”, ai quali vengano assicurati strumenti partecipativi endo-procedimentali ed adeguati rimedi giurisdizionali tesi a verificare l'effettiva attenzione a tali interessi da parte delle autorità pubbliche nell'assunzione delle scelte finali di governo⁵⁵.

La *ratio* partecipativa nei procedimenti amministrativi non si limita, dunque, ad assicurare un cor-

retto esercizio delle scelte discrezionali esercitate dai soggetti “amministratori”, ma si pone come obiettivo la possibilità di attribuire ai cittadini “amministrati”, singolarmente considerati o, ancor più, organizzati collettivamente in gruppi portatori di interessi determinati, un senso di coinvolgimento nelle scelte operate e nelle procedure decisionali poste in essere dalle *agencies*⁵⁶.

Pietra miliare nella realizzazione di tale modello partecipativo è, nel sistema normativo statunitense, l'*Administrative Procedure Act* (APA) 1946, con il quale si definiscono le procedure che le *agencies* possono seguire per l'adozione delle decisioni di carattere amministrativo e si individuano i rimedi (inclusi quelli giurisdizionali) necessari al fine di verificare la legittimità di queste stesse scelte⁵⁷. La *ratio* cui risponde questo fondamentale *Act* non è soltanto quella di approntare moduli procedimentali in grado di proteggere, attraverso la partecipazione, gli interessi dei privati cittadini di fronte alle decisioni amministrative.

La partecipazione viene qui avvertita come elemento fondamentale ed imprescindibile per una “*good governance*” ed una piena ed effettiva realizzazione degli interessi della collettività⁵⁸.

Nella disciplina di entrambe le procedure formali di *rulemaking* – esercitate dalle *agencies* al fine di adottare regolamenti di applicazione generale⁵⁹ – e

54. R. B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harv. Law Rev.*, 1667, (1975); Id., *Madison's Nightmare*, in *Univ. Of Chicago Law Rev.*, 57, 1990, 335 ss.; Id., *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2004, 1 ss. Al riguardo si vedano altresì S. Cassese, *Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 617; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 13; T.TH. ZIAMOU, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, Ashgate, 2002, 29 ss.; J. F. Duffy, *Administrative common law in judicial review*, 77 *Texas Law Review*, 121 (1998).

55. L'espressione è stata elaborata da S. G. Breyer – R. B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little, Brown and Company, 1979, 1012.

56. Come rileva R. B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, cit., 1667, «*Such participation [...] will not only improve the quality of agency decisions and make them more responsive to the needs of the various participating interests, but is valuable in itself because it gives citizens a sense of involvement in the process of government and increases confidence in the fairness of government decisions*».

Sul punto si vedano altresì le riflessioni di L. Schultz Bressman, *Beyond accountability: arbitrariness and legitimacy in the administrative state*, 78 *N.Y.U.L. Review*, 485 (2003) e meno di recente di M. Shapiro, *Administrative discretion: the next stage*, 92 *Yale L. J.*, 1487, (1983), i quali evidenziano il rischio che l’*“interest representation model”* possa risolversi in una commistione, nei procedimenti amministrativi dinanzi alle *agencies*, degli interessi pubblici con «*self-interests deeply entangled with narrow private interests*» e nell'emersione di gruppi portatori d'interessi privati ed. forti in grado di condizionare l'esito del processo decisionale.

57. Al riguardo W. Gellhorn, *The Administrative Procedure Act: the Beginnings*, 72 *Va. Law. Rev.*, 231 (1986) il quale sottolinea come l'*Act* abbia il fine di assicurare «*a reasonable uniformity and fairness in administrative procedures without at the same time interfering unduly with the efficient and economical operation of the Government*». Sui profili di tutela giurisdizionale nei confronti delle decisioni delle *agencies* cfr. B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, cit., 7 ss. Più in generale sulle procedure amministrative innanzi alle *agencies* e la disciplina dell'Apa si vedano R. J. Pierce, *Administrative Law Treatise*, New York-Gaithersburg, 2002, 8; J. C. Adams, *Il diritto amministrativo americano*, Bologna, 1957, 17; nonché A. C. Aman, *Globalization, Democracy and the Need for a New Administrative Law*, 10 *Ind. J. Global Leg. Stud.*, 2003, 125.

58. In proposito, L. Schultz Bressman, *Beyond accountability: arbitrariness and legitimacy in the administrative state*, cit., 461; N. Greco, *Temi e problemi dello Stato amministrativo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1976, I.

59. La procedura di *rulemaking* ha come obiettivo “*formulating, amending, or repealing a rule*”. In particolare la Section 551 del Titolo 5 dell'Apa definisce come “*rule*” «*the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect*

di *adjudication* – nelle quali vengono formulati *orders* diretti a soggetti individuati ed a casi singoli⁶⁰ – l'*Administrative Procedure Act* garantisce lo strumento partecipativo attraverso la previsione della possibilità per i privati interessati di presentare memorie scritte, di addurre testimonianze, di richiedere *cross-examinations*.

Va poi menzionata l'istituzione presso le varie *agencies* di *administrative law judges* (Aljs), chiamati a gestire e realizzare, all'interno del procedimento amministrativo, le garanzie partecipative, anche attraverso l'emaneazione di *orders* o *decisions*, poi soggetti ad un'*administrative review* da parte della stessa *agency* cui gli Aljs sono assegnati⁶¹.

Nell'ipotesi di *informal procedures*, invece, occorre distinguere fra procedure di *rulemaking* e di *adjudication*. Nel primo caso è lo stesso *Administrative Procedure Act* a dettare alcune garanzie di partecipazione riassumibili nella formula del *notice and comment*, ovvero della previsione, contenuta nella Sezione 4 dell'Apa, di un obbligo di comunicazione in capo a ciascuna *agency* circa la volontà di adottare un regolamento su di una determinata questione, mediante la pubblicazione di una *draft rule* e l'invito generale ai soggetti interessati di proporre, per iscritto ed anche oralmente, osservazioni e commenti sul progetto presentato⁶².

La procedura di *rulemaking*, in entrambe le sue modalità, formale ed informale, è, dunque, espressione di un dialogo aperto fra poteri pubblici e società civile, dove il principio del *fair hearing* diviene canone fondamentale alla luce del quale ponderare e gestire i diversi interessi coinvolti nell'azione amministrativa⁶³. Com'è stato attentamente sottolineato «*given citizens a greater chance to participate in administrative rulemaking can improve the quality of rules made [...]. If the quality [...] of rules is enhanced, so will their authority and ultimately their acceptance by the public [...]. The acceptance of rules issued after genuine public participation will be increased not only as a result of the improved quality of rules, but also because the public itself had the opportunity to co-determine their contents [...]. Increased acceptance of rules can lead in turn to the reduction of friction between the administration and the public*»⁶⁴.

Per quanto concerne, invece, l'*adjudication* manca nella disciplina dell'Act una previsione circa lo svolgimento informale di tale procedura. Ciò appare curioso se si pensa che, nella realtà amministrativa statunitense, le *informal adjudications* costituiscono la maggioranza dei procedimenti di adozione di *orders* individuali poste in essere dalle *agencies*.

designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganization thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefore or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing». In proposito J. M. Scheib, *Administrative agreements: should they be in the shadows of the Administrative Procedures Act?*, in *Admin. Law Rev.*, 2003, 477.

60. L'*order* è definito dal § 551 Apa come «*the whole or part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in matter other than rulemaking but including licensing*». L'attività di *adjudication* consiste in particolare nella «*resolution of specific litigation controversies between adversary parties – such as an agency's denial of an individual's claims for benefits, the administrative imposition of penalties on a firm, or the revocation for a licence*». Al riguardo E. Gellhorn – R. M. Levin, *Administrative Law and Process in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 2003; S.G. Breyer – R. B. Stewart – C.R. Sunstein – M.L. Spitzer, *Administrative Law and Regulatory Policy*; New York, 2002, 653 ss.

61. Sul punto cfr. ancora B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, cit., 60 e ss.

62. Ai sensi della Lett. c), § 553, Section 4, Apa: «*After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose*».

63. Al riguardo, si veda, in particolare, S. Cassese, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1998, 1019; nonché G. F. Ferrari, *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 421; M. Comba, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. Soc.*, 1992, 269; G. Gardini, *Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Reg. gov. Loc.*, 1992, 757; G. Arena, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 279; R. Bettini, *Aspetti della partecipazione amministrativa negli Usa*, in *Studi parl. Pol. Cost.*, 1975, 117; R. Perez, *L'istruzione del procedimento amministrativo (studio sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 623.

64. T. TH. Ziamou, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the Usa and Europe*, cit., 247 ss. Più in generale, sulla rilevanza della procedura di *notice and comment* cfr. S. N. Subrin – A. R. Dykstra, *Notice and The Right to be Heard: the Significance of old friends*, 9 *Harv. Civil Rights – Civil Liberties Law Rev.*, 449 (1974).