



**Università  
degli Studi  
di Ferrara**



# **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO NEL CONTESTO EUROPEO E GLOBALE**

# 1. Diritto amministrativo come diritto statale



- La nascita e lo sviluppo del diritto amministrativo sono fortemente legati alla sovranità degli Stati.
- E' facile comprendere che, vista la perdita di centralità degli Stati negli ultimi trent'anni, il diritto amministrativo abbia subito profondi cambiamenti.
- Principali fattori di cambiamento che hanno influenzato il diritto amministrativo tradizionale, di matrice statale

## 2. Affermazione del diritto UE



- Tra i fattori di cambiamento troviamo l'affermazione e il progressivo consolidamento dell'Unione europea, che genera un *corpus* di norme uniformi destinato a prevalere sulla legislazione interna degli Stati membri.
- La legislazione dell'UE stabilisce norme dettagliate per gli Stati membri (gare d'appalto, concessioni, regolamentazione di settori essenziali quali elettricità, telecomunicazioni, gas, posta, trasporti, mercati finanziari)

## 2. Affermazione del diritto UE



- Diritto UE regola gli strumenti giuridici che sono diventati comuni nel diritto amministrativo degli Stati membri (si pensi alle autorizzazioni generali, con poteri di controllo ex post delle amministrazioni);
- definisce i principi che sono diventati parte integrante dei diritti nazionali: proporzionalità, efficacia della tutela, motivazione, trasparenza
- Inoltre, la legislazione dell'UE esprime un *favor* per la liberalizzazione dei settori economici

### 3. Il fenomeno della globalizzazione



- A partire dagli anni '90 si assiste ad una regolamentazione ultra-nazionale sempre più ampia
- Disciplina del commercio mondiale dopo l'istituzione dell'OMC nel 1994, regole sempre più diffuse su l'ambiente, la sicurezza alimentare, le comunicazioni elettroniche, i trasporti.
- Globalizzazione delle regole si riferisce in gran parte al diritto amministrativo, prima ancora che al diritto privato. Si dice comunemente che il diritto amministrativo globale sia la nuova *lex mercatoria*.

# 3. Il fenomeno della globalizzazione



- Il diritto globale è dettato da organizzazioni internazionali, che stabiliscono un ordine legale *oltre* lo Stato.
- Tuttavia, questo sistema globale manca di un *corpus* di regole generali: esistono (insieme ad alcune regole consuetudinarie) regole settoriali e regimi specifici per la pesca, l'uso dell'acqua, il trasporto di materiali pericolosi, la protezione dell'ambiente, la navigazione marittima, il trasporto aereo ecc.
- Soprattutto, il diritto globale è privo di legittimazione politica e democratica, nella misura in cui stabilisce regole che si applicano oltre gli stati nazionali.

# 3. Il fenomeno della globalizzazione



- E' possibile compensare il settorialismo collegando i diversi gruppi di norme e regole.
- Anche in questo modo rimane aperto il problema della legittimità di queste regole, che è indubbiamente indiretta e si realizza grazie agli Stati nazionali.
- Il deficit democratico può in parte essere colmato con il diritto di partecipare ai procedimenti amministrativi, con la partecipazione di comitati interessati alle decisioni, con i principi stabiliti dalle Costituzioni statali (*countervailing powers*), con la trasparenza e il controllo generalizzato.

### 3. Il fenomeno della globalizzazione



- Nell'ordine globale, anche i giudici e i tribunali globali svolgono un ruolo sempre più importante
- E' sufficiente riflettere sull'importanza delle decisioni dei *Panels* y del *Appellate body* dell'OMC nell'applicazione degli accordi internazionali sul commercio mondiale;
- Ovvero sull'importanza delle decisioni della Corte interamericana dei diritti umani per i diritti violati dagli stati latinoamericani.



### 3. Il fenomeno della globalizzazione



- I diritti di partecipazione, gli obblighi di trasparenza, la possibilità di ottenere un controllo giurisdizionale sulle decisioni delle istituzioni globali si sono sviluppati con straordinaria rapidità in questo scenario globale
- Tuttavia, sono ancora in una fase molto precoce, rudimentale rispetto alle disposizioni contenute negli ordinamenti nazionali

## 4. La traiettoria dei cambiamenti



- Più interessante del dibattito sull'esistenza o meno di un diritto amministrativo globale, fortemente, discusso, è analizzare la traiettoria dei cambiamenti nei sistemi amministrativi nazionali a seguito del recente sviluppo del sistema sovranazionale (UE, CEDU) e del diritto amministrativo globale.
- Emerge una chiara tendenza alla convergenza, all'unificazione dei modelli giuridici, sebbene le differenze tra i sistemi nazionali rimangano forti.

## 5. Le “famiglie” di sistemi amministrativi



- Nel diritto comparato, i sistemi amministrativi si distinguono per "famiglie", caratterizzate da radici diverse che affondano nell'humus sociale, politico ed economico, e in particolare nella storia dei diversi paesi.
- Da un lato, troviamo Francia e Italia, paesi che originariamente manifestano una visione autoritaria del diritto amministrativo
- Dall'altro Regno Unito e Stati Uniti, che hanno volontariamente escluso regole “esorbitanti” e hanno favorito l'applicazione del diritto cd. comune

## 6. La Francia



- La Francia è caratterizzata da un sistema centralizzato, voluto da Richelieu e Luigi XIII, che è imperniato sulla figura dell'intendente (successivamente del prefetto).
- Il sistema francese si fonda sull'idea di un diritto amministrativo autonomo, sviluppato grazie a una giurisdizione separata per le controversie amministrative attribuita al *Conseil d'Etat*

## 6. La Francia



- Il sistema francese è caratterizzato dal "privilegio del contenzioso": i tribunali non possono giudicare lo Stato né l'amministrazione, quindi l'amministrazione è sostanzialmente giudice di se stesso (Editto di Saint Germaine 1641).
- Maurice Hariou è il fautore di una "concezione contenziosa" del diritto amministrativo, vale a dire dell'orientamento che vede nel diritto amministrativo solo uno strumento per risolvere le controversie tra individui e pubblica amministrazione

## 6. La Francia



- Il *Droit administratif* (grazie alla fondamentale attività del *Conseil d'Etat*) esercita un controllo pervasivo sulla discrezionalità amministrativa, a favore dei diritti di libertà.
- L'inizio del XX secolo porta con sé l'affermazione del criterio del *service public* (Duguit, Hariou): tutte le attività volte a soddisfare gli interessi pubblici, caratterizzate dalla prestazione di servizi (caso Terrier), spettano al giudice amministrativo, ad eccezione della *gestion privée*.

## 6. La Francia



- La crisi del *service public* si manifesta già nella terza decade del XX secolo: si va gradualmente verso un criterio sostanziale, basato sulla natura delle regole e degli atti di gestione, con conseguente avvicinamento al diritto comune (contratti, concessioni)
- Si assiste al rafforzamento del diritto comune in molti settori del diritto amministrativo: appalti pubblici, responsabilità amministrativa, principi generali per il *recours pour excès de pouvoir*.

## 6. La Francia



- Dal dominio assoluto della *conception contentieuse*, negli anni '70, passiamo a un panorama più ricco, che vede nelle *procedures administratives non contentieuses*, cioè procedure preliminari alle decisioni, il modo più corretto per risolvere le controversie (influenza delle *fair procedures de common law* anglosassoni)
- Allo stesso tempo, si assiste alla creazione di autorità amministrative indipendenti, in particolare nei settori sensibili, che vengono riorganizzate dalla legge del 2017.



## 7. L'Italia



- Il sistema italiano subisce importanti condizionamenti da parte del diritto comune.
- Fin dall'inizio (fase pre-unitaria), il pubblico impiego è considerato come *locatio operis*, le concessioni sono considerate contratti di affitto, gli appalti pubblici sono regolati dal diritto comune.
- In questo quadro, ruolo rilevante dell'autorità giudiziaria ordinaria.

# L'Italia



- In Italia, inizialmente i giudici ordinari svolgono un ruolo rilevante nella garanzia dei "diritti civili e politici"
- G. O. si rivelano presto completamente inadatti a esercitare un controllo sugli atti dell'autorità amministrativa (limiti esterni).
- Successivamente, l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato determina la nascita di un giudice specializzato negli "affari non ricompresi" nei diritti civili e politici, vale a dire quando gli interessi dei privati entrano in contatto con il potere pubblico (cd. interessi legittimi).

## 7. L'Italia



- Con la riforma del Consiglio di Stato del 1889 fu introdotto il giudice amministrativo, che ha giurisdizione sull'interesse legittimo, una posizione soggettiva che si distingue dal diritto soggettivo in senso stretto.
- Prevalle la risoluzione delle controversie attraverso moduli giurisdizionali, ma anche le garanzie non giurisdizionali svolgono un ruolo importante nell'equilibrio del sistema.

## 7. L'Italia



- La giurisprudenza amministrativa sviluppa regole sul procedimento amministrativo.
- Tuttavia, anche dopo l'istituzione di un tribunale speciale per il contenzioso amministrativo, l'ordinamento italiano continua a mostrare la chiara supremazia dell'interesse pubblico sull'interesse privato (da cui la disuguaglianza di relazioni, privilegi)
- Tendenza a risolvere qualsiasi controversia attraverso la via processuale

## 8. In sintesi



- Carattere autoritario del diritto amministrativo in questi due paesi, i cui rispettivi ordinamenti prevedono regole “esorbitanti” a favore dell’amministrazione pubblica, e la prevalenza dell’interesse pubblico su quello privato
- Francia e Italia (così come altri paesi europei, Spagna e Germania) continuano a assegnare (fino ad oggi) preminenza al processo amministrativo sui rimedi non giurisdizionali.

## 9. Regno Unito



- L'esperienza britannica iniziale si basa su una concezione egualitaria tra potere pubblico e cittadini.
- Albert Venn Dicey oppone il principio della *rule of supremacy of law* al diritto dei privilegi dello Stato e dei suoi funzionari (modello francese)
- La sottoposizione generalizzata alla *ordinary law of the realm* esclude qualsiasi prerogativa del potere pubblico sui cittadini e implica l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie amministrative.

## 9. Regno Unito



- L'Inghilterra, fino ai primi del 1800, rifiuta persino l'esistenza di un'amministrazione in senso proprio, che iniziò a svilupparsi come un apparato, composto da funzionari professionisti, con la rapida crescita del settore produttivo, legato alla rivoluzione industriale.
- Tuttavia, nel corso degli anni, anche in UK si assiste al moltiplicarsi delle regole e dei poteri speciali riguardanti la pubblica amministrazione.

## 9. Regno Unito



- E' sorprendente l'attenzione degli inglesi sulle garanzie offerte ai soggetti privati al di fuori del sistema giurisdizionale
- La protezione dei cittadini è posta a carico delle procedure decisionali preventive, nonché di organismi semi-indipendenti, chiamati *administrative tribunals*, che agiscono nei principali settori del lo Stato sociale (*welfare*) e della *social regulation*
- Gli *administrative tribunals* realizzano una fusione tra potere regolamentare e giurisdizionale, mentre la protezione dei cittadini solo marginalmente è garantita dal sistema giudiziario.



## 9. Regno Unito



- Le forme non giurisdizionali di tutela comprendono le *fair procedures*, che richiedono il rispetto della regola *dell'audi et alteram*
- Le *inquires* o consultazioni pubbliche, che consentono alle parti interessate di essere consultate prima che vengano prese decisioni complesse
- La presentazione di istanze al *ombudsman* (difensore civico), soluzione spesso preferita soluzione al percorso giurisdizionale
- Il controllo esterno sul potere attraverso il principio di trasparenza (FOI Act del 2000).

## 10. Stati Uniti



- Il modello americano mostra maggiori affinità con i sistemi del vecchio continente.
- Tuttavia, l'influenza britannica si fa sentire soprattutto per l'importanza attribuita alle forme di tutela non giurisdizionali offerte agli amministrati.

## 10. Stati Uniti



- Nonostante l'impostazione egualitaria, Laski critica fortemente l'esperienza britannica e americana nella Harvard Law Review (1917): in questi sistemi la pubblica amministrazione è normalmente considerata *immune* da responsabilità.
- Gli inglesi e gli americani sono molto più soggetti alla tirannia delle amministrazioni rispetto ai francesi, tacciati di averla creata attraverso il *droit administratif*.

## 10. Stati Uniti



- Si creano agenzie amministrative (*agencies*), apparati tecnici semi-indipendenti rispetto al governo, per la protezione dei cittadini contro i poteri economici consolidati (*economic regulation*).
- A differenza degli *administrative tribunals* britannici, che intervengono nella regolamentazione sociale, le autorità indipendenti statunitensi privilegiano la regolamentazione economica
- Più regolazione rispetto all'attività contenziosa e fungono da barriera contro i poteri economici forti.

# 10. Stati Uniti



- Negli Stati Uniti, i tribunali adottano un atteggiamento di autolimitazione nei confronti del *administrative government*, che li porta a rispettare l'esito delle decisioni amministrative (cd. *deference*).
- Si preferisce evitare che una discrezionalità (quella dei tribunali) sostituisca un'altra (quella dell'amministrazione).
- Sono evidenti i forti ritardi e le spese causati da procedure amministrative eccessivamente formali, in contraddittorio, e dal conseguente *judicial review*, che generano il rischio di danneggiare interessi deboli.

## 10. Stati Uniti



- Dopo una fase di controllo sulla *proportionality*, che è molto simile all'eccesso di potere elaborato dal Conseil d'Etat, i giudici americani ritornano a orientarsi verso la *deference* nei confronti delle decisioni amministrative (sentenza Chevron, 1984)
- I giudici devono rispettare l'interpretazione delle regole attuate dagli enti pubblici.

# 11. In sintesi



- In generale, UK e USA hanno in principio escluso regole “esorbitanti”, favorendo la diffusa applicazione della *ordinary law of the land*
- Solo una disciplina comune dettata dal Parlamento e un giudice unico per tutti possono garantire parità di rapporti tra soggetti pubblici e privati.
- I sistemi di *common law* mostrano una concezione più ampia della giustizia, intesa come un insieme di rimedi, giurisdizionali e non, successivi e preventivi alla decisione amministrativa.
- Sono però evidenti gli elementi di convergenza con i sistemi continentali, per i fattori sopra osservati