

Mario P. Chiti

I "NUOVI POTERI" NEL *COMMON LAW*
LA PROSPETTIVA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sommario:

Introduzione

1.1. La polisensibile nozione giuridica di potere. 1.2. Le ragioni dell'interesse per gli ordinamenti di *common law*. 1.3. I "nuovi poteri" e il *common law*.

Parte II – L'esperienza statunitense

1.1. L'interesse precoce per il diritto amministrativo negli Stati Uniti. 1.2. I timori per il nuovo Leviatano amministrativo. 1.3. La forza della tradizione di *common law* nell'800. 1.4. Le resistenze della Corte Suprema a fronte delle innovazioni tra '800 e '900. 1.5. L'affermarsi delle nuove problematiche giuridiche. 1.6. Le Agenzie e gli apparati amministrativi. 1.7. Il contrastato sviluppo del diritto amministrativo al tempo del *New Deal*. 1.8. I "nuovi poteri" nella prospettiva del *due process*. 1.9. Segue: nella prospettiva dello *standing*. 1.10. La legge federale sul procedimento amministrativo. 1.11. Il contributo della scienza giuridica. 1.12. Segue: il dibattito sul procedimento amministrativo. 1.13. I recenti sviluppi. 1.14. L'unitarietà della giurisdizione e la differenziazione dei riti.

Parte II – L'esperienza britannica

2.1. I ritardi britannici nello sviluppo del diritto amministrativo. 2.2. Il fuorviamento di fine Ottocento. 2.3. Le prime riforme amministrative. 2.4. La progressiva formazione di una "giustizia amministrativa" britannica. 2.5. Segue: la procedura di *judicial review*. 2.6. I "nuovi

poteri" e la legittimazione ad agire. 2.7. L'ambito della *natural justice*. 2.8. La riforma degli *Administrative Tribunals*. 2.9. La disciplina dei diritti fondamentali come "diritto superiore". 2.10. Le odierne caratteristiche del diritto amministrativo britannico. 2.11. il "costituzionalismo di *common law*".

Talune conclusioni

1.1. Opportunità e limiti della comparazione in diritto amministrativo. 1.2. Insegnamenti per il nostro diritto amministrativo? 1.3. Per un diritto amministrativo "alto".

Introduzione

1.1. La nozione giuridica di potere è tanto polisensa da poter essere considerata sintesi verbale di molteplici accezioni positivamente individuabili.

Per di più, le accezioni sono alquanto lontane tra di loro nelle maggiori partizioni del diritto. In diritto costituzionale, come ben noto, "potere" ha un significato sia soggettivo (quale insieme di organi istituzionalmente collegati: il "potere legislativo", ecc.; di cui vi è riferimento nella stessa Costituzione, art. 134) che funzionale (il tipo di attività esercitata dal relativo plesso organizzativo: la "funzione legislativa", ecc.; oppure, di nuovo il "potere legislativo", ecc., con

terminologia poco fantasiosa e foriera di equivoci)¹. In diritto civile, “potere” è di regola riferito al novero delle situazioni giuridiche soggettive, ed in particolare al contenuto di ogni situazione soggettiva di vantaggio²; pur se è tuttora apertissima la discussione sulla configurazione del potere come specie del genere situazioni giuridiche, oppure come atipica situazione che è preliminare alle altre e sulle quali può incidere costitutivamente; “genus” esso stesso di altre situazioni giuridiche particolari, come i diritti soggettivi³. In diritto amministrativo la nozione di potere (ovviamente nella declinazione di “potere amministrativo”) è ancor più dibattuta, coprendo sia una particolare situazione giuridica a rilievo pubblicistico (la “potestà amministrativa”⁴ unilaterale ed autoritativa, a necessaria base legislativa e tipica, finalizzata alla tutela di interessi pubblici, ecc.) sia la tematica funzionale, ove la nozione di potere amministrativo sembra quasi diluirsi in quella di procedimento amministrativo.

La nozione di potere, per quanto polisensa – anche nelle altre scienze sociali, ed in particolare nella scienza della politica⁵ - è nel diritto amministrativo prevalentemente studiata in riferimento al versante della “potestà”, di cui si rinvencono conferme anche nel diritto europeo⁶, e che non appare connotazione datata od in via di superamento.

¹ Sulle accezioni di potere pubblicistico, A. Cerri, *Poteri e potestà*, in *Enc. giur.*, XXIII; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992. Come sempre illuminanti le pagine che vi dedica S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 172 segg.

² Per M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, 509, in questo senso “potere” significa “potere di volere alcunché producendo effetti giuridici”.

³ Per un’efficace sintesi, L. Bigliuzzi Geri, in L. Bigliuzzi Geri-U. Breccia-F.D. Busnelli-U. Natoli, *Diritto civile*, Torino, 1986, I, 1, 273. Anche gli amministrativisti hanno contribuito alla discussione di teoria generale; così, tra i tanti, oltre al già citato saggio di S. Romano, si veda: G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 45, per il quale “il potere giuridico non è già una posizione, ma una forza attiva di cui è investito un soggetto dall’ordinamento giuridico per produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica”.

⁴ Un’efficace sintesi in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 134, 141.

⁵ Per tutti: M. Stoppino, *Potere*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il dizionario di politica*, Torino, 2004, 740.

⁶ G. Greco, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza dei giudici comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 818 segg.; R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l’ordinamento comunitario*, *ivi*, 2009, n. 9 in corso di stampa .

Si potrebbe discutere – ma non è questa l'occasione – se davvero il perdurante approccio al potere amministrativo come potestà mantenga un'utilità euristica per l'attuale diritto amministrativo⁷. Comunque, in questo studio si estende l'esame all'accezione soggettiva di "potere", assai meno battuta e dunque meritevole di qualche approfondimento. In particolare, si esamina il rilievo giuridico di quella vasta categoria di aggregazioni soggettive e di interessi cui i sociologi ed i giuristi danno il nome di "nuovi poteri". Il fenomeno era stato già colto, con il solito acume anticipatore, da M.S. Giannini che aveva mutuato dalla sociologia il termine di "centri di riferimento" per descrivere "le organizzazioni che provvedono alla cura di interessi, pubblici o non pubblici, generali o settoriali, di ordinamenti particolari o di gruppi non ordinamentali, tipici o atipici, e così via"⁸. Ovviamente, interessano qua solo i centri di riferimento che attengono ad interessi pubblici.

I "nuovi poteri" – così intesi quali "nuove soggettività giuridiche" – sono apparsi, prevalentemente negli ultimi tre decenni, come espressione di interessi collettivi e diffusi (particolarmente, in materia ambientale, culturale, sanitaria, di diritti civili) di cui sono anche portatori. Ma vi si possono ascrivere pure le nuove forme di soggettività che sono il portato delle politiche di privatizzazione e del "*retreat of the State*". Si tratta di figure giuridiche che possono avere veste giuridica privatistica, ma che svolgono funzioni e ruoli oggettivamente pubblicistici: "*holders of power*", come le hanno chiamate i giuristi inglesi.

1.2. Per il tipo di problematica prescelta, è di particolare rilievo lo studio dei sistemi giuridici ancora⁹ definiti unitariamente come sistemi di

⁷ Giustamente problematico su questa ed altre vulgate del diritto amministrativo S. Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 879, 884.

⁸ Cfr. *Diritto amministrativo*, cit. I, 115, 116.

⁹ Appare ormai inappropriato parlare unitariamente di *common law*, dato che i vari ordinamenti originariamente omogenei hanno assunto indirizzi alquanto diversificati; e il ruolo della tradizionale

*common law*¹⁰. Infatti, è proprio in tali sistemi – pur partiti da una concezione individualistica e da un diritto sostanzialmente comune a tutti i soggetti giuridici, pubblici o privati che fossero – che i “nuovi poteri” si sono manifestati con particolare incidenza fattuale e con correlativa rilevanza giuridica. E’ sui “nuovi poteri” che nei sistemi di *common law* si sono meglio definite questioni cruciali quali il grado di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto ordinario; i caratteri della procedura amministrativa; i rimedi esperibili ed i giudici a ciò competenti. Ma anche questioni apparentemente particolari, come la legittimazione al ricorso, che hanno assunto una nuova colorazione in riferimento alle nuove forme della soggettività.

Come si può comprendere da questi cenni anticipatori, l’approccio soggettivo assunto considera da un diverso punto di vista le stesse questioni che usualmente si esaminano dalla prospettiva del potere/potestà: ambito delle garanzie, legittimazione alla tutela, poteri del giudice, e così via. Non ultima, certo, la questione del modello di giurisdizione e di diritto processuale. Ma, prendendo come punto di riferimento i “nuovi poteri” nel contesto del *common law* si può arricchire l’indagine e trattare ulteriori problemi: quella famiglia giuridica¹¹ rimane diversa dalla famiglia di “*civil law*”? Qual è lo spazio per il diritto amministrativo o, quanto meno, per un diritto specializzato della pubblica amministrazione? Vi sono oggi istituti giuridici o, addirittura, intere parti di disciplina più avanzate rispetto alle nostre; ed eventualmente quali sono trapiantabili? Che cosa significa la perdurante carenza (pur con tutte

common law è ovunque marginale a fronte dello *statutory law*. Per la “nazionalizzazione” del *common law* un ottimo studio di storia del diritto che mostra il percorso autonomo del diritto americano è, ad es., A. Nelson, *Americanization of the Common Law, 1760-1830*, Harvard, 1975. Cfr. altresì M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard, 1977.

¹⁰ Per un’efficace visione d’insieme, introduttiva, cfr. F. de Franchis, *Common Law*, nel suo *Dizionario giuridico*, 1, *Inglese-Italiano*, Milano, 1984, 493 segg.

¹¹ La nozione di “famiglia giuridica” è invalsa da tempo negli studi del diritto comparato (es. il classico R. David-C. Jauffret-Spinozi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004, 27; A. Gambaro-R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, 19; A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, Milano, 1993, 41), ma va considerata oggi con molta cautela per quanto già espresso alla nota precedente. Il suo valore è oggi essenzialmente descrittivo.

le precisazioni che saranno indicate) di una giurisdizione amministrativa nei due sistemi di *common law* qua esaminati?

1.3. Più in dettaglio, esamineremo i “nuovi poteri” nei sistemi giuridici di *common law* per due motivi principali. Il *common law* è la famiglia giuridica che nei tempi moderni è stata più di ogni altra basata su una concezione individualistica e proprietaria del diritto; ma, ciò malgrado, ha visto, prima e più nettamente che in altri sistemi giuridici, l’emergere di nuove soggettività, cui l’ordinamento ha progressivamente dato riconoscimento; come ad esempio, nella prospettiva che qua interessa, i “*public interests groups*”, variante del genere “centri di riferimento” indicato da Giannini. In secondo luogo, i “nuovi poteri” hanno influenzato lo sviluppo del diritto amministrativo nel *common law*, sia per la disciplina sostanziale, ad esempio la disciplina della procedimento amministrativo; sia nella parte processuale, a partire dai presupposti processuali, ad esempio la legittimazione ad agire (*standing to sue*); sino al rimodellamento dello stesso sistema giudiziario (in particolare, nel Regno Unito, con gli *Administrative Tribunals*).

La famiglia giuridica di *common law* è, come noto, assai ampia; comprendendo, oltre al sistema britannico, i molti sistemi che da questo sono stati influenzati¹². Sono qua esaminati i sistemi giuridici britannico e statunitense, con scelta ovvia dato che il sistema britannico è all’origine stessa del *common law* e il sistema statunitense è quello che, a partire dalla fine dell’800, ha più influenzato gli ordinamenti della “famiglia”; anche nella parte del diritto amministrativo. Ma va doverosamente avvertito che altri sistemi di *common law* offrono indicazioni di particolare rilievo per i temi qua esaminati – come le lontane Australia e Nuova

¹² U. Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, spec. 19 segg.

Zelanda; ed alcuni Stati canadesi (es. Ontario) – che talora hanno anticipato sviluppi nei due ordinamenti maggiori qua considerati¹³.

Per quanto nel periodo recente si siano finalmente sviluppati importanti studi di diritto amministrativo comparato, potrebbe apparire eccentrico esaminare sistemi di diritto amministrativo che ancora sono da molti considerati lontani e diversi; nonché di scarsa utilità, visto che si reputa che il diritto amministrativo vi abbia vita grama¹⁴. In realtà, questi ordinamenti ben conoscono oggi il diritto amministrativo; sono ricchi di esperienze di comune interesse ed indicano percorsi di studio di nostra immediata utilità.

Di queste utilità si era reso ben conto, già nel 1895, Federico Cammeo che dedicò uno studio seminale al diritto amministrativo americano¹⁵. Cammeo era poi rimasto attento alle vicende statunitensi e britanniche, su cui, in uno scritto del 1918, aveva così concluso: “se si intende per diritto amministrativo quel complesso di norme che regola i rapporti tra lo Stato, quale autorità, e i cittadini, in quanto lo Stato agisce per la conservazione dell’ordine e la promozione del benessere sociale, si vede che in Inghilterra ed in America amplissime sono le funzioni statali (o locali per delegazione dello Stato) inerenti alla conservazione dell’ordine, essendo ivi rigorosamente disciplinata ogni forma di polizia, ed ampie ed ogni giorno crescenti quelle di promozione di benessere sociale nel campo della vita fisica, economica ed intellettuale. (...). Talché la questione sull’esistenza o meno del diritto amministrativo nei paesi anglosassoni non è una questione di fatto, perché in fatto il gruppo di norme che noi distinguiamo con tale nome esiste; è una questione di

¹³ A. deSmith-H. Woolf-J.Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, London, 1995, spec. 821 segg.

¹⁴ Specularmente, negli Stati Uniti, tempo addietro il diritto amministrativo appariva un *illegitimate exotic*. Così ne riporta F. Frankfurter, *The Task of Administrative Law*, in *Univ. of Pennsylvania Law Review*, 1927, 616.

¹⁵ *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d’America*, in *Giur. it.*, 1895, IV, 81.

classificazione dottrinale”¹⁶. Con ciò anticipando di decenni conclusioni scientifiche oggi divenute comuni.

PARTE I

L'esperienza statunitense

1.1. L'esame dei due ordinamenti inizia da quello statunitense e non da quello britannico, come ci si potrebbe attendere visto che nel secondo è l'indiscussa origine del *common law* e lì sono stati storicamente elaborati i suoi caratteri generali.

La ragione dell'ordine espositivo prescelto è dovuta alla prospettiva di diritto amministrativo della relazione. Nel sistema statunitense, sin dai dibattiti di fine '700 per la Costituzione e la sua ratifica, emerge chiaramente il problema della pubblica amministrazione e dell'asimmetria del suo diritto con il tradizionale quadro del *common law*; nei due versanti che oggi possiamo chiamare di diritto costituzionale e di diritto amministrativo. Al contrario, in Inghilterra, per l'intero '800 rimane indiscusso il monopolio del *common law*; poi, a fine di quel secolo, l'anatema di Dicey contro il diritto amministrativo ne ritardò lo sviluppo sino alla metà del Novecento. Come si vedrà nella seconda parte, la scienza giuridica britannica ha avviato uno studio approfondito del diritto amministrativo solo nell'ultimo cinquantennio, peraltro pervenendo in poco tempo a risultati preclari.

¹⁶ *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella Società delle Nazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, 285. Lo scritto riproduce, con vari ampliamenti, la relazione tenuta da Cammeo al Congresso annuale del 1918 dell'Associazione degli avvocati americani (*American Bar Association*), a Cincinnati, Ohio.

Negli Stati Uniti la formazione del diritto amministrativo venne favorita dalla Costituzione - che ne assicura, ancorché indirettamente, una precisa base giuridica¹⁷ - e dalla concezione della distribuzione dei poteri ivi prevista. Il riconoscimento del potere esecutivo, impersonato al vertice dal Presidente, implica uno "spazio amministrativo" regolato dalle norme approvate dal Congresso e controllato dalle corti. Allo stesso tempo, la Costituzione prevede i principi generali sulla pubblica amministrazione, ad iniziare dal principio di legalità; e delinea una serie di valori ed obiettivi che sono guida per l'azione dell'amministrazione¹⁸.

La Costituzione degli Stati Uniti è dunque, almeno in parte, antesignana del modello di diritto amministrativo a base costituzionale, che è divenuto comune a molti ordinamenti dallo scorso XX° secolo. Ciò ha contribuito decisamente ad evitare l'opposizione "*temperamental*"¹⁹ allo sviluppo del diritto amministrativo che si è avuta in altri ordinamenti di *common law*.

Nel Regno Unito, per converso, ciò che viene usualmente definita "costituzione britannica" è, come noto, un insieme di principi, in parte non scritti, norme e consuetudini dotate di qualche flessibilità²⁰ ove effettivamente è assente la pubblica amministrazione. Per di più, la costituzione britannica è stata tradizionalmente basata sul principio della

¹⁷ J.C. Adams, *Il diritto costituzionale americano*, Firenze, 1954, nuova ed. 1965, 51 e 69; dello stesso A. assai utile tuttora è *Il diritto amministrativo americano*, Bologna, 1957. Gli articoli della Costituzione statunitense cui la giurisprudenza e la dottrina hanno fatto più diretto riferimento per le tematiche amministrative sono l'art. 3, per la legittimazione ad agire (*standing*), e il V emendamento per il *due process of law*. Per una sintetica quanto efficace rivisitazione di questi temi, S.G. Breyer, *Administrative Law, Democracy and the American Constitution*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 1.

¹⁸ Diversa è l'opinione di L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2001, 444 segg., 502 segg., secondo cui nella Costituzione americana non esiste un potere amministrativo riconosciuto; tanto che l'originalità dell'esperienza statunitense è stata la creazione di "un'amministrazione extracostituzionale". Ma le particolarità di quella esperienza (delegazione regolativa, attività amministrativa para-giurisdizionale, ecc.), lungi dal dimostrare la carenza di una base costituzionale, palesano un modello diverso rispetto a quello europeo continentale, ove il potere amministrativo è formalmente riconosciuto. Inoltre, la tesi per cui non esiste alcun *inherent power* in capo all'amministrazione tralascia il cruciale riferimento ai poteri del Presidente ed a quelli correlati.

¹⁹ L'osservazione è di R. Pound, *Administrative Law*, Pittsburgh, 1941, 19, che sottolineò in particolare il ruolo esercitato dal principio costituzionale della distribuzione dei poteri.

²⁰ C. Turpin-A. Tomkins, *British Government and the Constitution*, Cambridge, 2007, 10.

“supremazia” o “sovranità” del Parlamento; secondo un modello di democrazia definito unitario²¹ perché tutto il potere era incanalato attraverso il Parlamento²², che così diveniva onnipotente. In simile contesto, non risultavano spazi significativi per l'amministrazione e per il suo diritto; applicandosi invece il diritto comune del Paese (*the ordinary law of the land*), come gestito dalle corti ordinarie.

1.2. Il riconoscimento precoce del diritto amministrativo negli Stati Uniti fu anche dovuto – non sembri un paradosso – al tentativo di evitarne le principali novità. La distinzione generale che venne tracciata sin dal primo Ottocento tra diritto privato e diritto pubblico (*the private law-public law divide*) non comporta infatti la legittimazione di uno spazio pubblicistico, funzionale alla creazione del nuovo Stato (*the making of the Nation*) in via amministrativa; ma la riaffermazione della centralità del diritto comune.

Gli stessi Padri fondatori della Costituzione furono tra coloro che avvertirono i pericoli che il sistema democratico da loro propugnato potesse tradursi in un governo della maggioranza; o, peggio, in un governo delle fazioni, che usa l'amministrazione come proprio braccio imperativo e senza limiti. Emblematici risultano molti scritti del *Federalist*, il celebre saggio scritto da Hamilton, Madison e Jay a difesa della ratifica della Costituzione approvata dalla Convenzione di Filadelfia. In specie il capitolo n. 10 (autore Madison), ove ben si coglie il timore che un uso distorto della democrazia porti a forme di dispotismo amministrativo²³.

²¹ P. Craig, *Administrative Law*, London, 2008, 4.

²² Il vate di questo modello fu, a fine '800, Albert V. Dicey. Sul principio della sovranità del Parlamento cfr. in particolare il suo *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1895, 73 e segg. (nell'edizione del 1959). Di questo studio vi è anche un'edizione italiana, Il Mulino, Bologna, 2003. Sul pensiero di Dicey e la sua grande influenza sul diritto inglese si tornerà nella seconda parte di questo scritto.

²³ Il *Federalist* (Madison, nel saggio n. 10) parla di “diffusa e crescente diffidenza per gli impegni di carattere pubblico e di allarme circa la difesa dei diritti dei singoli che si va sentendo echeggiare da un

In ogni caso, la scienza giuridica e la giurisprudenza americana trattarono apertamente di questioni amministrative molti decenni prima dei giuristi inglesi²⁴; aprendo la via, anche se con effetti da molti non voluti, ai rilevanti sviluppi del tardo Ottocento (creazione delle *Administrative Agencies*; normativa antitrust; regolazione amministrazione; ecc.).

La scienza giuridica statunitense – composta all'epoca in modo peculiare in confronto ai maggiori sistemi europei continentali, per la prevalenza dei giudici-teorici rispetto alle posizioni degli accademici – è stata così, per almeno centocinquanta anni, l'unico vero riferimento per le problematiche di diritto amministrativo nel quadro della famiglia del *common law*. Ha offerto un eccezionale contributo nei momenti decisivi della storia americana: con la regolamentazione antitrust nello sviluppo del moderno capitalismo, specie negli ultimi due decenni dell'800, con la regolamentazione antitrust; dopo la Grande Depressione con il *New Deal* roosveltiano; con le innovative riforme del Congresso sulla procedura amministrativa nel 1946 e sui diritti civili, a partire dagli anni sessanta.

Non stupisce dunque che già all'inizio del '900 i più avvertiti giuristi europei studiassero il diritto amministrativo americano, specialmente nelle parti relative alle Agenzie amministrative - considerate riduttivamente una variante del fenomeno europeo degli enti pubblici - ed

estremo all'altro del continente. *Tutto ciò è dovuto principalmente, se non completamente, alla faziosità che ha determinato nelle nostre pubbliche amministrazioni una mancanza di coerenza e di giustizia*" (enfasi aggiunta). La citazione è tratta da *Il Federalista*, con introduzione di G. Ambrosini e saggi di G. Negri e M. D'Addio, Pisa, 1955, 57. R.B. Stewart, *The Madison's Nightmare*, in *University of Chicago Law Review*, 1990, 335. I primordi del diritto amministrativo sono ripercorsi da J.L. Mashaw, *Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801*, in *Yale Law Journal*, 2006, 1258.

²⁴ S. Cassese, *Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 617, 619; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Stati Uniti, Gran Bretagna, Italia*, Bologna, 1992, 96; M.P. Chiti, *Diritto amministrativo comparato*, in *Digesto, disc. pubbl.*, V, Torino; 1990. I primi studi americani di rilievo, fortemente impregnati di metodo comparativo, sono stati quelli di F.J. Goodnow, *Comparative Administrative Law*, New York-London, 1893; Id., *The Principles of Administrative Law of the US*, New York, 1905; E. Freund, *The Law of the Administration in America*, in *Political Science Quarterly*, 1894, 405. Per queste prime Scuole: W.C. Chase, *The American Law School and the Rise of Administrative Government*, Madison, 1982.

al *judicial review* - principalmente per verificare la profondità del controllo giurisdizionale sull'amministrazione da parte di corti ordinarie, ancora sostanzialmente vincolate a norme processuali ordinarie. Assai minore era l'interesse per l'Inghilterra, che del resto all'epoca non meritava e non voleva attenzione per le problematiche dell'amministrazione. Posizione durevole, visto che eminenti giudici inglesi ancora pochi decenni or sono affermavano che "siamo orgogliosi di non avere un diritto amministrativo; non ne abbiamo bisogno"²⁵.

Un caso di precoce attenzione al diritto amministrativo americano fu, tra gli studiosi italiani, Federico Cammeo che – come già detto – nel 1895 aveva dedicato un antesignano saggio al *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*²⁶. Dopo aver rilevato che la stessa espressione "diritto amministrativo" era all'epoca pressoché ignota e che "le leggi amministrative andavano confuse con la grande massa delle leggi costituzionali o penali, o colla legislazione speciale, privata, che negli Stati Uniti assorbe tanta parte dell'attività delle assemblee elettive", Cammeo coglieva lo stato nascente di questa branca del diritto; anche nelle peculiarità rispetto al diritto inglese, perché plasmato "dai particolari bisogni della società americana, dalla sua tendenza spiccatamente democratica, dalla teoria classica sulla divisione dei poteri e sulla sovranità popolare".

La scienza giuridica europea fu dunque sensibile al fenomeno del diritto amministrativo negli Stati Uniti, ma comunque era arrivata seconda agli scienziati politici, curiosi dei tratti originali delle istituzioni del Nuovo Mondo. Basti pensare all'opera di Alexis de Tocqueville su "La democrazia in America" per comprendere quanto, in un'epoca davvero giovanile per il sistema statunitense (l'opera venne pubblicata tra il 1835

²⁵ Lord Denning, citato da J. Jowell, *Administrative Law*, in J. Jowell-J.P. McAuslan, *Lord Denning. The Judge and the Lawyer*, London, 1984, 209.

²⁶ Come indicato alla nota 11, il saggio fu pubblicato in *Giur. it.*, 1895, IV, 81. Su questo ed altri scritti comparatistici dell'A., rinvio al mio *Federico Cammeo comparatista*, in *Quaderni fiorentini*, 1993, *Per la storia del pensiero giuridico moderno. Per Federico Cammeo*, Milano, 1993, 531.

e il 1840), questo geniale pensatore avesse colto il nocciolo delle problematiche tuttora attuali: il bilanciamento tra istituzioni locali, statali e federali; i diritti personali e civili; i rischi dell'onnipotenza della maggioranza²⁷.

Il caso statunitense è particolarmente meritevole di attenzione, oltre che per le questioni qua specificamente esaminate, per la creazione di un diritto amministrativo federale in un contesto ordinamentale inizialmente localistico, in cui per molto tempo i diritti degli Stati, con le loro legislazioni assai diverse, sono stati gelosamente protetti dalla Corte Suprema. Si tratta di una questione ancora poco studiata²⁸, che esula dal tema qua esaminato, ma che merita segnalare per opportuni prossimi approfondimenti; con rilevanti implicazioni anche per la nostra evoluzione (o involuzione) istituzionale²⁹.

1.3. Per molta parte dell'800 il diritto americano è stato il diritto degli individui, delle persone fisiche. Questa caratteristica non derivava solo dalla tradizione del *common law*, ma da una precisa riconferma, anche nei tempi nuovi, dei singoli, della loro sfera giuridica, delle loro autonomie come un ambito naturale, separato ed intangibile dal potere pubblico. Erano corollari di questa visione generale il riconoscimento della famiglia e delle comunità quali "isole" di autonomia; premessa di un sistema policentrico ed autonomista. Ne era corollario anche l'idea del mercato quale sistema aperto e concorrenziale, tendenzialmente autoregolantesi in modo imparziale. Complessivamente, una "*Stateless society*".

²⁷ Cfr. spec. la Parte II, nell'ottima edizione pubblicata nella Biblioteca di Scienza Politica, diretta da A. Bruni, Torino, 1884.

²⁸ Le aporie si evidenziano bene in testi come A.E. Boenfield-M. Asimov, *State and Federal Administrative Law*, St. Paul, 1989.

²⁹ A fronte del diffondersi dei modelli regionali ed autonomistici, S. Cassese ha rilevato che le "culture amministrative" tendono prevalentemente ad interessarsi delle parti alte del diritto amministrativo, del diritto federale o statale; anziché di quello basso e diversificato, "lasciato a pratici, studiosi locali, specialisti di settore" (così, in *Le droit tout puissant*, cit., 887).

In tale contesto, il diritto pubblico era considerato il diritto della regolazione e della coercizione; un diritto intrusivo, talora inevitabile, ma da limitare strettamente nelle dimensioni e nel grado di incidenza degli interventi. Così, la precoce distinzione tra *corporations* pubbliche e private³⁰ non era stata elaborata per dare rilievo giuridico alle trasformazioni della personalità giuridica, quanto per preservare una sfera di immunità per le *corporations* private. Nel caso *Dartmouth College* la Corte Suprema interpretò la *charter* istitutiva del Collegio (concessa prima dell'Indipendenza dal Re d'Inghilterra) come l'esito di un contratto tra i fondatori (*trustees*); un contratto privatistico ed inviolabile, su cui pertanto non poteva avere incidenza una legge dello Stato (nel caso, il New Hampshire). Il valore giuridico della *charter* non era dunque costitutivo, ma ricognitivo della volontà dei fondatori, ed attribuiva loro "*vested rights*".

Da qui, le diffuse affermazioni che il miglior modo di governare era quello di governare il meno possibile. Unica funzione essenziale del diritto era considerata la garanzia dell'eguaglianza delle opportunità; peraltro celandone le poderose implicazioni positive per la pubblica amministrazione e fermo poi che non doveva essere ammessa nessuna seria politica di redistribuzione della ricchezza. Infatti, in una visione coerentemente liberista ognuno, dopo che sono state assicurate eguali opportunità e condizioni, ha diritto a veder riconosciute le sue abilità, presupposto della ricchezza³¹.

Nelle questioni di diritto pubblico, e specificamente di diritto amministrativo, il sistema americano dell'epoca prevedeva un approccio del tutto coerente. La premessa era ovviamente la piena garanzia dei diritti delle persone, assicurata dalle corti. Il contenzioso dei singoli con la pubblica amministrazione era visto come rapporto tipicamente ed

³⁰ E' noto, in particolare, il caso *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 US 518, deciso nel 1819 dalla Corte Suprema.

³¹ Tale visione si riflette integralmente nella giurisprudenza della Corte Suprema. Si veda ad esempio l'opinione del giudice Pitney nella sentenza *Coppage v. Kansas*, 1915, 236 US 1, 17.

esclusivamente bilaterale: singolo *versus* funzionario pubblico considerato responsabile dell'illegittima violazione della sua sfera giuridica. Le azioni a disposizione dei singoli erano, inizialmente, solo quelle tradizionali di *common law*; e dunque principalmente i *writs*. I funzionari personalmente contestati tentavano usualmente di rifugiarsi dietro all'usbergo di qualche regolamentazione pubblicistica, ma le corti erano attente a riportare i casi nel quadro del diritto ordinario.

1.4. I giudici e gli studiosi americani dettero una connotazione scientifica di questa visione tradizionale, sostenendo che il diritto doveva essere neutrale ed addirittura senza gli elementi di *equity* che l'ordinamento inglese conosceva già dal tardo medio evo. Ma, come è stato ben rilevato da Horwitz³², l'ideale della neutralità rappresentava una sorta di diniego della realtà: mentre l'intensità del conflitto sociale produceva sempre più inquietudine, il desiderio di credere in un'oasi idealizzata di neutralità cresceva corrispondentemente.

Due tematiche sono emblematiche di questo approccio: il dibattito sull'introduzione di una normativa federale per l'imposizione sui redditi; le limitazioni poste alla regolazione pubblicistica sulle condizioni di lavoro a fronte della libertà contrattuale.

La redistribuzione del reddito, cui la tassazione federale principalmente ambiva, era ovviamente osteggiata dai fautori delle libertà individuali che trovavano ampio riscontro nelle flebili discipline fiscali previste nel diritto degli Stati. La Corte Suprema sanzionò l'illegittimità della prima normativa federale in questo campo con la sentenza *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*³³ del 1895. La legge federale in questione (del 1894, con cui veniva prevista un'imposta federale sui redditi del 2%) fu ritenuta incostituzionale per violazione del principio

³² M. J. Horwitz, *Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought*, in *Wm. & Mary Law Review*, 1987, 57.

³³ *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 1895, 157 US 429.

della tassabilità solo per *capita* e non per censo³⁴, desumibile dall'art. 1, c. 9, della Costituzione. La discussione sulle competenze statali o federali di imposizione fiscale³⁵ fu l'occasione per ribadire la centralità degli individui e dei loro diritti (*rights*), frequentemente definiti come "*vested rights*" sia per sottolinearne il rilievo di diritto positivo (prima e di più che di diritto naturale) e la loro intangibilità. L'intervento della Corte Suprema era intrinsecamente politico, giungendo nel momento in cui anche negli Stati Uniti era forte il contrasto sociale e la richiesta di una nuova protezione sociale; quando ancora dominava la tesi che l'esercizio del potere di tassazione fosse un indebito attacco alla proprietà privata³⁶, se non limitato a condizioni di ragionevolezza e proporzionalità³⁷; che si potevano assicurare solo nella legislazione degli Stati, normalmente sensibile ai valori del diritto di proprietà.

Per quanto attiene alla problematica sulla libertà contrattuale e le opportunità per una regolazione pubblica, emblematica è la sentenza *Lochner v. New York*³⁸ della Corte Suprema, del 1905. Era in discussione una legge dello Stato di New York sull'orario settimanale massimo di lavoro dei fornai³⁹, simile ad altre leggi dello stesso periodo con cui il Congresso aveva inteso tutelare le condizioni di lavoro dei dipendenti, usando il potere di "polizia" (*police*) inteso secondo la tradizione di *common law* come potere di promuovere "la salute, la sicurezza ed il

³⁴ "*Unconstitutional and void because non apportioned according to representation*", nelle parole del Chief Justice Fuller.

³⁵ Superata solo nel 1913 con l'approvazione del XVI Emendamento, che espressamente riconosceva il potere del Congresso di imporre imposte federali sul reddito, anche di carattere proporzionale.

³⁶ Nella sentenza *Pollock*, l'opinione dissenziente del Giudice Brown pose in luce che "*the decision involves nothing less than a surrender of the taxing power to the moneyed class; (...); even the spectre of socialism is conjured up to frighten the Congress from laying down taxes upon the people in proportion to their ability to pay them*".

³⁷ In piena sintonia con la coeva sentenza *Pollock* della Corte Suprema, così si espresse il giudice J.F. Dillon, *Property: its Rights and Duties in our Legal and Social System*, in *American Law Review*, 1895, 161.

³⁸ *Lochner v. New York*, 1905, 195 US 45.

³⁹ Per comprendere i termini sostanziali della pretesa violazione della libertà contrattuale, è utile ricordare che l'orario massimo di lavoro veniva stabilito da detta legge in sessanta ore settimanali e dieci ore giornaliere.

morale della popolazione". La Corte considerò che le condizioni di lavoro legislative previste rappresentavano un'illegitima limitazione della libertà contrattuale delle due parti, costituzionalmente protetta dal XIV Emendamento. Il Congresso non poteva intervenire in materia adducendo finalità di polizia, sicurezza o benessere, perché altrimenti – secondo la sentenza – qualsiasi attività privata avrebbe potuto incorrere in restrizioni legislative, vanificando la inalienabile sfera di libertà dei singoli e il principio di eguaglianza⁴⁰.

La sentenza *Lochner*, con le sue drastiche conclusioni⁴¹, ebbe comunque l'effetto di destare la reazione di eminenti giuristi, come Roscoe Pound⁴², che sottolinearono la fallacia della concezione dominante dell'eguaglianza; l'enfasi eccessiva data alla proprietà, al contratto, ai diritti privati in genere rispetto all'interesse pubblico; l'inconsistenza di una concezione puramente neutrale del diritto e dello Stato.

1.5. Al giro di secolo, tra l'800 e il '900, si era nel bel mezzo della grande evoluzione economica e sociale degli Stati Uniti, che imponeva risposte giuridiche originali e diversificate alle problematiche delle concentrazioni industriali; delle "nuove" proprietà non terriere (ovvero, le proprietà finanziarie, commerciali, intellettuali); dei grandi sistemi di trasporto; delle condizioni di lavoro⁴³.

⁴⁰ Il difensore del ricorrente affermò "*each new attempt by the States to infere with the contract and property rights, and freedom to exercise a trade or calling by the citizen, should be most closely and jealously scrutinized by this court*". Su questa giurisprudenza della Corte Suprema, M. Horwitz, *La trasformazioni del diritto americano 1870-1960*, Bologna, 2004, 43 segg. (trad. it. della prima edizione, New York-Oxford, 1992, dell'omonimo volume).

⁴¹ Approvate comunque a stretta maggioranza, come molte altre di analogo tenore.

⁴² Cfr. il suo saggio *Liberty of Contract*, in *Yale Law Journal*, 1909, 454. Su tale base si sviluppò un vasto movimento scientifico, con immediati riflessi giudiziari, la cui tesi di fondo era che il potere di contrattare era espressione di un'implicita delega del potere pubblico agli individui per considerazioni di carattere sociale. Cfr. in particolare M. Cohen, *The Basis of Contract*, in *Harvard Law Review*, 1933, 553.

⁴³ S. Skowronek, *Building a New American State. The Expression of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge, Mass., 1882; O. Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Commom Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal*, Tubingen, 1997.

In tale contesto evolutivo, oltre agli innovativi interventi del Congresso di cui si dirà, la giurisprudenza rispecchiava lo scontro delle due mentalità. In particolare, la Corte Suprema continuava a pubblicare sentenze "tradizionaliste", ma ad esse se ne affiancavano altre in cui la Corte poneva questioni nuove; come quella della *corporate personality*, di particolare interesse ai nostri fini.

Il riferimento è principalmente alla sentenza *Santa Clara*⁴⁴ del 1886, ove era trattata la questione dell'applicabilità alle società commerciali della protezione assicurata alle persone dal XIV emendamento (approvato nel 1868 per evitare conseguenze discriminatorie dopo la Guerra civile): la c.d. *equal protection clause* che vieta agli Stati di negare a qualsiasi "persona", nell'ambito della propria giurisdizione, l'eguale protezione delle leggi (*equal protection of the laws*). A fronte di tale clausola, era legittimo un trattamento fiscale differenziato per persone fisiche e persone giuridiche? La risposta della Corte fu alquanto semplicistica, ma dirimente: non ci sono motivi per distinguere tra le posizioni di qualsiasi persona, naturale o giuridica che sia.

Il tema delle *corporations* è di specifico interesse dei cultori del diritto commerciale, ed a loro si rimanda; anche per le implicazioni scaturenti dalla sentenza sulla prevalenza delle società/persone giuridiche rispetto ai propri soci, e sul rilievo della nuova soggettività nei confronti dei terzi. Ma la sentenza è rimarchevole anche nel profilo generale della configurazione della personalità giuridica non più, come nella tradizionale di *common law*, quale aggregazione artificiale di individui, bensì come entità organica dotata di una propria, intrinseca soggettività. Si tratta della "personificazione della *corporation* per via giudiziaria"⁴⁵, con un'evidente eco dei corrispondenti dibattiti scientifici in Europa.

⁴⁴ *Santa Clara v. Southern Pacific Railroad*, 1886, 118 US 194.

⁴⁵ M. Horwitz, *op. cit.*, 111.

La sentenza *Santa Clara*, peraltro, non chiuse la questione la questione della personalità giuridica, segnata ancora per almeno due decenni dalla sopravvivenza della tesi delle *corporations* come espressione dei soci, degli azionisti; quindi come un fenomeno di *partnership* tra individui. Ma la tradizione era irrimediabilmente infranta, come confermato dal coevo *Sherman Act* (1890) sulle concentrazioni industriali, in cui il Congresso evidenziò il ruolo determinante delle grandi società, che costituivano una vera e propria nuova soggettività, assai lontana dai soci e dai diritti quali singoli.

Il tema delle persone giuridiche consentì altri sviluppi rilevanti anche per il diritto amministrativo. Così la questione dell'*agency law*, sorta in relazione al rapporto tra le società ed i loro amministratori e funzionari, rispetto al quale il tradizionale rapporto *master-servant* risultava del tutto inadeguato. Se il caso era propriamente di diritto commerciale, ovvia era l'implicazione per il diritto amministrativo: diveniva ancora più irrealistica l'impostazione del contenzioso nei confronti dell'amministrazione quale contenzioso tra due individui, il privato e il funzionario agente. Quest'ultimo altro non era che l'organo della persona giuridica (pubblica) in cui operava, per usare un linguaggio a noi familiare.

In breve, ai più attenti studiosi del tempo apparve chiaro che al giro di secolo l'approccio legalistico e formalistico prevalso per tutto l'800 era divenuto inadeguato nel nuovo contesto dell'America; se mai era stato valido in precedenza. Come riconobbe Roscoe Pound⁴⁶ nel già citato saggio su *Liberty of Contract* del 1908, era stata esasperata l'importanza del diritto di proprietà e della libertà di contratto, che ampliarono la portata dei diritti privati a scapito dei diritti pubblici. Di lì a poco, Pound rincarò la

⁴⁶ Il saggio *Liberty of Contract*, fu pubblicato in *Yale Law Journal*, 1908, 454.

dose, a favore di un approccio realistico: "è ora di passare dal diritto libresco al diritto reale" (dal *law in books* al *law in action*⁴⁷).

1.6. Nel medesimo periodo mutava anche la concezione del diritto di proprietà, architrave del sistema di *common law*. Da proprietà essenzialmente terriera ed immobiliare, si ampliò a ricomprendere la proprietà commerciale, finanziaria ed intellettuale; connotandosi in modo sempre più immateriale, specie a seguito della profonda modernizzazione dell'economia americana successiva alla guerra civile.

E' intuibile che per la trasformazione della nozione di proprietà il diritto pubblico sia stato un rilevante fattore, ed a sua volta abbia risentito di tale sviluppo. Non si pensa solo alla migliore definizione del potere espropriativo (il "diritto eminente"), ma soprattutto alla regolamentazione tariffaria e delle condizioni di esercizio di certe attività; che rappresentavano la prima vera intrusione nella sfera dei diritti di proprietà e di iniziativa economica.

In effetti, furono le esigenze per una disciplina tariffaria comune ai vari Stati della Federazione all'origine nel 1887 della prima⁴⁸ Agenzia amministrativa federale, la *Interstate Commerce Commission* (competente per la regolazione tariffaria nei trasporti ferroviari) e dell'*Interstate Commerce Act* del 1887.

Alla prima Agenzia federale ne seguirono presto altre (es. la *Food and Drug Administration* nel 1907 e la *Federal Trade Commission* del 1914), dando vita ad un esteso corpo di apparati amministrativi; successivamente estesosi ulteriormente specie nel periodo del *New Deal*

⁴⁷ E' il titolo di un altro notissimo saggio di R. Pound, pubblicato in *American Law Review*, 1910, 12. Riecheggiato, di lì a poco, da F. Frankfurter, *The task etc., cit.*, 616.

⁴⁸ In verità alcune Agenzie erano state istituite in precedenza, già a fine '700, ma con finalità ed organizzazione non paragonabili alle "nuove" Agenzie. Su questi problemi, nella dottrina italiana: B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, Padova, 2005, spec. 23 segg. Nella dottrina statunitense, R.L. Rabin, *Federal Regulation in Historical Perspective*, in *Stanford Law Review*, XXXVIII, 1986, 1189; M.H. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commissions*, Princeton, 1955. Il tema è ovviamente trattato in tutti i testi di riferimento, come B. Schwarz, *Administrative Law*, Boston-Toronto, 1984, cap. 1.

(es. la *National Recovery Administration* nel 1933) e dell'interventismo sociale della Presidenza Johnson (con la politica della *Great Society*).

Il fenomeno dell'istituzione negli Stati Uniti delle Agenzie può, a prima lettura, essere paragonato a quello – italiano ed europeo – della creazione degli enti pubblici dall'inizio del '900. Esprime infatti l'esigenza di rispondere a nuove e specifiche esigenze pubbliche con apparati specializzati, configurati in modo appropriato sui caratteri degli interessi considerati; dotati di potere decisionale esterno. Si tratta però di una lettura banalizzante, dato che le Agenzie americane rappresentano un fenomeno autoctono, dovuto alle particolarità della Costituzione americana ed alla limitatezza iniziale della funzione esecutiva. Inoltre, la categoria delle Agenzie comprende tipi assai diversi, quali le agenzie "generiche", cui si riferisce l'art. 551 dell'*Administrative Procedure Act*⁴⁹ e che comprendono anche i Dipartimenti centrali; le agenzie "esecutive" e, soprattutto, le *Independent Regulatory Commissions* (o *Agencies*). Sono queste ultime di maggiore interesse, quali organismi peculiari dell'esperienza statunitense ove, per poteri e per posizione, costituiscono una sorta di "*fourth branch*" di governo⁵⁰. Le Agenzie sono state, specie agli inizi, particolarmente rilevanti nel quadro dell'amministrazione pubblica federale per la relativa limitatezza dei Dipartimenti e degli altri uffici centrali; soprattutto – dato caratteristico degli Stati Uniti, quale ordinamento federale – per sovrapporsi di regola a tutte le altre amministrazioni locali. Ulteriore carattere peculiare delle Agenzie statunitensi, che anticipa di decenni analoghi sviluppi in altri Paesi (non solo in Italia), è l'ampliamento dei loro poteri oltre all'amministrazione del proprio settore di competenza, includendo sia poteri regolativi che aggiudicativi⁵¹.

⁴⁹ Ovvero "*each Authority of the Government of the US whether or not it is within or subject to review by another Agency*".

⁵⁰ Sulle origini dell'espressione ed il dibattito sulla costituzionalità del modello, cfr. B. Marchetti, *op. cit.*, spec. 32 segg.

⁵¹ Cfr. B. Marchetti, *op. cit.*, spec. 51 segg.

Le Agenzie amministrative interessano anche ai presenti fini perché dimostrano, sotto una prospettiva originale, il definitivo abbandono della relazione cittadino-pubblica amministrazione quale relazione bipolare tra individuo ed individuo; e, conseguentemente, l'abbandono del diritto dell'illecito civile (*tort law*) quale primario strumento di controllo del potere amministrativo.

1.7. Il diritto amministrativo negli Stati Uniti, pur emerso assai precocemente, non ha avuto progressione né rapida né lineare.

Ancora nel bel mezzo della Grande Depressione degli anni trenta, quando i più consapevoli studiosi provavano a dare dignità teorica agli interventi pubblici nell'economia, la Corte Suprema esprimeva una posizione di netto dissenso per l'amministrazione regolatrice, censurando la principale legge voluta dalla Presidenza Roosevelt (il *National Industrial Recovery Act*, nel caso *Schechter* del 1935⁵²) in quanto "al Congresso non è permesso dalla Costituzione di abdicare o di trasferire ad altri le funzioni legislative essenziali che gli sono state attribuite". La Corte Suprema, peraltro, non risultò monolitica su queste posizioni, dopo la vigorosa reazione del Presidente Roosevelt⁵³; inoltre, anche nella stessa sentenza *Schechter* alcuni giudici avevano approfondito nelle loro opinioni i criteri generali del *judicial review* sull'attività amministrativa, con un implicito riconoscimento delle particolarità del diritto amministrativo.

Nella scienza giuridica si manifestava un'analogia coesistenza di posizioni innovative e di altre nel solco della tradizione. Emblematico il

⁵² *Schechter Poultry v. United States*, 245US 495. E' il noto caso del "pollo malato", ove una società di New York che preparava pollame nel modo kosher contestava l'amplissima discrezionale che il *Recovery Act* aveva attribuito al Presidente anche per verificare i commerci interstatali, tramite una "code-making authority". La Corte Suprema ritenne che la delega di poteri legislativi, non prevedendo limiti e particolari condizioni, era incostituzionale. Tra i vari commenti, cfr. per gli USA: P. Irons, *A People's History of the Supreme Court*, New York, 2006, 301; per l'Italia, G. Caravale, *Il Governo legislatore. Esecutivo ed attività normativa in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, Milano, 2004, 191.

⁵³ Oltre al caso *Schechter* rilevante anche il coevo giudizio *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 US 394.

dibattito nello stesso anno (1938) tra il più avvertito studioso dei fenomeni giuridici del *New Deal* e dell'amministrazione del suo tempo, James M. Landis, e Roscoe Pound, uno dei maestri del diritto americano del Novecento.

Landis, nelle lezioni del 1938 all'Università di Yale sull'*Administrative Process*⁵⁴, sottolineava come nel contesto americano degli anni trenta il *common law* avesse ormai perduta ogni utile funzione nei rispetti delle questioni amministrative. Anche per la tutela dei singoli, perché non garantiti dalle azioni di *common law* e da una giurisprudenza lenta nei tempi ed arcaica nei principi affermati. Il nuovo per Landis era dato dall'amministrazione pubblica e dal suo diritto, nel quale era ormai improprio parlare di "agente" per il Congresso o per il Presidente, o di "delegato" per le funzioni regolative. Laddove Landis, riprendendo ben noti schemi Weberiani ed europei, vedeva una speciale legittimazione dell'amministrazione basata sulla competenza e la qualificazione professionale dei funzionari (lo *scientific management*). Per alcuni aspetti, la sua tesi si rifaceva all'esigenza dei Padri della Costituzione per un diritto neutrale e tecnico; ma, nel complesso, si trattava di approccio del tutto nuovo. Le funzioni amministrative da minimali, da Stato "guardiano di notte", divenivano pervasive e cruciali per assicurare la prosperità dei singoli e della collettività; la burocrazia aveva una sua autonoma legittimazione basata sulla qualità e l'esperienza; in ultima istanza, per molte questioni alle corti si poteva sostituire l'amministrazione.

A sua volta, Pound era partito – ben prima di Landis (come dimostra il saggio sulla giustizia amministrativa del 1924⁵⁵) – da posizioni simili sul ruolo determinate dell'amministrazione per lo sviluppo dello stato industriale e sull'utilità di un diritto particolare per le pubbliche amministrazioni. Ma nel seguito, specie per la straordinaria dilatazione dell'amministrazione durante il *New Deal*, ritenne che fosse prossimo un

⁵⁴ *The Administrative Process*, New Haven, 1938.

⁵⁵ *The Growth of Administrative Justice*, in *Wisconsin Law Review*, 1924, 321.

vero e proprio "assolutismo amministrativo"; distruttivo del *Rule of Law*, al quale poteva fare da argine solo una riespansione del ruolo delle corti, custodi del *common law* e dei principi liberali ivi incarnati⁵⁶.

Non è noto se Pound si sia direttamente ispirato alle considerazioni di Tocqueville sul nuovo dispotismo politico ed amministrativo che si poteva generare nella democrazia statunitense. Certo è che le sue posizioni coincidono con quelle espresse circa un secolo prima dal pensatore francese sul potere amministrativo; sul il dispotismo di nuovo genere, fraudolentemente rappresentativo, temibilmente tutorio dell'individuo con cui "si tendeva a perpetuare l'infanzia dell'uomo"⁵⁷.

Il dibattito risulta a distanza di molto tempo ancora emblematico della perdurante duplicità dell'approccio giuridico anglo-americano sullo "Stato-amministrativo", dato che la conclusione di Pound – più che per la (impossibile) negazione del diritto amministrativo – era a favore di un innesto sostanzioso dei principi del *common law* nel diritto amministrativo. Così, veniva proposta (con successo, come si dirà) l'adozione di procedure semi-giudiziali (*quasi-judicial*, perché ispirate a molti requisiti delle procedure giurisdizionali), nelle procedure decisionali amministrative e un rafforzamento del controllo giurisdizionale sull'amministrazione, con nuovi poteri attribuiti alle corti ordinarie. In breve, Pound provò a connotare il diritto amministrativo come branca del *common law*, segnato da alcuni tratti particolari.

Per quanto presentate con grande brillantezza, queste tesi risultano nel diritto dell'epoca come le cariche di cavalleria nelle guerre del '900: nobili, ma fuori del tempo.

L'attaccamento alle tradizioni di *common law*, ma rivisitate, ha comportato due conseguenze di rilievo. Anzitutto, lo sviluppo dell'attività

⁵⁶ R. Pound, *Report of the Special Committee on Administrative Law*, in *American Bar Association Reports*, 1938, 63. Le sue posizioni furono poi mirabilmente sistemate nelle lezioni pubblicate a Pittsburgh nel 1941: *Administrative Law. Its Growth, Procedure and Significance*.

⁵⁷ Così, efficacemente, S. Tosi chiosa il pensiero di Tocqueville (in *Prefazione* a A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, trad. it. e cura dello stesso S. Tosi, Bologna, 1957, 15).

amministrativa non come "provvedere" ad un caso concreto, ma come "decisione aggiudicativa" (*adjudication*), ovvero dichiarativa degli interessi presenti nella fattispecie e del loro articolarsi; per di più assunta con caratteri quasi di terzietà. Visione che si manifesta anche nel lessico giuridico, dato che, pur essendo presente l'espressione "*administrative procedure*" (come nel nome stesso della legge federale del 1946), è molto più usata l'espressione "*administrative process*", che evoca una procedura simile a quella contenziosa. La seconda conseguenza è la concentrazione dell'attenzione giudiziale e scientifica non sull'atto amministrativo – come tale quasi ignorato dai giuristi americani – ma sulla funzione.

1.8. Le complessità del sistema statunitense non impedirono ai "nuovi poteri" di emergere anche nella giurisprudenza delle corti superiori. I due temi che servono a verificare questi sviluppi sono il "giusto processo" (traduzione opinabile dell'espressione *due process of law*, di significato più ampio e senza un vero corrispondente nel nostro diritto; che merita perciò lasciare in originale) e la legittimazione ad agire (il "*locus standi to sue*" o, semplicemente, lo "*standing*").

La discussione sul *due process* rileva ai presenti fini per la definizione dell'ambito soggettivo di questa clausola costituzionale, prevista nel V emendamento ("nessuno potrà essere privato della vita, della libertà o dei beni, senza *due process of law*")⁵⁸.

Come sempre, la lettura tradizionale si incentrava nelle garanzie dei singoli e dei loro diritti (*rights*). Si riconosceva dunque che il richiamato principio costituzionale potesse essere affermato su una base individuale ("*on individual grounds*") dalla persona lesa (anzi,

⁵⁸ Il V Emendamento fu approvato nel 1797. Nel 1868, all'indomani della Guerra civile, per facilitare il processo di unificazione del Paese, fu approvato il XIV Emendamento che estese il medesimo principio del *due process* al diritto degli Stati ed esplicitò il correlato principio della "*equal protection of the laws*".

"*exceptionally affected*")⁵⁹. Il diritto al giusto processo era così pienamente soddisfacente degli interessi procedurali dei singoli nei casi di esercizio del potere pubblico a detrimento dei singoli; ma non poteva neanche configurarsi nei casi che, secondo il *common law*, non costituivano diritti (*rights*), bensì interessi (*interests*). La situazione giuridica soggettiva denominata così nel sistema degli Stati Uniti (ma anche negli altri Paesi di *common law*) comprende sostanzialmente anche i nostri interessi legittimi; così che, non valendo la tutela del *due process*, rimanevano privi di tutela gran parte dei rapporti con la pubblica amministrazione. Non per caso, nel linguaggio giuridico del tempo si parlava spesso degli *interests* anche come *privileges*; per sottolineare la centralità della cura dell'interesse pubblico a fronte delle posizioni dei privati.

Progressivamente, per il dilatarsi dell'amministrazione sociale e di prestazione a partire dal *New Deal*, per il parallelo svolgersi della discussione sui più ampi confini dello *standing* (trattato al punto che segue) e per effetto delle novità della legge sul procedimento amministrativo del 1946, si posero le basi per un ampliamento dell'ambito soggettivo della clausola del *due process* anche per coprire gli interessi metaindividuali e gli *interests*, come sopra definiti.

Il punto più chiaro di emersione di questa tendenza è rappresentato da alcuni casi guida della Corte Suprema nei primi anni settanta: *Goldberg/Kelly* del 1970⁶⁰; *Board of Regents of State Colleges/Roth* del 1972⁶¹; *Perry/Sindermann* dello stesso anno⁶². Pur nella diversità delle questioni esaminate, la Corte Suprema affermò un principio generale, divenuto poi costante nella successiva giurisprudenza:

⁵⁹ Si fa risalire la terminologia al Giudice Holmes, che la usò nel noto caso *Bi-Metallic Investment Co.* del 1915 (239 US 441). Sino a tempi recenti, la qualificazione individuale dei diritti è servita per limitare l'ambito applicativo della clausola del *due process*.

⁶⁰ 397 US 254.

⁶¹ 408 US 564.

⁶² 408 US 593.

la clausola del *due process* opera anche nei casi in cui non vi siano diritti individuali di tipo tradizionale (i "*vested rights*"), ma "interessi". Tuttavia, l'*interest* deve essere considerato in modo specifico, particolare dalle norme; differenziando così il portatore (qualificato) di tale interesse da un generico interessato.

Ne discendono tre conseguenze principali: in riferimento ai singoli, l'ambito soggettivo della clausola si estende a ricomprendere, oltre ai titolari di diritti (*rights*), anche tutti i soggetti portatori di interessi riconosciuti (*interests*). I portatori di interessi non sono solo i singoli; ma pure i gruppi, le associazioni, le società ed altre figure metaindividuali. Anche le controversie che riguardano i "nuovi diritti" rientrano nell'ambito di applicazione della clausola del *due process*.

Dalla tematica della legittimazione a ricorrere queste conclusioni trovano ulteriore motivazione e, ovviamente, su di essa a loro influiscono. E' dunque appropriato esaminare specificamente la questione dello *standing*, cruciale per il tema oggetto della relazione.

1.9. Sulla legittimazione ad agire, la posizione iniziale dei giuristi americani è stata quella tipica del *common law*: sono i singoli che hanno "*cause of action*", ogni volta che un diritto protetto dal *common law* si reputa violato illegittimamente dalla pubblica amministrazione.

Lo *standing* è dunque configurabile secondo le regole generali del *common law*, in una prospettiva puramente funzionale alla protezione dei singoli nell'ambito di una controversia "binaria" con la pubblica amministrazione. Oltre che dovuta alla tradizione di *common law*, questa posizione – saldamente confermata per decenni sino a tempi recenti – esprime un'interpretazione del diritto amministrativo quale branca del diritto finalizzata al controllo del potere.

In tale contesto, l'individuazione dello *standing* non poteva che essere un'interpretazione giurisprudenziale; così determinando una tensione tra il potere del Congresso di delimitare l'accesso al giudizio

(questione non coperta da riserva costituzionale) ed il potere dei giudici di stabilire i confini dei "rights". Perciò, non mancarono interpretazioni secondo le quali lo *standing* doveva essere mantenuto assai delimitato dalle norme, al fine di ampliare eccessivamente il ruolo delle corti nei confronti dell'amministrazione, in violazione del principio generale della separazione dei poteri. Se infatti è rimasto presente nella cultura politica e giuridica americana "l'incubo di Madison"⁶³ sul rischio del dominio incontrastato della maggioranza, altrettanto rilevante risulta la contrapposta visione per cui non devono essere le corti a dettare le regole dell'agire politico, invadendone lo spazio⁶⁴; nel caso, con un uso volutamente liberale delle regole sulla legittimazione ad agire.

Eco di tale seconda posizione si poteva riscontrare anche nella sentenza della Corte Suprema *Alabama Power Co. v. Ickes*⁶⁵ del 1938; che pure si ricorda principalmente quale una delle ultime riaffermazione dei principi tradizionali di *common law*. Ma è tornata in uno dei casi guida della giurisprudenza della Corte: è il caso *Lujan v. Defenders of Wildlife*⁶⁶ del 1992. La sentenza rappresenta una sorta di ritorno alla giurisprudenza sulla separazione dei poteri, in quanto la Corte Suprema ha rivendicato il potere del giudiziario a verificare le condizioni dello *standing*, anche in presenza di previsioni normative particolarmente ampie (come nel caso la legge del 1973 sulle specie animali da proteggere).

Come per quasi tutte le tematiche del diritto amministrativo, anche per lo *standing* una decisa evoluzione avvenne per le novità del *New Deal*. Apparve evidente, una volta per tutte, che le questioni amministrative quasi mai si esaurivano in una relazione binaria tra il diretto interessato e la pubblica amministrazione, assumendo invece carattere plurimo. Inoltre, moltissime leggi – definibili speciali solo per

⁶³ R. B. Stewart, *The Madison's Nightmare*, cit., 335.

⁶⁴ Il dibattito è riassunto da B. Marchetti, *op. cit.*, 167 segg.

⁶⁵ 302 US 464.

⁶⁶ 504 US 555.

contrassegnare la nuova politica del diritto rispetto alla rarefatta quantità di norme legislative del periodo classico del *common law* – riconobbero esplicitamente la legittimazione ad agire per singoli e gruppi, così da avviare la riforma generale della materia dovuta alla più volte citata legge federale sul procedimento amministrativo.

Anche la Corte Suprema, col tipico ondeggiare degli organi giurisdizionali, aveva contribuito a tale conclusione legislativa, anticipando alcuni dei maggiori principi dell'*Administrative Procedure Act* con la sentenza *Sanders (FCC v. Sanders Bros. Radio Station)*⁶⁷ del 1940. Il punto principale della sentenza, ai nostri fini, è quello che prevede lo *standing* per tutti coloro che sono negativamente lesi in fatto da decisioni amministrative, anche se loro situazioni giuridiche soggettive non sono espressamente considerate dalla legge applicabile; e comunque fuori dalla logica tradizionale dei diritti personali e quella del "*personal legal wrong*".

1.10. Il secondo fattore di evoluzione fu la legge sul procedimento amministrativo del 1946. L'*Administrative Procedure Act* (APA) rappresenta l'esito di due decenni di vibranti dibattiti sul diritto amministrativo⁶⁸, con un'equilibrata soluzione mediana che riusciva a combinare la tematica procedimentale, propriamente intesa, con gli altri filoni della peculiare esperienza amministrativa americana; ovvero la regolazione (*rulemaking*), l'amministrazione contenziosa (*adjudication*) ed il controllo giurisdizionale (*judicial review*). Appare dunque ingiusta la critica⁶⁹ che la legge rappresenta uno delle maggiori espressioni del riemergere nel dopoguerra di una mentalità legalistica, che in questo

⁶⁷ 309 US 470.

⁶⁸ W. Gellhorn, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1941; Id., *The APA: the Beginnings*, in *Virginia Law Review*, 1986, 219.

⁶⁹ M. Horwitz, *op. cit.*, 435. Tale interpretazione ha sostenitori anche in Italia, come B. Sordi-L. Mannori, *op. cit.*, 507, secondo cui l'APA manifesta la mancata differenziazione del procedimento amministrativo dal modello del processo giudiziario

caso cavalcava l'onda della rinnovata opposizione politica al *Welfare State* regolatore proposto dal *New Deal*.

Per la questione dello *standing*, l'APA (art. 702) lo riconosce a "*any person suffering legal wrong because of any agency action, or adversely affected or aggrieved by such action within the meaning of any relevant statute*". La disposizione registra la posizione mediana già raggiunta dalla giurisprudenza.

La Corte Suprema inizialmente confermò i suoi precedenti, basati sul c.d. "*legal right test*". La svolta giurisprudenziale avvenne con la sentenza *Association of Data Processing Service Organizations v. Camp*⁷⁰ del 1970, quando vennero affermati due principi sostanzialmente nuovi, da allora sviluppati e riaffermati: l'effettività della violazione (l'"*injury in fact*") e l'ambito degli interessi (la "*zone of interests*") che il legislatore ha inteso proteggere.

Nel primo senso, si ha riguardo più ai caratteri della violazione che alla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte⁷¹. Nel secondo senso, poi, la nozione di "*zone of interests*" ha consentito di considerare giuridicamente rilevanti tutti i "*public interests*" – e quindi ovviamente anche i loro portatori – e non solo, anche da questo diverso punto di vista, i "*rights*"⁷². Oltre alla novità in sé, questa nozione è stata particolarmente rilevante nell'interpretazione liberale della Corte Suprema; che, per verificare la condizione dello *standing*, ha inteso accertare nel soggetto attore solo "la sua non totale estraneità agli ambiti (*zones*) degli interessi considerati dalla legge".

Merita peraltro notare nella giurisprudenza della Corte Suprema una certa contraddizione tra i principi generali affermati e le conclusioni raggiunte nei casi trattati. Infatti, in vari casi, dopo le "liberali"

⁷⁰ 397 US 150.

⁷¹ Il caso più innovativo fu *Sierra Club v. Morton* del 1972 (405 US 727), ove però la Corte Suprema non volle abbandonare completamente il requisito di "interesse materiale" al ricorso.

⁷² Oltre al già citato caso *Data Processing*, si veda il caso *Clarke v. Securities Industry Association*, del 1987 (479 US 388).

affermazioni generali sull'*injury in fact* – in materia ambientale, soprattutto – è stata in concreto negata la legittimazione ad agire ad associazioni e gruppi ricorrenti in quanto avrebbero “un mero interesse al problema” (qualcosa di simile ai nostri interessi diffusi), o “motivazioni puramente estetiche”, tali da non soddisfare il requisito dello *standing*, pur ampiamente inteso⁷³.

1.11. La dottrina ha contribuito decisamente ai recenti sviluppi, ampliando la nozione dei “diritti” e l’ambito della loro tutela. Basti ricordare il saggio di Charles Reich sulla “*New Property*”⁷⁴, che, tra le sue molte implicazioni, offrì fondamento teorico alla giustiziabilità dei nuovi interessi – non necessariamente economici - nei confronti della pubblica amministrazione.

Sono stati poi riconosciuti e valorizzati i “nuovi poteri”, manifestatisi specialmente nel quadro della c.d. “rivoluzione dei diritti” avvenuta negli Stati Uniti dall’inizio degli anni sessanta dello scorso secolo; ma di cui si erano avute anticipazioni rilevanti già dal tempo del *New Deal* e per effetto delle nuove opportunità offerte ai gruppi e portatori di interessi collettivi dalla legge sul procedimento amministrativo del 1946.

Il fenomeno dei “nuovi poteri” fu colto inizialmente dai sociologici, ma poi utilizzato dai giuristi americani quale test fondamentale per verificare i caratteri del diritto amministrativo e la sua evoluzione. In tale prospettiva, l’attenzione sui “nuovi poteri” ha contribuito alla più liberale applicazione della legge sul procedimento amministrativo, quale espressione di un approccio originale alla funzione amministrativa

⁷³ Viene alla mente il caso simile della Corte di giustizia europea sul tema dei diritti fondamentali: sempre ben predicati in termini generali, ma assai raramente riconosciuti alle persone coinvolte nei casi esaminati. Sul punto, cfr. il mio *Dalla “Comunità di diritto” all’Unione dei diritti*, in S. Micossi-G.L. Tosato (a cura di), *L’Unione europea nel XXI secolo. “Nel dubbio per l’Europa”*, Bologna, 2009, 259 segg.

⁷⁴ In *Yale Law Journal*, no. 73, 1964, 733.

(*administrative process*) che consente un'ampia partecipazione a tutti gli interessati, singoli o gruppi, ed obbliga l'amministrazione ad assumere decisioni dopo aver considerato l'intera gamma degli interessi presentati.

L'APA offre inoltre i presupposti di diritto positivo per il modello decisionale che in dottrina è stato definito della "*interests representation*"⁷⁵. In base ad esso, "tutti i gruppi interessati hanno il diritto di partecipare alle procedure di decisione degli uffici pubblici che li riguardano e dispongono di rimedi giurisdizionali per assicurarsi che gli uffici abbiano considerato adeguatamente i loro interessi"⁷⁶

Dopo più di sessanta anni dall'approvazione dell'APA non è ancora placata la discussione, cui già si è fatto cenno, sul suo carattere di fondo: l'APA ha rappresentato l'espressione massima della mentalità legalistica, controllando ed imbrigliando l'amministrazione; oppure è stata funzionale al dispiegarsi della funzione amministrativa, pur con le procedure complesse, lente e costose ivi previste? A fronte del contrasto tra le due tesi maggiori, nel diritto amministrativo statunitense è rimasta minoritaria la tesi⁷⁷ - a mio avviso più convincente (anche alla luce del dibattito europeo sulle leggi sul procedimento, approvate in vari Paesi) - secondo cui l'APA ha dato vita ad un procedimento giuridico originale per l'amministrazione, ormai distaccato dall'originario ed ingombrante modello giudiziario. L'aggettivazione "*judicial*" e "*quasi-judicial*", che da allora ha avuto molta fortuna anche negli altri Paesi di *common law* e, talora anche in Italia, tradotta come "giustiziale", altro non dimostrerebbe se non la difficoltà ad inventare nuove espressioni linguistiche per definire

⁷⁵ L'espressione è invalsa a seguito degli studi di R.B. Stewart (in particolare *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1975, 1699; *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 1) anche se pare sia stata coniata in precedenza da E. Freund in un lavoro del 1928 (così S. Cassese, *Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo*, cit., 617).

⁷⁶ La sintesi è di S. Cassese, *Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo*, cit., 629.

⁷⁷ N. Verkuil, *The Emerging Concept of Administrative Procedure*, in *Columbia Law Journal*, 1978, 258.

procedure segnate dal carattere garantistico, ma prettamente amministrative.

1.12. Le vicende salienti della società americana nel '900 (la Grande Depressione, l'impegno nella seconda Guerra mondiale e nelle successive guerre "minori", il maccartismo, la sfida antisegregazionista, la sicurezza interna ed internazionale, ecc.) hanno contribuito al rafforzamento dell'amministrazione e del suo particolare diritto. Il ruolo delle Agenzie indipendenti è cresciuto al punto da renderle sospette anche per i più ardenti fautori dello "Stato amministrativo". Accanto al profilo funzionale della loro attività per la realizzazione delle politiche pubbliche (basti pensare al superamento delle molte segregazioni nel settore dell'istruzione), si è colto il fenomeno della loro progressiva "cattura" delle Agenzie da parte degli interessi che avrebbero dovuto regolare in modo autonomo.

La scienza giuridica ha puntualmente registrato questi sviluppi, che non implicavano solo l'evoluzione di un particolare settore del diritto, ma una revisione della comprensione del diritto in generale. Perciò ci si adoperò per "allontanare il pensiero giuridico accademico dalla quasi esclusiva attenzione che, nel periodo precedente al *New Deal*, esso aveva dedicato al *common law*, e di sottolineare invece le importanti funzioni che il diritto legislativo (*statutory law*) ed il diritto amministrativo erano giunti a svolgere nell'ambito dello Stato regolatore"⁷⁸.

Non stupisce che anche uno dei giuristi più sensibili ai nuovi sviluppi del diritto, Luis Jaffe, sostenesse nel 1949 che l'azione delle *administrative agencies* doveva essere retta dal *rule of law*; anziché dal principio di qualificazione professionale, e che il razionalismo non

⁷⁸ M. Horwitz, *op. cit.*, 482.

connesso alle consuetudini metteva a rischio i fragili legami della società⁷⁹.

Sul piano normativo, si rispose con una serie di leggi che hanno reso progressivamente generale – ed effettiva, in virtù della giurisprudenza conforme che si è formata al riguardo – l'applicazione da parte delle Agenzie del modello di rappresentazione degli interessi. La discrezionalità amministrativa deve dunque essere esercitata dalle agenzie in modo pienamente informato, dopo aver considerato tutti gli interessi rilevanti nella fattispecie; ai cui portatori deve essere assicurata la più ampia facoltà di manifestazione di tali interessi.

E' diffusa la considerazione sull'importanza del contributo dei giuristi americani per un modello aperto di procedimento amministrativo, specialmente nella lettura di Stewart sulla rappresentanza degli interessi. Tuttavia, nei loro presupposti teorici questi contributi non paiono così diversi dall'interpretazione della discrezionalità amministrativa proposta da M.S. Giannini, e dalle connesse implicazioni procedurali; poi in buona parte tradotte nella normativa e rese concrete dalla giurisprudenza. Salva l'accentuazione del carattere politico del processo decisionale, che diviene "un surrogato del processo politico attraverso procedure legali"⁸⁰.

Sicuro merito degli studiosi americani è stato l'aver individuato con molto anticipo rispetto alle analoghe esperienze europee i limiti ed i difetti di questo modello: lunghezza e costosità delle procedure; incidenza eccessiva degli interessi sulle decisioni finali; distorsioni indotte dai "nuovi poteri" nell'equilibrata rappresentazione degli interessi; l'autolegittimazione di molti rappresentanti di interessi; la loro limitata responsabilità (intesa nel senso ampio di *accountability*).

⁷⁹ L. Jaffe, *The Judicial Universe of Mr. Justice Frankfurter*, in *Harvard Law Review*, 1949, 357, 376. Si veda anche dello stesso: *Judicial Control of Administrative Action*, Boston, 1965.

⁸⁰ R.B. Stewart, *Il diritto amministrativo del XXI secolo*, cit., 10.

In sostanza, i “nuovi poteri” esprimono, per un verso, la ricchezza della società americana che sin dai primi anni sessanta manifesta speciale attenzione a tematiche come l’ambiente, i consumatori, i diritti civili, i diritti delle donne, ecc. Per l’altro, determinano l’irreversibile superamento della visione individualistica del diritto amministrativo, con l’emergere dei “*public law rights*” che, usando la terminologia a noi familiare, potremmo tradurre come nozione comprensiva degli interessi collettivi e degli interessi diffusi. Ma l’inevitabile sviluppo dell’amministrazione che così ne consegue non viene accettato incondizionatamente, sollecita una serie di vincoli all’esercizio della potestà discrezionale.

1.13. L’equilibrio tra efficacia amministrativa e garanzie dei diritti e degli interessi è stato alterato brutalmente negli USA dalle esigenze della sicurezza nazionale; specie a seguito degli attacchi terroristici dell’11 settembre 2001. Le misure eccezionali volute dal Presidente G. W. Bush, quasi sempre utilizzando i poteri propri del Presidente e non atti del Congresso⁸¹, hanno determinato per le Agenzie coinvolte l’uso di poteri straordinari non soggetti ad un serio controllo giurisdizionale. La vicenda è troppo recente ed aperta per essere considerata in modo approfondito; è divenuta inoltre questione più di diritto costituzionale che di diritto amministrativo. Sono state messe a repentaglio, infatti, le stesse libertà costituzionali e la forma di governo degli Stati Uniti, ben oltre la trasformazione del diritto amministrativo in quel Paese.

Ponendo da parte l’amministrazione dell’emergenza degli ultimi anni, che del resto il Presidente Obama ha dichiarato di voler progressivamente smantellare, il periodo recente vede la perdurante coesistenza delle azioni e dei principi di *common law* con nuove azioni e principi tipici del diritto amministrativo.

⁸¹ E. Lichtblau, *Bush’s Law. The Remaking of American Justice*, New York, 2008.

La forza della tradizione è risultata sinora una diga insormontabile per ogni "amministrativizzazione" generale del diritto. Si tratta, a mio parere, non di un limite, bensì di un pregio del sistema statunitense⁸². Infatti, nei periodi di maggior sviluppo dell'amministrazione nello scorso Novecento e in questo primo decennio, il richiamo alle idee di fondo di *common law*, unito al forte radicamento dei principi costituzionali sulla ripartizione del potere e sul necessario controllo dello stesso, hanno consentito di arginare il "Leviatano amministrativo".

Per quanto attiene specificamente ai temi qua trattati, il sistema ha assunto direzioni nuove per il concomitante sviluppo di metodi originali di regolazione e dell'utilizzo delle tecnologie informatiche.

Nel primo senso, si stanno creando in vari settori dei sistemi a rete (*networking*) in cui operano amministrazioni pubbliche, soggetti portatori di interessi collettivi e diffusi, talora anche i singoli giuridicamente qualificati. Un tale sistema, fluido e per definizione pluralistico, conferma l'abbandono del tradizionale rapporto bilaterale tra singoli e amministrazioni. Anche se per ora operante solo in taluni settori, ha un'evidente forza espansiva per il resto delle questioni amministrative.

Nel secondo senso, poi, la telematica è considerata strumento cruciale per una nuova amministrazione sin dalle prime iniziative del Presidente Obama, come in particolare risulta dal progetto "*By the People*" commissionato alla National Academy of Public Administration di Washington. L'ambizione è di creare, tramite il "*web 2*" (ovvero il sistema informatico di ultima generazione), una nuova comunità, al fine di coinvolgere la cittadinanza nei sistemi amministrativi e di governo.

La realizzazione di questo nuovo *administrative process* riporterà paradossalmente ad un'amministrazione dei singoli, per quanto virtualmente connessi dal *web*. Saranno le maggioranze dei soggetti partecipanti che, di volta in volta, selezioneranno i temi da realizzare e le

⁸² Sul punto è simile la posizione di L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 502 segg.

modalità amministrative per la loro realizzazione, a determinare il quadro dell'azione amministrativa. In tale contesto, i gruppi, i portatori dei "public interests", le nuove organizzazioni rischiano di essere diluite in un processo decisionale in cui l'amministrazione ha come interlocutore solo il cittadino connesso dalla sua postazione. Il quadro evoca un scenario sociologico del tipo "folla solitaria", ma soprattutto evidenti preoccupazioni giuridiche per l'assenza – almeno nel modello di progetto sin qui elaborato – di controlli sia giuridici che politici su le procedure e le decisioni che così vengono assunte. Se i "nuovi poteri" hanno rappresentato un genuino frutto delle opinioni pubbliche⁸³, la comunità virtuale del *web* rappresenta un inedito ritorno del potere temuto da Tocqueville.

1.14. Pur in un contesto di così grande vitalità, caratterizzato da frequenti riforme legislative e da un'attiva giurisprudenza, il diritto amministrativo statunitense manca tuttora – né ci sono segnali di prossime evoluzioni – di un giudice amministrativo (neanche nella particolare variante degli *Administrative Tribunals* britannici); ed anche di un giudice ordinario specializzato, con competenze esclusive o prevalenti, nel contenzioso amministrativo; come invece oggi si ha nel Regno Unito.

La situazione contrasta con la previsione di Cammeo che, nel ricordato scritto del 1919⁸⁴, dopo aver constatato il rapido sviluppo del diritto amministrativo negli Stati Uniti, affermava: "colà più che altrove è necessaria ed appare importante l'esistenza di una giurisdizione amministrativa speciale che direttamente imponga agli organi governativi l'esecuzione dei doveri d'ufficio; impedisca gli atti illegali con criteri, che se pur sono di diritto, non corrispondono certo ai criteri secondo i quali si applica la legge civile e penale". Invece, il sistema statunitense ha mantenuto l'unicità della giurisdizione, con una specializzazione

⁸³ Intese alla Habermas (cfr. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari-Roma, 1971, 41 segg.).

⁸⁴ *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella Società delle Nazioni*, cit., 291.

funzionale solo dei giudici del Circuito federale del Distretto di Columbia (la Corte di Appello in particolare), dato che per ragioni processuali di competenza vi fanno capo i maggiori casi amministrativi del Paese.

Tuttavia, le norme processuali sul contenzioso di carattere amministrativo prevedono regole assai diverse da quelle ordinarie; specie rispetto al ceppo delle azioni ordinarie di *common law*. Si determina così un modello di tutela in cui, per il contenzioso amministrativo, il giudice ordinario applica una normativa processuale distinta da quella generale, che a sua volta tende a costituirsi in un corpo organico di disciplina. Dal punto di vista organizzato, dunque, il giudiziario è unico, ma processualmente i giudici ordinari applicano un diritto alquanto diverso da quello processuale ordinario per le cause di carattere amministrative.

La "specialità" processuale per il contenzioso amministrativo è stata indirettamente favorita dalla Costituzione. Infatti, pur non esistendo nella Costituzione statunitense un'espressa garanzia del diritto di difesa giurisdizionale, come in genere nelle costituzioni moderne⁸⁵, la Corte Suprema ha affermato il principio della presunzione di giustiziabilità e, con varie sentenze, indicato che l'effettività della giustiziabilità si ha quando le norme processuali sono configurate in modo funzionale ai caratteri del contenzioso.

PARTE II

2.1. Il secondo ordinamento giuridico di riferimento è quello britannico. Se ne è posposto l'esame a quello statunitense in quanto, pur

⁸⁵ In Inghilterra non esiste una costituzione scritta, come noto; ma sul tema in esame predomina la tesi secondo cui l'accesso alle corti, la giustiziabilità, è un diritto costituzionale. Così, ad esempio, il giudice Laws nel noto caso *Witham* (1998, Q.B., 575, 585).

essendo l'ordinamento originario del *common law*, ha visto una crescita del diritto amministrativo assai più lenta e contrastata che nel primo.

Particolarmente forte è stata la ritrosia dei giudici britannici a trattare questioni amministrative con strumenti concettuali e processuali diversi da quelli tradizionali, elaborati in riferimento a problematiche essenzialmente privatistiche. Anche le questioni sociali che segnarono lo sviluppo industriale e la forte urbanizzazione non furono occasione di incisive e, soprattutto, coerenti riforme amministrative⁸⁶. Lo Stato rimaneva minimale e non ne esisteva neanche una precisa nozione giuridica. Dunque, malgrado che eminenti studiosi abbiano parlato della seconda metà dell'Ottocento come "il periodo del collettivismo"⁸⁷, è sostanzialmente vero il noto rilievo dello storico A.J.P. Taylor secondo cui, "fino al 1914, un cittadino inglese, pure attento ai dati giuridici, poteva trascorrere la sua vita quasi senza accorgersi dell'esistenza dello Stato; se si esclude l'ufficio postale e il poliziotto"⁸⁸.

Gli studi stranieri – soprattutto tedeschi⁸⁹, ma anche italiani⁹⁰ – sul "diritto pubblico" inglese dell'epoca non smentiscono questa interpretazione, in quanto riservarono speciale attenzione per istituti

⁸⁶ Riforme come l'istituzione della *Poor Law Commission* nel 1834 o del *Local Government Board* nel 1871 rappresentarono iniziative sporadiche, da ricordare storicamente quale primi esempi di interventi pubblici e di riconoscimento di poteri "speciali" agli organismi a tal fine costituiti; e non rappresentarono certo l'avvio di un organico sistema amministrativo, né di un diritto amministrativo chiaramente distinto dal ceppo del diritto comune. Gli studiosi inglesi tendono invece a sottolineare la novità sostanziale di queste riforme, come emerge da O. Mc Donagh, *The Nineteenth Century Revolution in Government: a Reappraisal*, in *The Historical Journal*, I, 1958, 52; H. Parris, *Una burocrazia costituzionale*, Milano, 1979, trad. del volume pubblicato nel 1969.

⁸⁷ A.V. Dicey, *Law and Opinion in England in the Nineteenth Century*, London, 1905, 64; in termini analoghi, F.W. Maitland, *Constitutional History of England*, Cambridge, 1908, reprint 1955, 501.

⁸⁸ *English History 1914-1945*, Oxford, 1965, 1 (traduzione mia) Il libro di Taylor è anche in edizione italiana, *Storia dell'Inghilterra contemporanea*, voll. 2, Roma-Bari, 1977, ma con traduzione non sempre puntuale. Le prime grandi riforme amministrative sono appunto del primo Novecento, come l'*Education Act* del 1902 e il *National Insurance Act* del 1911.

⁸⁹ Come R. von Gneist, *Das Englische Verwaltungsrecht*, Berlin, 1882, trad. inglese del 1886.

⁹⁰ Importante, ad esempio, il capitolo che A. Salandra dedica a "La giustizia amministrativa nel diritto inglese" nel suo *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 244 segg. Ma già in precedenza, il tema era stato trattato da P.S. Mancini nel suo dottissimo *Discorso sul riordinamento del contenzioso amministrativo*, tenuto nel 1864 alla Camera dei deputati in occasione sulla proposta di legge di unificazione amministrativa (poi divenuta di questa l'Allegato E). Il Discorso venne pubblicato in *Discorsi parlamentari di P.S. Mancini*, Camera dei deputati, Roma, 1893, 7 segg.

giuridici (come i *writs*) considerati amministrativi, ma che in realtà erano poco distinguibili dal ceppo degli istituti del *common law*; oppure enfatizzano il *local government*⁹¹ proprio nella fase del suo declino, presto divenuto irreversibile. In sostanza, scambiando parti della tradizione giuridica britannica come il nuovo diritto pubblico di quel Paese; mentre non veniva colta compiutamente l'importanza dei primi germi genuinamente innovativi.

Le ragioni di questo "ritardo" britannico sono da tempo note ed approfondite. In breve, il secolo XIX° rimase pressoché integralmente caratterizzato dalla tradizione di *common law*; senza le aperture che, pur in modi dialettici, si ebbero negli Stati Uniti per rispondere alla dinamicità dell'economia ed alle esigenze dell'integrazione sociale. La "costituzione" britannica era poi profondamente diversa da quella statunitense, in quanto basata sul principio della "sovranità parlamentare" e, quindi, sull'unitarietà del potere pubblico concentrato sull'onnipotente Parlamento. Nell'interpretazione più radicale, la costituzione britannica non lasciava spazi per funzioni pubbliche diverse dal legislativo e dal giudiziario; così da configurare la funzione esecutiva come ancillare rispetto alle due primarie. Laddove la Costituzione americana (e la sua più che bisecolare esperienza attuativa) è basata sulla divisione dei poteri, nel modello dei "*checks and balances*", con un rilievo indiretto, ma sicuro, della pubblica amministrazione e del suo diritto.

Le corti britanniche mantennero per tutto l'800 un'attitudine conservatrice, nel senso letterale di continuità nell'interpretazione delle forme di azioni e dei rimedi di *common law*. Non si trattò di un segno di scarsa consapevolezza delle grandi novità giuridiche che si stavano determinando per l'evoluzione – lenta, ma costante – della forma di Stato e di governo; ma principalmente di voluta chiusura alle nuove problematiche, al fine di rinviarne più a lungo possibile il rilievo giuridico.

⁹¹ Come l'austriaco J. Redlich, *Local Government in England*, ed. inglese in due volumi a cura di F.W. Hirst, London, 1903.

La scienza giuridica, per la sua parte, non contribuì a sviluppare i varchi che gli studiosi statunitensi là avevano aperto per i successivi sviluppi nel nuovo secolo. Anzi, arrivati alla fine del secolo con i rivolgimenti che erano ovunque la premessa per l'affermarsi del diritto amministrativo, i più influenti studiosi inglesi si ingegnarono nel negare l'utilità del diritto amministrativo, almeno in quel Paese.

Con un fraintendimento – consapevole, secondo molti – del sistema francese e, in genere, dei sistemi continentali; nonché per l'"arroganza insulare"⁹² che da tempo caratterizzava la tradizione di *common law*, si dipinse il diritto amministrativo come il contrario del "*Rule of Law*", e di tutti i principi della costituzione inglese; perché inteso a garantire ai funzionari pubblici (e quindi alle rispettive amministrazioni) un organico sistema di garanzie, privilegi e prerogative rispetto a tutti gli altri soggetti di diritto. Solo il diritto comune (*ordinary law of the land*), applicato dalle corti ordinarie, poteva garantire i singoli dalle illegalità dell'amministrazione.

A tal fine, lo strumento giuridico principale era considerato il controllo sul rispetto delle competenze attribuite dal Parlamento a ciascuna autorità pubblica; definito con l'espressione latina della tradizione giuridica inglese, quale controllo di "*ultra vires*". Così, unendo il principio della sovranità parlamentare con il ruolo di controllo delle corti; in verità, esse stesse quasi sovrane in questo modello, dato che i loro giudizi spesso hanno spesso riscritto l'ambito stesso delle norme; come nel caso emblematico di *Anisminic*⁹³. Il controllo (*review*) sull'*ultra vires* era, almeno in linea di principio, puro controllo giuridico di validità delle decisioni; perciò, quale corollario del *Rule of Law*, potere inerente delle

⁹² M. J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, cit., 416.

⁹³ *Anisminic Ltd/Foreign Compensation Commission*, 1969, 2 AC 147. La *House of Lords* ritenne che ogni errore di diritto può essere rilevante ai fini della *jurisdiction*, anche la violazione dei principi di *natural justice*. L'innovativa sentenza fu annotata in modo illuminante da S.A. de Smith in *Cambridge Law Journal*, 1969, 161.

corti. Non così il potere di riesame del merito del caso (definito quale "appeal"), che era attribuito alle corti solo per legge, in modo espresso.

2.2. Non è questa l'occasione per riprendere il dibattito sulle posizioni di Albert Venn Dicey⁹⁴ - l'indiscusso caposcuola della dottrina giuridica del tempo, su cui curiosamente in Italia si è di recente scritto quasi di più che nel suo Paese⁹⁵ - ma per ricordare che le sue tesi sono state dominanti per tutta la prima metà del Novecento⁹⁶, sia nella scienza giuridica che nelle discussioni parlamentari. La linea della tradizione è stata incrinata significativamente solo dall'originale riforma rappresentata dagli "Administrative Tribunals", che iniziarono ad essere istituiti negli anni trenta; secondo un modello che si è realizzato compiutamente solo a partire dal 1958 e che si è ora perfezionato con la riforma del 2007.

Le tesi di Dicey erano errate - come di recente è stato dimostrato⁹⁷ (ma già, con il solito intuito anticipatore, Cammeo aveva parlato

⁹⁴ Ai presenti fini, di Dicey sono rilevanti, in particolare, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1895, (anche in trad. it., Bologna, 2003); e *Law and Public Opinion in England*, già cit.; *The Development of Administrative Law in England*, in *Law Quarterly Review*, 1915, 148, con alcuni, assai parziali, segnali di autocritica.

⁹⁵ Per quella parte, i contributi maggiori sono di F.H. Lawson, *Dicey revisited*, in *Political Studies*, VII, 1959, 109; R.A. Cosgrove, *The Rule of Law: A.V. Dicey, Victorian Jurist*, Chapel Hill, 1980; J.F. Mc Eldowney, *Dicey in Historical Perspective*, in P. Mc Auslan- J.F. Mc Eldowney (a cura di), *Law, Legitimacy and the Constitution*, London, 1985, 39.

⁹⁶ Malgrado ottimi lavori ispirati al "funzionalismo" amministrativo: ad es. H. Laski, *The Responsibility of the State in England*, London, 1919, in *Harvard Law Review*, 1919, 447; W. Robson, *Justice and Administrative Law*, London, 1928. Ancora all'inizio della seconda metà del secolo scorso, gli studi sul diritto amministrativo era rari ed assai cauti: cfr. J.A.G. Griffith-H. Street, *Principles of Administrative Law*, London, 1954. Per un'interessante visione generale di poco successiva: J.D.B. Mitchell, *The Causes and the Effects of the Absence of a System of Public Law in the UK*, in *Public Law*, 1965, 96; Id., *The State of Public Law in the UK*, in *Intern. and Compar. Law Quarterly*, XV, 1966, 143.

⁹⁷ S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIX, Milano, 1990, 5 segg.. Cassese è tornato più volte su questi temi; cfr. *La ricezione di Dicey in Italia e Francia. Contributi allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Materiali per la una storia della cultura giuridica*, XXV, 1995, 107; *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e nel Regno Unito*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 3 segg..

esplicitamente di "errori di Dicey; perdonabili errori, ma sempre errori"⁹⁸) - nell'interpretazione del diritto amministrativo di riferimento (quello francese), nonché fuorvianti nelle implicazioni costituzionali nazionali⁹⁹. Ma, se sono risultate così decisive per lo sviluppo del diritto inglese è perché rispondevano ad un diffuso e convinto sentimento del mondo giuridico ed istituzionale britannico¹⁰⁰.

Emblematico è il saggio, del 1929, su "*The New Dispotism*"¹⁰¹ scritto dall'influente *Chief Justice* Lord Hewart; dove ovviamente il dispositismo è rappresentato dal potere amministrativo con la sua crescita smisurata. Per evitare drammatici attentati alla sfera di libertà dei singoli, secondo Hewart il diritto amministrativo doveva avere una base giuridica nel *common law* ed essere sviluppato da decisioni individuali relative a diritti dei singoli. La posizione è rimasta per decenni ben ferma nel giudiziario inglese: ancora nel 1970, uno dei più influenti giudici inglesi del tempo – Lord Denning – riecheggiando Dicey scriveva che "*our English law does not allow a public officer to shelter behind a droit administratif*"¹⁰².

2.3. Nella presente prospettiva, il *common law* - preservato per tutto il secolo diciannovesimo dalle corti e non posto in discussione dalla scienza giuridica, a differenza che negli Stati Uniti - fece sì che alla pubblica amministrazione non si riconoscessero in via generale poteri

⁹⁸ In *Il diritto comparato*, cit., 288. Ma cfr. anche il volumetto *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nordamericano*, Padova, 1927, in cui Cammeo si distacca nettamente dall'impostazione diceyana.

⁹⁹ Per C. Harlow-R. Rawlings, *Law and Administration*, London, 1984, 19: "*Dicey's account of the English constitution is not merely a description. It is an interpretation inspired by an ardent belief in individualism, in laissez-faire economic policy and in the rectitude of lawyerly values*". Questo volume è giunto ora alla terza edizione (Cambridge, 2009), ma senza sostanziali evoluzioni per le parti qua esaminate. Per tale motivo si cita ancora la prima edizione.

¹⁰⁰ J.D.B. Mitchell, *The Causes and the Effects of the Absence of a System of Public Law in UK*, cit., 95.

¹⁰¹ Pubblicato a Londra nel 1929; assai meno noto – come tutta l'esperienza giuridica del giudice Hewart – rispetto al celebratissimo Dicey.

¹⁰² *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, 1970, 2 QB 223, 226.

“speciali”¹⁰³ e contribuì acché, pure nel contenzioso con le pubbliche amministrazioni, solo i singoli potessero avviare azioni a tutela dei propri diritti nei confronti dei funzionari considerati responsabili; davanti alle corti ordinarie, con l'utilizzo delle normali azioni. Nessun spazio era riconosciuto a forme di azione collettiva o dei “nuovi poteri”, all'epoca neanche correttamente configurabili a causa dell'impronta individualistica della società.

Allo stesso modo venne letto il fenomeno delle *public corporations*, costituite per particolari funzioni considerate non direttamente politiche. Rispetto al tradizionale modello di organizzazione amministrativa basato sul *local government*, le *public corporations* furono “banalizzate” quali mere varianti delle ordinarie *corporations*¹⁰⁴. L'ambito di questi enti – talora costituiti con *charter* reale, più spesso con legge – è stato vastissimo sino alla fine del '900, quando si sono affermate le politiche di privatizzazione; con tipologie diverse che hanno poco in comune. In principio, il loro status giuridico è quello dei soggetti di diritto ordinario; ma, ogni volta che la legge attribuisce loro poteri pubblicistici, la loro attività è sottoposta al *judicial review*.

Si volle chiudere gli occhi financo di fronte alla regolamentazione in via amministrativa, tramite le *administrative rules* ed i *private acts*, che rappresentavano la più eclatante smentita della carenza di una distinta funzione esecutiva nel contesto costituzionale britannico.

Salve alcune particolarità, il carattere qualificante del diritto amministrativo veniva dunque posto nella protezione delle libertà individuali e nel controllo dei poteri governativi. Questa lettura è tuttora presente nel sistema britannico, ove Autori assai influenti ritengono che il

¹⁰³ Le nuove autorità amministrative, progressivamente istituite nel corso dell'800, avevano in realtà poteri diversi rispetto a quanto previsto dal diritto comune; ma ciò era avvenuto erraticamente, senza un disegno complessivo, così da giustificare una mancata considerazione complessiva del fenomeno.

¹⁰⁴ Per queste vicende: N. Chester, *The English Administrative System, 1780-1870*, Oxford, 1981; J.F. Mc Eldowney, *Administration and Law in England in the 18th and 19th Centuries*, in *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, VIII, 1996, 3.

diritto amministrativo sia "*the law relating to the control of governmental powers*", e sottolineano lo stretto rapporto tra tradizione di *common law* e sviluppo in via giurisprudenziale dei principi di diritto amministrativo, "*basically judge-made rules of common law*"¹⁰⁵.

Col tempo, divenne evidente che mantenere il sistema delle garanzie nel perimetro del *common law* – divenuto sempre più ristretto rispetto alle problematiche poste dalla crescita della pubblica amministrazione – significava privare gli interessati di forme efficaci di tutela; e per converso lasciare all'amministrazione ampi spazi discrezionali ed incontrollati. Ovvero l'antitesi del *Rule of Law*. Merita ancora citare Federico Cammeo, che aveva ben colto i paradossi della situazione britannica: "volendo sottilizzare, sembrerebbe quasi che nei paesi anglosassoni non esiste un diritto amministrativo per una ragione affatto opposta a quella generalmente invocata dalla dottrina locale: cioè, non perché il diritto amministrativo continentale sia diritto privilegiato, *ma perché è privilegiatissimo quello dell'Inghilterra e degli Stati Uniti, fino al punto di non obbligare gli enti pubblici*"¹⁰⁶.

Erano isolati, per quanto autorevoli, le voci che tra le due Guerre mondiali sostenevano che la "costituzione britannica" non potesse esaurirsi nella protezione dei diritti dei singoli, per divenire invece lo strumento giuridico per consentire alla comunità di assicurare servizi per il beneficio dei cittadini¹⁰⁷. Accanto a ciò, il diritto amministrativo andava ripensato al fine di assicurare un'effettiva tutela ai singoli, obiettivo fondamentale dei giuristi della tradizione, negato nei fatti per l'arroccamento delle corti sulle azioni di *common law*, di per sé inadatte alle nuove esigenze.

¹⁰⁵ H.W.R. Wade-C.F. Forsyth, *op. cit.*, 4 e 5.

¹⁰⁶ F. Cammeo, *Il diritto comparato ecc., cit.*, 288. Riecheggia lo stesso tema W.A. Robson, *Justice and Administrative Law*, cit.

¹⁰⁷ Così, I. Jennings, *The Law and the Constitution*, Oxford, 1938; e spec. *The British Constitution*, Cambridge, 1941, 119 segg.

Una delle risposte – avviata dagli anni trenta, ma organica solo nel 1958 in esito alle raccomandazioni del *Franks Committee*¹⁰⁸ - fu la costituzione degli *Administrative Tribunals*, organi amministrativi con funzioni contenziose per le controversie, anche nel merito, con le amministrazioni pubbliche¹⁰⁹. Nella stessa linea di aggiramento delle posizioni tradizionaliste, vanno lette le riforme per strumenti di tutela "alternativa", quali l'Ombudsman parlamentare¹¹⁰ (*Parliamentary Commissioner for Administration*) istituito nel 1967 e le *Alternative Dispute Resolutions (ADR)*¹¹¹.

A supporto dei *Tribunals* (che, ad onta del nome, fuorviante per il giurista italiano, non costituivano¹¹² corti giurisdizionali, ma organi amministrativi contenziosi) si era mossa una corrente del pensiero giuridico e politico britannico, di segno riformista, che in tal modo intendeva aprire il sistema britannico al diritto amministrativo, quale branca del diritto funzionale al perseguimento delle incisive politiche pubbliche rese necessarie dall'evoluzione della società¹¹³. ma assicurando forme di efficace controllo anche nel merito delle decisioni amministrative, con procedure non necessariamente giurisdizionali.

In effetti, gli *Administrative Tribunals* hanno rappresentato una forma di tutela amministrativo-contenziosa (*quasi judicial*, o

¹⁰⁸ *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* del 1957. Le proposte del Comitato erano comunque più incisive di quanto poi il Parlamento decise, perché partivano dall'assunto che i Tribunali dovessero essere "*part of the machinery of adjudication and not as part of the machinery of administration*". E' la riforma del 2007, di cui si parlerà più avanti, che ha realizzato tali proposte.

¹⁰⁹ Oltre al classico W. Robson, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London, 1928, cfr. R.E. Wraith-P.G. Hutchesson, *Administrative Tribunals*, London, 1973; J.A. Farmer, *Tribunals and Government*, London, 1974.

¹¹⁰ A. Bradley, *Il difensore civico inglese ed i ricorsi non giurisdizionali contro l'amministrazione*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, 1983, 101 segg.

¹¹¹ M.P. Chiti, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 1 segg.

¹¹² E' corretto parlarne al passato, dato che la riforma del 2007, come di dirà, ha fortemente "giurisdizionalizzato" i *Tribunals*.

¹¹³ R.W. Rawlings, *I Tribunali amministrativi e le Corti. Continuità ed evoluzione: da Danoughmore a Justice via Franks*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il controllo giurisdizionale*, cit., 51.

“giustiziale”), prevista non per assicurare un filtro rispetto ai ricorsi giurisdizionali contro la pubblica amministrazione (a certe condizioni, è infatti stato sempre possibile un appello alle corti), né per assicurare una forma alternativa a questi ultimi; ma per dare per la prima volta una forma di tutela a diritti ed interessi che sino a quel momento ne erano del tutto privi per l'impostazione privatistica e sostanzialmente elementare del *common law*.

Dunque, un'innovazione per ampliare la tutela dei singoli ed avviare la riforma generale degli strumenti di garanzie nei rispetti dell'amministrazione. Non per caso, dunque, nel sistema degli *Administrative Tribunals* perdeva rilievo anche il presupposto processuale dello *standing to sue*, della personalità della lesione e della necessaria titolarità di un diritto di *common law*.

2.4. La recente scienza giuridica ha contribuito significativamente a queste riforme, ampliando lo scopo e l'ambito del diritto amministrativo. E' è stato così affermato che il diritto amministrativo non è solo il diritto che disciplina il controllo del potere esecutivo, ma il diritto della funzione amministrativa nella sua interezza. Il suo ruolo non è di contrappeso all'interventismo statale, ma di facilitazione dell'azione amministrativa e della realizzazione degli interessi collettivi¹¹⁴. L'ordinamento britannico ha progressivamente recepito queste posizioni e conseguentemente è divenuta giuridicamente rilevante la funzione amministrativa anche negli aspetti procedurali, prima rimasti nell'ombra.

E' stata conseguentemente evidenziata la limitatezza della tradizionale visione binaria (persona singola/singolo funzionario) del *common law* nei rapporti con la pubblica amministrazione; rapporti che

¹¹⁴ C. Harlow-R. Rawlings, *op. cit.*, 36.

meglio si spiegano in termini di "policentrismo"¹¹⁵ perché coinvolgono una complessa rete di relazioni interattive. La funzione di *adjudication* è funzionale al rapporto "binario", ma inadeguata rispetto ai rapporti policentrici¹¹⁶. Da qui lo sviluppo di nuove qualificazioni dell'attività amministrativa come *quasi-judicial* e la "scoperta" della discrezionalità amministrativa quale rilevante problema giuridico. Non si tratta di sviluppi antitetici alle teorie del controllo, ma dell'ampliamento del giuridicamente rilevante all'intera attività amministrativa; comprese le parti dell'agire discrezionale che gli istituti di *common law* non riuscivano neanche ad avvicinare.

Nello stesso periodo, i giudici svilupparono nuovi principi di diritto amministrativo¹¹⁷ traendoli principalmente dal ceppo di *common law* e rimettendo in discussione antiche nozioni come la *natural justice* (affine, sino ad allora ma più ridotto nella portata interpretativa, al principio statunitense del *due process*).

A fronte dell'attivismo giurisprudenziale, fu possibile affermare da uno dei giudici che più autorevolmente lo avevano promosso che: "considero il progresso verso un organico sistema di diritto amministrativo il più importante risultato (*the greatest achievement*) delle corti inglesi durante la mia via giudiziaria"¹¹⁸.

Occorre comunque attendere l'emanazione dell'*Order 53* nel 1977 per avere nel sistema giuridico britannico un modello processuale specializzato per le cause di diritto amministrativo, con incidenza anche sull'organizzazione del giudiziario. Sino ad allora, le azioni ordinarie di *common law* erano esaminate in un giudizio monocratico del *Queen's Bench* della *High Court*, per quanto riguardava le azioni per *declarations* e per danni; dalla *Chancery Division*, relativamente alle azioni per

¹¹⁵ J. Jowell, *The legal control of administrative discretion*, in *Public Law*, 1973, 178, 213.

¹¹⁶ C. Harlow-R. Rawlings, *Administrative Law*, cit., 63.

¹¹⁷ *Ridge v. Baldwin*, 1964, A.C., 40.

¹¹⁸ Lord Diplock, nel caso *Inland Revenue Commissioners*, 1982, AC 617.

injunctions. Gli ordini di prerogativa (*prerogative orders*) erano invece giudicati, di regola, dalla *Queen's Bench Divisional Court*.

Si era cercato di mantenere fermo quanto più a lungo possibile il principio che le controversie con l'amministrazione dovessero essere esaminate dalle corti ordinarie, trattando le amministrazioni come soggetti privati con i loro obblighi e responsabilità; a meno che non fossero previste specifiche disposizioni legislative. Come riassume il maggiore studioso di questa tradizione, esponendo una situazione ritenuta ancora in atto, "la gran maggioranza dei casi amministrativi può essere decisa senza fare alcuna distinzione tra capacità di diritto privato e di diritto pubblico"¹¹⁹.

I rimedi ordinari sono, oltre all'azione di responsabilità (*tort*), le ingiunzioni (*injunctions*) e le azioni dichiarative (*declarations*); strumenti di difesa di diritti privati, progressivamente usati anche nel contenzioso con la pubblica amministrazione. Un ruolo particolarmente utile è stato esercitato anche dalle "*relator actions*", azioni per ingiunzioni e dichiarazioni iniziate dall'*Attorney General* su istanza ("*at the relation*") di soggetti che non hanno un sicuro *standing* personale, ma solo un generico *public right*. Pur non essendo rare le azioni per ingiunzioni, mirate a vietare comportamenti illegittimi o illeciti, assai frequenti sono le azioni per *declarations* che consentono al perimetrazione dei poteri dell'amministrazione e, conseguentemente, superare le incertezze delle rispettive sfere.

Accanto ai rimedi ordinari di *common law* era cresciuto il ruolo dei rimedi "pubblicistici" di lunga tradizione; chiamati "*prerogative orders*" perché usati per secoli – col nome di *writs* (il termine "*order*" è stato

¹¹⁹ H.W.R. Wade-C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit, 33. Le prime edizioni di questo manuale – opera esclusiva di Wade – ebbero tale influenza anche in Italia da convincere M.S. Giannini che fosse ancora esatta la descrizione del sistema inglese in quei termini: "la posizione più esatta è quella della Scuola di Londra, che intende tale diritto come un settore del diritto costituzionale, e come concernente il controllo giudiziario dell'amministrazione. Chiarissimo in tale senso Wade ..." (op. cit., I, 22).

previsto solo nel 1938) – dalla Corona e dalle corti superiori per mantenere entro le loro competenze le corti inferiori ed i primi organi amministrativi¹²⁰. Per quanto di carattere pubblicistico, essendo legati ai poteri della Corona, il controllo giurisdizionale (*judicial review*) sull'amministrazione tramite i *prerogative orders* trova le sue radici nel *common law*, ed è inteso come inerente ai poteri dei giudici. Nel corso del Novecento, i *prerogative orders* sono stati integralmente disciplinati (e più volte riformati) dal legislatore; si da distaccarsi dalla tradizione. Pur con diversità, i vari *orders* si basano sul principio che qualsiasi tipo di autorità deve rispettare i limiti della propria competenza (nel linguaggio giuridico inglese, usualmente definita come *jurisdiction*, o più genericamente *power*). Le eventuali violazioni costituiscono un eccesso di potere, nell'accezione britannica di *ultra vires* (*action being beyond power*)¹²¹.

2.5. Con la riforma del 1977, sviluppata con vari successivi interventi (in particolare nel 2004 il *Civil Procedure Act*), il contenzioso amministrativo è stato affidato in via pressoché esclusiva alla *Queen's Bench Division*, con giudizi di regola monocratici.

L'innovativa procedura di *application for judicial review* supera uno dei principali difetti del precedente sistema: l'alternatività dei *prerogative orders* con le azioni ordinarie di *injunction* e *declaration*. I rimedi sono ora intercambiabili, aumentando le opportunità di tutela degli interessati, in quanto l'*application* consente di richiedere alle corti un rimedio di prerogativa od uno di *common law*.

¹²⁰ Sono ricompresi nella nozione gli *orders* di *certiorari*, con cui si annulla una decisione; di *prohibition*, con cui si inibisce una certa attività; di *mandamus*, con cui si ordina di eseguire determinati atti, anche come rimedio all'inerzia dell'amministrazione.

¹²¹ P. Craig, *Ultra vires and the foundations of judicial review*, in *Cambridge Law Journal*, 1998, 63. Su questa nozione, usata costantemente dalle corti, cfr. il caustico commento di un giudice assai peculiare quale Sir J. Laws, che ne parla quale "foglia di fico", nozione atta a giustificare ciò che discrezionalmente le corti decidono di annullare (*Illegality: the Problem of Jurisdiction*, in M. Supperstone-J. Goudie, a cura di, *Judicial Review*, 1997cap. 4, 3.

Tali sviluppi sono stati immediatamente colti dalla dottrina italiana¹²² e continentale come l'inizio di una nuova fase del diritto britannico, segnata per la prima volta da una notevole apertura per le esperienze anche di altri ordinamenti; sollecitata dal diritto europeo dopo l'adesione alla Comunità europea nel 1972 (*European Communities Act*, 1972); più di recente influenzata in modo decisivo dalla trasposizione in diritto nazionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*Human Rights Act* del 1998), divenuta – in un sistema privo di costituzione scritta e quindi privo di un sindacato di costituzionalità – una sorta di parametro costituzionale, un diritto superiore (*higher law*), con speciale influenza per le questioni amministrative.

Non è questa l'occasione per riprendere la discussione sul significato di fondo delle riforme avviate nel 1977 e poi sistematicamente sviluppate, se non per sottolineare che i giuristi fedeli alla tradizione di *common law* hanno voluto colorare negativamente le riforme, dipingendole come una procedura di privilegio per la pubblica amministrazione, specie per la previsione sull'autorizzazione al ricorso¹²³ (*leave*, istituto sconosciuto nel *common law*), assunta in via preliminare dal giudice, e per il termine di decadenza per la presentazione dei ricorsi (contrastante con la lunga prescrizione delle azioni ordinarie). Anche alcuni casi giudiziari celebri (come *O'Reilly/Mackman* del 1983¹²⁴) sono stati strumentalizzati, per dimostrare che l'esclusività della procedura per *application* limiterebbe la tutela dei singoli.

¹²² Rinvio al mio *Giudice ordinario e pubblica amministrazione nell'esperienza inglese. Una prospettiva continentale*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, cit., 137 segg. ; Id., *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra. Dalla common law al droit administratif?*, in M.P. Chiti (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, 1990, 3 segg. Successivamente, R. Caranta, *Judicial Review*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1993; P. Chirulli, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna, dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996..

¹²³ L'autorizzazione è stata progressivamente configurata come istituto "inter partes", in quanto di regola può essere esaminata dal giudice solo in contraddittorio tra le parti.

¹²⁴ 1983, 2 AC 237.

In realtà, il *judicial review* previsto dal 1977 ha comportato un significativo aumento delle opportunità di tutela contro le pubbliche amministrazioni, consentendo alle corti di penetrare nei recessi della discrezionalità; là dove il *common law* si fermava a grande distanza. L'esclusività della procedura determina soltanto una razionalizzazione della confusa situazione dei rimedi di *common law*. Che poi dalla procedura derivi anche una maggiore certezza dei poteri amministrativi e dei rapporti tra amministrazione e privati è conseguenza positiva, comune a tutti i sistemi di controllo giurisdizionale dell'amministrazione. Come è stato efficacemente detto¹²⁵, "*the public interest in good administration requires that public authorities and third parties should not be kept in suspense as to the legal validity of a decision' disputed by a litigant*".

La riforma ha consentito anche la riorganizzazione del sistema giudiziario britannico, con il mantenimento, da un lato, di una giurisdizione unica; ma, dall'altro, una specializzazione amministrativa di alcune corti in modo così spiccato, da determinare un sostanziale dualismo giurisdizionale, quanto meno di tipo funzionale.

L'ambito di utilizzazione della procedura di *judicial review* non si limita alle tipiche pubbliche amministrazioni, ma copre ogni forma di soggettività di rilievo oggettivamente pubblicistico (ordini professionali, autorità amministrative indipendenti, enti sportivi, ecc.). Nell'ultimo ventennio, buona parte delle *public corporations* sono state privatizzate; ma, anche in virtù del diritto europeo (ad esempio, in tema di contratti pubblici), la loro attività rimane in parte soggetta alla disciplina pubblicistica del *judicial review*. Come è stato giustamente rilevato, "*the modern law of judicial review is guided by function rather than by form*"¹²⁶.

¹²⁵ Lord Diplock, in *O'Reilly*, cit.

¹²⁶ H.W.R. Wade-C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., 146.

2.6. In tale contesto, hanno avuto modo di svilupparsi le azioni dei “nuovi poteri” che, come negli Stati Uniti e nei maggiori Paesi europei, si erano sviluppati specialmente dai primi anni sessanta dello scorso secolo.

Dati i caratteri del sistema britannico, vi si adattava in larga misura quanto sostenuto negli Stati Uniti da Charles Reich sul “*corporate State*” e sul “*corporatism*”. La nuova dimensione assunta dal diritto tradizionale, l’emergere dei “nuovi diritti” e le inedite commistioni tra pubblico e privato (esempio, le forme convenzionali e di *partnership*, come la *private finance initiative*¹²⁷) pongono nuove sfide al diritto, specialmente per la parte relativa alla pubblica amministrazione.

Il *common law*, con il suo centro nei diritti proprietari dei singoli, appariva inadeguato a considerare i nuovi rapporti; e non riusciva a dare un’effettiva protezione giuridica, che pure avrebbe dovuto essere il suo connotato principale. Tuttavia, l’enfasi posta dal *common law* sulla protezione dei diritti spiega la ragione per cui la regola ed il controllo del potere non si sono limitate alle amministrazioni tradizionali, estendendosi anche ad organismi formalmente privati, alla condizione che, ad onta della veste giuridica, siano “*holders of power*”¹²⁸. Tale posizione è particolarmente rilevante in tempi di privatizzazione e di formale “*retreat of the State*”, mantenendo un approccio di tipo sostanzialistico (comune al diritto europeo come dimostrano l’accezione comunitaria di “pubblica amministrazione” e la definizione dell’ambito soggettivo di applicazione delle direttive su gli appalti pubblici¹²⁹).

La questione della legittimazione ad agire (*standing to sue*) è, anche nel sistema britannico, esemplare della ricordata evoluzione oltre

¹²⁷ All’origine del nostro istituto della “finanza di progetto”, ora disciplinato dal d.lgs. n. 163/2007 in modo, a mio avviso, più avanzato che nell’ordinamento britannico. Sulle varie forme di *publi-private partnership*, cfr. M.P. Chiti (a cura di), *Il Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2009.

¹²⁸ Tale è stata considerata dalla *Court of Appeal*, ad esempio, il *Panel on Take-overs and Mergers* nel caso *Datafin* (1987, Q.B., 815), perché organismo che esercita grandi poteri ad onta della sua base meramente contrattuale. In conseguenza, il *Panel* è stato assoggettato alle regole di *natural justice*.

¹²⁹ M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, 301 segg.

la dimensione puramente individuale e binaria delle controversie con la pubblica amministrazione.

Il sistema di *common law* presuppone per tradizione – già lo si è visto per gli Stati Uniti – che i rimedi giurisdizionali possono essere richiesti solo dai soggetti detentori di un "*private legal right*", che sostengano di aver subito uno "*special damage*". Ma con l'affermarsi dello "Stato amministrativo" si è evidenziato che alle azioni ordinarie rimaneva estranea tutta la dimensione del pubblico interesse. Così, per quanto rilassata fosse la giurisprudenza sino a tempi recenti sulle azioni per *injunction* o *declaration*, era corretta la tesi che "il compito delle corti non è di dichiarare in generale quale sia il diritto applicabile, né di dare pareri legali; bensì di accertare i diritti legali contestati"¹³⁰

Diverso era il caso dei *prerogative remedies*, che per il loro carattere pubblicistico sono sempre stati aperti alla richieste – filtrate dall'*Attorney General* – anche di soggetti non titolari di diritti privatistici. La posizione alterna che su questa tematica si è avuta in giurisprudenza dimostra comunque che le corti hanno usato il requisito dello *standing* per selezionare con ampia discrezionalità gli interessi da proteggere.

Un'apertura verso una più ampia tutela è stata da sempre assicurata dalla "*relator action*", azione – come accennato – promossa dall'*Attorney General* su istanza di interessati (*at the relation of some other person*), anche persone giuridiche, per prevenire o limitare una violazione di legge, ovvero a tutela della legittimità dei *public rights*¹³¹.

Pur con le ricordate innovazioni, si conferma dunque che il *common law* ha esercitato una funzione fortemente limitativa al dispiegarsi del diritto amministrativo. Una sua rilevante caratteristica è stata "*the insistence that only those who possessed private rights in the traditional sense of a cause of action in contract or tort, were to be*

¹³⁰ Lord Diplock, in *Gouriet/Union of Post Office Workers*, 1978, AC 435, 484.

¹³¹ Nelle parole del giudice Lord Diplock (in *Gouriet*, cit. alla nota che precede), "*a relator action is one in which the Attorney General, on the relations of individuals (who may include local authorities or companies) brings an action to assert a public right*".

*allowed into the system. The gateways were barred to those who did not possess such rights*¹³².

Le nuove forme di tutela giurisdizionale previste dal 1977 hanno importato l'ampliamento della legittimazione ad agire anche per i portatori di interessi collettivi e, in molti casi, anche degli interessi diffusi. La legge del 1981 (*Supreme Court Act*, art. 31, c. 3) prevede infatti che il ricorrente dimostri di avere "*a sufficient interest in the matter to which the application relates*". Su tale base, la svolta giurisprudenziale fu avviata dalla sentenza *Inland Revenue Commissioners ex p. National Federation of Self-Employed and Small Business*, del 1982¹³³, un caso di *application for judicial review* promosso da un'associazione di contribuenti. Dopo ondegianti sentenze di primo e secondo grado, l'*House of Lords* affermò che il *sufficient interest* non può essere considerato in astratto, né in modo isolato; bensì nel suo contesto legale e fattuale appropriato. Le corti britanniche hanno usato a tal fine la tecnica processuale del "*test case*", elaborato in America nella giurisprudenza sui diritti civili; con risultati complessivamente più liberali.

In breve tempo, per i *prerogative orders* le restrizioni tradizionali sullo *standing* sono state rilassate al punto da far apparire tale procedura quasi come un'azione popolare¹³⁴, espressione di un principio costituzionale di sottoposizione alla legge dell'attività dei pubblici poteri. In effetti, la nuova giurisprudenza ha abbandonato la posizione di esclusiva garanzia dei singoli in direzione di un controllo generale della legalità amministrativa.

¹³² P. Craig, *Administrative Law*, cit. 9.

¹³³ 1982, AC 617.

¹³⁴ Nella sentenza citata *Inland Revenue*, Lord Diplock ha parlato di "*a virtual abandonment of the former restrictive rules as to the locus standi*" in tema di *prerogative orders*. Parlano problematicamente di "*citizen action*" Wade e Forsyth nel manuale citato, 693.

Non sono mancate critiche “pubblicistiche” a questa visione così liberale da attentare alla funzionalità dell’amministrazione¹³⁵; ed anche per l’eccessivo spazio concesso a (autoqualificanti) centri di interessi. Per di più, la consistenza giuridica degli interessi così rappresentati è dubbia, in quanto si tratta di interessi “ideologici” (ambientali, culturali, religiosi, ecc.). Per converso, gli studiosi per i quali il compito del diritto pubblico è, ancor oggi, di rimediare alle illegittimità, il requisito dello *standing* dovrebbe essere ulteriormente ridimensionato, se non addirittura essere eliminato¹³⁶.

Accanto all’ampliarsi dello *standing* in sede giurisdizionale va considerato che l’ampia legittimazione, da sempre prevista, nelle procedure davanti agli *Administrative Tribunals* ha ulteriormente ampliato le opportunità di tutela anche per gruppi e “nuovi poteri” una volta che la legge del 2007 (*Tribunals, Courts and Enforcement Act*) ha inserito il sistema dei Tribunali nel sistema giurisdizionale.

Da qui, l’affermarsi della nozione di “giustiziabilità” (*justiciability*) per tutte le controversie con l’amministrazione, accompagnata da un utilizzo assai liberale del potere di filtro sui ricorsi tramite l’autorizzazione a procedere (il “*leave*”, ora ridenominato “*permission*”). La flessibilità del diritto britannico ha poi fatto sì che per tutelare i “nuovi diritti”, non direttamente personali, siano stati utilizzati anche i *prerogative orders*, che – come detto – nella loro genesi erano strumenti giuridici per assicurare la legalità dell’agire pubblico, delle corti e dell’amministrazione.

2.7. La “scoperta” del diritto amministrativo in Inghilterra è stata, come detto, recente; ma le questioni ad esso correlate sono divenute

¹³⁵ Es. Lord Woolf, *Public Law – Private Law: Why the Divide ? A Personal View*, in *Public Law*, 1986, 220: Id. *Protecting the Public. A New Challenge*, London, 1990. Per una più “quieta” interpretazione: D. Oliver, *Public Law Procedures and Remedies. Do We Need Them ?*, in *Public Law*, 2002, 91.

¹³⁶ Il dibattito è riportato in C. Harlow-R. Rawlings, *op. cit.*, 307 segg.

sicuramente le più vive e dibattute nel quadro del sistema giuridico britannico.

Per quanto qua direttamente interessa, oltre a quanto già esposto circa la riforma del *judicial review* a partire dal 1977, merita ricordare altre tre tematiche: l'estensione dei principi di *natural justice* anche a casi non strettamente personali; la nuova disciplina degli *Administrative Tribunals* del 2007 (con il già citato *Tribunals, Courts and Enforcement Act*); la legge del 1998 sull'adesione britannica alla Convenzione europea del 1950 sui diritti dell'uomo (CEDU).

Il primo tema è l'ennesima conferma della vitalità del *common law* – qua nella forma della *natural justice* – che, a differenza del vaso di Pandora, è un contenitore apparentemente inesauribile di soluzioni positive. In effetti, due dei principi generali della *natural justice* – “*audi alteram partem*” e “*nemo judex in causa sua*” – tradizionalmente connessi alle questioni giurisdizionali ed al processo, sono stati riletti in relazione al procedimento amministrativo¹³⁷. Ciò ha consentito lo sviluppo di nuovi temi: il procedimento amministrativo diviene finalmente un fenomeno di rilievo giuridico; si fonda la legittimazione ad invocare detti principi anche per i portatori di interessi diversi dai tradizionali diritti personali; si prevede la partecipazione procedimentale e si sviluppano i vari principi contenuti nella nozione di “correttezza procedurale”.

Prima di qualsiasi legge generale sul procedimento amministrativo – in Inghilterra tuttora non esistente, principalmente per la vitalità dei principi in esame – la *natural justice* diviene in tal modo fonte primaria dei principi che disciplinano il procedimento. Le implicazioni che se ne traggono sono varie e valgono sia per i procedimenti di *adjudication*, i primi per cui era stata applicata per la loro vicinanza ai procedimenti giurisdizionali, vuoi per ogni procedimento a carattere decisorio.

¹³⁷ A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, London, 1980, 9° ed. A cura di J.M. Evans, 156 segg.

Circa gli "interessi" rilevanti per la *natural justice*, vi è stato uno sviluppo costante del loro ambito oltre i tradizionali confini dei "*rights*" proprietari e personali, in direzione della tutela anche degli "*interests*" - categoria assai ampia che comprende anche le situazioni che noi definiremmo interessi legittimi; nonché dei "*legitimate interests*", variante dei generali "*interests*", riferiti al principio di affidamento ed alla tutela di futuri diritti. Ciò ha comportato l'apertura del procedimento ad ogni forma di "nuovo potere", con ovvie incidenze anche sulla tematica dello *standing*.

Infine, per quanto riguarda la partecipazione procedimentale (talora dai giuristi inglesi definita, riduttivamente, come "protezione procedimentale"), l'applicazione della *natural justice* al procedimento ha comportato una serie di nuovi principi, che, ad onta dell'elaborazione in via giurisprudenziale, rappresentano ormai parte essenziale della disciplina di settore. Tali principi includono principalmente il diritto alla comunicazione di avvio del procedimento; ad essere ascoltati, se necessario in seduta pubblica; a presentare osservazioni scritte, se necessario con rappresentanza legale e tecnica; alla motivazione del provvedimento; ad avere tutela giurisdizionale nei rispetti del provvedimento finale. Così, il diritto inglese è pervenuto a risultati assai simili a quelli cui, con percorsi diversi, sono giunti altri ordinamenti europei "continentali".

2.8. La vicenda degli *Administrative Tribunals* è già stata richiamata quale sviluppo rilevante, sin dagli anni trenta dello scorso secolo, nella vicenda dell'affermazione del diritto amministrativo in Gran Bretagna. Merita un nuovo cenno in quanto, da un lato, la giurisprudenza dei Tribunali è risultata un ulteriore fattore di superamento delle forme di tutela meramente singolari e basate sui diritti personali (*private rights*);

dall'altro, il sistema dei Tribunali è stato portato decisamente nel quadro della giurisdizione¹³⁸.

La legge del 2007 ha riformato il sistema degli *Administrative Tribunals* per tre principali aspetti: ha semplificato la loro struttura, concentrando gran parte dei precedenti Tribunali nel Tribunale di primo grado (*First-Tier Tribunal*) e nel Tribunale superiore (*Upper Tribunal*); ha connesso i Tribunali al sistema giurisdizionale, prevedendo che sulle decisioni del Tribunale di secondo grado (*Upper Tribunal*) vi sia la possibilità di appello su una questione di diritto alla *Court of Appeal*; ha istituito il *Tribunals Council*, onde assicurare la massima autonomia funzionale dei nuovi organi. Inoltre, l'*Upper Tribunal* diviene il tribunale ordinario per i ricorsi (ora denominati *claims*) per *judicial review*, che sino ad allora era nella competenza "inerente" dell'*High Court*; ove sussistano talune condizioni¹³⁹. In caso contrario, il ricorso è trasferito all'*High Court*, che dunque mantiene una competenza finale residuale.

In tal modo, i Tribunali amministrativi divengono parte del sistema giurisdizionale (e più corretto sarebbe riconoscere loro il nome di "courts", quali giudici ad ogni effetto; e non più di *mini-courts*, quali sinora era gergalmente denominati), come confermato anche dal rinnovato *Council on Administrative Justice and Tribunals*, con il compito di assicurarne l'autonomia. In sostanza, con la legge del 2007 si conclude il cammino avviato negli anni trenta per la costituzione di un sistema di garanzie nei confronti della pubblica amministrazione, prima *quasi-judicial* e poi pienamente *judicial*, che si affianca al sistema giurisdizionale ordinario ed in parte vi si inserisce.

Per quanto riguarda la legittimazione a ricorrere, di diretto interesse ai nostri fini, l'aggancio tra i due plessi giudiziari ha implicato che l'ampio *standing* riconosciuto per gli *Administrative Tribunals* si

¹³⁸ Cfr. P. Craig, *Administrative Law*, cit. 257 segg.

¹³⁹ P. Craig, *op. ult. cit.*, 266,

applica anche in caso di appello alla *Court of Appeal* sulle decisioni del Tribunale di secondo grado.

2.9. Il terzo fattore di sviluppo di una più ampia garanzia degli interessati – anche gruppi e “nuovi poteri” di ogni tipo – è risultato l'*Human Rights Act* del 1998, con cui si è dato vigenza nel sistema britannico alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 1950.

La legge ha avuto nel sistema britannico un rilievo incomparabile con le analoghe esperienze di altri Paesi europei, in quanto implica l'esistenza di una normativa superiore e vincolante, sconosciuta in precedenza. Ne segue un ridimensionamento ulteriore del principio di supremazia parlamentare e l'introduzione implicita di un criterio di gerarchia delle fonti, simile a quello dei sistemi con costituzione rigida. Si spiega dunque perché l'*HRA* sia stato considerato nel Regno Unito come una riforma costituzionale di importanza pari solo all'adesione britannica alla Comunità europea.

Per quanto qua interessa, il dato più rilevante è che l'art. 6 dell'*HRA* obbliga tutte le autorità pubbliche ad agire in modo compatibile con la CEDU. Per “pubbliche autorità” sono intese a tali fini (art. 6, c. 3) non solo le corti o i tribunali, ma “*any person certain of whose functions are functions of public nature*”. Con effetto di dilatare l'ambito dei soggetti tenuti ad applicare la CEDU, comprendendo organismi ibridi (con personalità giuridica privata, ma che svolgono compiti oggettivamente pubblici)¹⁴⁰.

2.10. Complessivamente, il sistema britannico di tutela nei confronti della pubblica amministrazione si presenta oggi, per quanto riguarda il rilievo dei “nuovi poteri” e dei loro “interessi”, profondamente

¹⁴⁰ Così, nella prima giurisprudenza, il caso *Donouge* del 2002 (QB, 48).

innovato rispetto all'assetto tradizionale rimasto nella sostanza vigente sino agli anni settanta del Novecento.

Il controllo giurisdizionale (*judicial review*) è stato plasmato - a seguito dei perfezionamenti della riforma del 1977 e del *Supreme Court Act* del 1981, e per l'interpretazione giurisprudenziale dell'*High Court* e della *House of Lords* - in modo da assicurare tutela anche agli "*interests*" diversi dai diritti personali dei singoli. La specifica procedura prevista dalla legge (*application*¹⁴¹ *for judicial review*) ha carattere esclusivo, come precisato dalla *House of Lords* in decisioni celebri (come la già citata sentenza *O'Reilly* del 1983), che preclude azioni nelle forme processuali ordinarie. La recente normativa in materia - le *Civil Procedure Rules* del 2004 - ha ampliato il potere delle corti per la verifica preliminare sull'ammissibilità delle azioni ordinarie proposte avverso la pubblica amministrazione; così da garantire più efficacemente il principio dell'esclusività della procedura per *judicial review*. Al contempo, la giurisprudenza ha attenuato la separatezza con le azioni ordinarie, ove possono essere sollevate - con talune condizioni - anche questioni di diritto pubblico¹⁴².

In prima applicazione delle riforme, si lasciavano fuori dalla procedura di *judicial review* i casi di violazione di un diritto individuale di carattere privatistico, considerati squisitamente ordinari. Ma ben presto è risultato che anche tali casi possono coinvolgere rilevanti questioni di diritto pubblico, sì da giustificare la loro attrazione nella procedura pubblicistica.

Rimane aperta tra i giuristi britannici la discussione sul carattere di fondo del *judicial review*. E' procedura che trova ancora il suo fondamento nel principio di *ultra vires*, oppure si connota per una

¹⁴¹ Il recente *Civil Procedure Act* 2004 ha modificato il termine "*application*" in "*claim*", senza effetti sostanziali; come risulta dalla definizione della *claim* nelle *Civil Procedure Rules* dello stesso anno, art. 54. La *claim for judicial review* è ivi definita come la "*claim to review the lawfulness of an enactment, or decision, action or failure to act in the exercise of a public function*".

¹⁴² Cfr. il caso *Clark/University of Lincolnshire*, 2000, in *WLR*, 2000, 1988.

concezione "*rights based*", ove il compito delle corti sta nello sviluppo di principi che guidano l'azione amministrativa e ne controllano gli abusi? E' procedura che garantisce l'effettività dell'azione amministrativa, sottoponendo i ricorsi degli interessati a condizioni limitative rispetto alle azioni ordinarie (termine per la presentazione del ricorso, autorizzazione al ricorso, ecc.); oppure, malgrado le condizioni ora ricordate (inevitabili per il tipo di controversie e, perciò, comuni a tutti gli ordinamenti), amplia significativamente la tutela degli interessati, consentendo un penetrante sindacato giurisdizionale sull'attività dell'amministrazione, cui non potevano giungere le azioni ordinarie e neanche i *prerogative orders*?

La risposta corretta è la seconda, dato che le riforme hanno significativamente ampliato l'ampiezza e l'effettività della tutela dei singoli e dei "nuovi poteri" nei confronti della pubblica amministrazione¹⁴³. Tanto più questa conclusione appare fondata a seguito della legge del 2007 sulla connessione tra le procedure giudiziali dei Tribunali Amministrativi e quelle giurisdizionali della *Court of Appeal*, che ha consentito l'accesso alle corti di moltissime questioni fino ad allora decise al di fuori del sistema formalmente giurisdizionale.

E' comunque interessante verificare la ragione del perdurare della lettura della *judicial review* come procedura di protezione per l'interesse pubblico. Ciò dipende dalla forza della tradizione di *common law* in cui la "vera" tutela è solo quella assicurata dalle corti ordinarie, utilizzando le procedure che si fondano nella tradizione secolare del *common law*. In sostanza, la lettura di Dicey trova ancora seguaci, anche se formalmente se ne parla come interpretazione storica. Ma così emerge ancor di più l'astrattezza degli epigoni del metodo puro di *common law*, che per ragioni di rispetto della tradizione sottovalutano, se non addirittura ostacolano, le riforme che hanno introdotto il *judicial review*.

¹⁴³ *Amplius* nel mio *La giustizia amministrativa serve ancora ? La lezione degli altri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 487 segg.

2.11. Una vicenda peculiare della scienza giuridica britannica è il formarsi negli ultimi lustri di un movimento che è stato chiamato il "*common law constitutionalism*"¹⁴⁴. Ne sono attori accademici¹⁴⁵ e giudici¹⁴⁶ che hanno sviluppato il diritto amministrativo sulla base del *common law*. Questo sarebbe infatti il depositario primario dei valori che ordinano una comunità politica, e che sono la guida necessaria per le politiche pubbliche che devono essere decise in un determinato tempo.

Il "*Rule of Law*" non è, secondo questi Autori¹⁴⁷, una nozione meramente formale, come nella lettura predominante secondo cui non vi può essere circostanza che non sia soggetta al diritto; ma è anche sostanziale, in quanto implica una comunità ordinata su valori che spetta alle autorità pubbliche ed ai giudici di sviluppare. Così inteso, il diritto amministrativo non è un diritto tecnico, neutrale, privo di valori; al contrario, esprime un complesso di principi e di diritti di alto valore.

Nella visione incentrata sui diritti (*rights based conception*), il diritto amministrativo si innesta sul ceppo del *common law* e consente l'espressione di nuovi poteri e nuovi interessi, amplia l'ambito oggettivo e soggettivo dei principi di *natural justice* (più ampia partecipazione, rafforzamento delle garanzie procedurali, *standing* assai rilassato), configura nuove forme di responsabilità (*accountability*) e di controllo sia contenzioso (*quasi judicial*) che giurisdizionale.

Per quanto affascinante nell'unire il nuovo alla tradizione, nel più puro spirito britannico del riformismo illuminato, e malgrado le positive implicazioni concrete (ad esempio, il recupero anche in senso

¹⁴⁴ Cfr. T. Poole, *Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism*, in *Oxford J.L.S.*, 2003, 453, critico sul movimento.

¹⁴⁵ Cfr. in particolare: J. Jowell, *Law and Bureacracy*, London, 1975; P. Craig, *Public Law and Democracy in the UK and in the USA*, Oxford, 1990; Id., *Administrative Law*, cit., 18 segg.; D. Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, London, 1999; J. Jowell-D.Oliver (a cura di), *The Changing Constitution*, London, 2007, 201.

¹⁴⁶ Come Sir Stephen Sedley, *Human Rights: a Twenty-First Century Agenda*, in *Public Law*, 1995, 386; Sir J. Laws, *Law and Democracy*, *ivi*, 1995, 72; Id., *The Constitution: Morals and Rights*, *ivi*, 1996, 622.

¹⁴⁷ Ad es. P. Craig, *Formal and Analytical Conceptions of the Rule of Law*, in *Public Law*, 1997, 467.

pubblicistico delle tradizionali azioni) che derivano da questo approccio generale, il "*common law constitutionalism*" non convince nel rinvio a valori primari, che finiscono per avere un carattere giusnaturalistico¹⁴⁸. Tali valori possono essere un riferimento per i filosofi del diritto (come per Ronald Dworkin, principale teorico del movimento¹⁴⁹) o teorici come T.R.S. Allan¹⁵⁰, ma risultano estranei ad un approccio di diritto positivo. Specialmente da quando l'ordinamento britannico si è aperto al diritto europeo (*European Communities Act 1972*, e successive modificazioni) ed internazionale (specie alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, da cui *l'Human Rights Act* del 1998), che hanno apportato un diritto "superiore" (*higher law*) di carattere oggettivamente costituzionale¹⁵¹.

Lascia inoltre perplessi la nuova enfasi che questi studi pongono sul ruolo dei giudici, che starebbero svolgendo gli obblighi scaturenti dalla loro posizione costituzionale, "*acting in their own right independently of Parliament, adjusting the balance of forces in the constitution, and asserting their title to promote fairness and justice in government under the rule of law*"¹⁵². Infatti, come è stato giustamente rilevato, vi è un'ineludibile tensione tra la tradizionale dottrina dell'*ultra vires*, con la sua base nella supremazia parlamentare, da un lato; ed il riconoscimento odierno di un ambito di diritti di *common law* (i *common law rights*) considerati come componenti fondamentali di un ordinamento giuridico liberale e democratico, dall'altro¹⁵³.

¹⁴⁸ Non sfugge al rilievo neanche il più forte critico di questo movimento: T. Poole, di cui si veda: *Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism*, in *Oxford Journ. Legal Studies*, 2003, 453.

¹⁴⁹ Di R. Dworkin rilevano ai presenti fini, principalmente, i seguenti studi: *L'impero del diritto*, Milano, 1989, trad. it. dell'edizione del 1986, 86 segg.; *Questioni di principio*, Milano, 1990, trad. it. dell'edizione del 1985, 147 segg.

¹⁵⁰ Cfr. spec. *Law, Liberty and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, 1993.

¹⁵¹ E' curioso che queste posizioni siano propugnate da studiosi tra i più aperti al diritto europeo, come. P. Craig (cfr. in particolare il suo *European Union Administrative Law*, Oxford, 2007).

¹⁵² H.W.R. Wade-C.F. Forsyth, *op. cit.*, 39.

¹⁵³ T.R.S. Allan, in C.F. Forsyth-T. Hare (a cura di), *The golden Metwand*, Oxford, 2001, 15, 35.

Non convincente è invece la critica sul carattere direttamente "politico" che avrebbero in quel movimento i riferimenti alla "*political theory*", tali da inquinare la neutralità che caratterizzerebbero gran parte del diritto amministrativo¹⁵⁴. Il diritto amministrativo è infatti la parte del diritto pubblico che più di ogni altra è legata alle scelte politiche del tempo, come esemplarmente indicato dalle vicissitudini del 900. Ogni pretesa "obiettività" del diritto amministrativo può forse ipotizzarsi in riferimento alla tradizione di *common law*, ma non certo agli sviluppi della disciplina legislativa. Nel Regno Unito, come in ogni altro ordinamento giuridico, "*behind every theory of administrative law lies a theory of the State*"¹⁵⁵.

Ma non convince neanche la critica, opposta nell'impostazione a quella adesso esposta, secondo cui l'enfasi che il *common law constitutionalism* continua a porre sulle corti non è giustificato dalla limitatezza di un approccio tutto legalistico a fronte della complessità e ricchezza del dibattito politico; nonché dal carattere policentrico della gran parte delle questioni, rispetto alle quali il contenzioso può solo dare risposte parziali. E' una critica che, dal punto di vista giuridico, risente della prima interpretazione alquanto scettica che del *judicial review* dette lo studioso¹⁵⁶ che pure ne aveva fondato il moderno studio, quale funzione "*sporadic and peripheral*". Dal punto di vista politico ed istituzionale, non tiene conto del rilievo – probabilmente senza eguali al di fuori dei sistemi anglosassoni – della giurisprudenza britannica, ben al di là delle controversie decise.

TALUNE CONCLUSIONI

¹⁵⁴ Parlando dei caratteri generali del diritto amministrativo Wade e Forsyth, nel loro manuale già più volte citato, affermano (pag. 8) che la parte centrale del diritto amministrativo "ha una neutralità che non sussiste nel diritto costituzionale",

¹⁵⁵ Così il lapidario *incipit* del citato volume di C.Harlow-R. Rawlings, *Law and Administration*, 1.

¹⁵⁶ S.A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, cit., 3.

1.1. E' giunto il momento di tirare le fila. L'interpretazione dei sistemi statunitense ed inglesi, scelti a mo' di paradigma della famiglia giuridica di *common law*, con riferimento ai "nuovi poteri", non è stato un esercizio di diritto comparato, dato che si è esaminata l'evoluzione del diritto dei due ordinamenti sopra citati con una verifica incrociata tra di loro, e senza una comparazione con un terzo ordinamento di riferimento.

I risultati di siffatte indagini possono senz'altro essere importanti ai fini conoscitivi, in quanto consentono di verificare lo stato dell'arte nei sistemi giuridici considerati (nel caso, due tra i maggiori ordinamenti giuridici odierni), ma risultano non conclusivi (se non addirittura artificiosi, come talune ricerche di diritto comparato) se non se ne tratta anche in riferimento a questioni che sono attuali e dibattute nella maggior parte degli ordinamenti; anche nel nostro, ovviamente.

Tale è il caso delle tematiche di diritto sostanziale e di diritto processuale connesse ai "nuovi poteri", come sopra intesi, che in vari ordinamenti non hanno ancora trovato un'adeguata sistemazione. Si impone così una comparazione tra i maggiori punti del *common law* e il nostro ordinamento, almeno nei termini relativamente sintetici consentiti da questo studio.

Il problema della comparazione in diritto amministrativo è stato assai dibattuto¹⁵⁷ e, quando sembrava avviato a soluzione, sono subentrate novità sostanziali (come il diritto sovranazionale in Europa) che hanno rimesso in discussione la stessa sua configurabilità. In breve, il metodo comparativo nel diritto amministrativo è invalso di recente; in quanto per molto tempo si è negata la possibilità di qualsiasi comparazione per essere il diritto amministrativo strettamente legato ai caratteri di fondo di ciascun Stato, e quindi privo di elementi comuni o

¹⁵⁷ Il contributo più recente e completo è quello collettaneo a cura di G. Napolitano, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007. A G. Napolitano si deve anche il capitolo introduttivo su "I grandi sistemi di diritto amministrativo", *ivi*, 1 segg.

quanto meno comparabili. Per la Gran Bretagna ha inoltre pesato negativamente la tesi che in quel sistema giuridico non esistesse un distinto diritto amministrativo, sì da impedire la stessa configurabilità di una comparazione. Anche per gli Stati Uniti le particolarità ordinamentali sembravano così tante da farne un caso a sé. A ben poco erano valsi studi seminali già a fine ottocento sulle maggiori “famiglie giuridiche” del diritto amministrativo, perché la loro portata rinnovatrice era stata evirata dalle vicende politiche della prima metà del Novecento, e comunque poco recepita dalla cultura giuridica dominante. Non era stato dato neanche il giusto rilievo ai fenomeni della conoscenza reciproca e dell’imitazione” giuridica che caratterizzarono vari ordinamenti, a partire dal tempo della crisi economica del 1929 e della successiva grande depressione.

Quando finalmente – è sviluppo degli ultimi lustri – si è verificata la possibilità della comparazione anche nel diritto amministrativo, una buona parte dei sistemi giuridici di riferimento (Francia, Germania, ecc.) si è integrata nel quadro della Comunità e dell’Unione europea, ponendo inediti problemi di coesistenza di più ordinamenti giuridici all’interno di uno più vasto ordinamento, fortemente incidente sul diritto degli Stati membri secondo il modello della sovranazionalità. E’ da dubitare¹⁵⁸ che nel sistema dell’Unione europea si possa parlare di una comparabilità giuridica tra i diritti degli Stati membri; principalmente per l’armonizzazione dovuta al diritto europeo ed alle altre forme di integrazione proprie del diritto europeo (es. mutuo riconoscimento). Inoltre, una notevole influenza è esercitata da altre fonti giuridiche internazionali, ma strettamente collegata al sistema dell’Unione; come in particolare il diritto del Consiglio d’Europa. Basti pensare, per la particolare incidenza sul diritto amministrativo, alla CEDU e ad alcune

¹⁵⁸ *Diritto amministrativo comparato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, III, 1929, 1935. Ma diversamente, G. della Cananea, *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., 325 segg.

riforme nazionali da essa indotte, come l'*Human Rights Act* britannico del 1998 o la riforma dell'art. 111 della nostra Costituzione.

Ovviamente, al processo di europeizzazione rimane estraneo l'ordinamento statunitense, che tuttavia, in un moto di influenze circolare, finisce per incidere e per essere inciso dal diritto europeo. E' il caso, ad esempio, della disciplina degli appalti pubblici e delle misure per contrastare il terrorismo internazionale (per quest'ultima tematica vi è una tensione impensabile sino a pochi anni or sono tra diritti nazionali, diritto europeo e diritto internazionale; come ben evidenziato dalla sentenza *Kadi* della Corte di giustizia¹⁵⁹).

Altro fattore di crisi del metodo comparativo è l'incipiente "diritto amministrativo globale", una delle cui caratteristiche principali è la progressiva creazione di regole comuni e di sistemi comuni di *enforcement*.

1.3. Per quanto rimane di "comparabile" agli ordinamenti considerati, la questione su cui questo studio si può concludere è: che cosa possiamo apprendere dal diritto amministrativo dei due Paesi di *common law* in riferimento alle problematiche sollevate dai "nuovi poteri"? Quali sono gli istituti giuridici in Italia non conosciuti che possono esservi trapiantati? Più in generale, il nostro ordinamento – che è rimasto sinora indelebilmente segnato quale sistema "a diritto amministrativo" - mostra lacune ed incongruenze rispetto al *common law*, ove il nuovo si è innervato felicemente nel ceppo della tradizione?

I percorsi del diritto amministrativo seguiti dai tre ordinamenti sono stati assai diversi, come si è visto anche in riferimento ai due ordinamenti di *common law*; così che per lungo tempo vi sono stati sensibili dislivelli di disciplina e tutela. Le differenze si sono però, oggi, assai ridotte; si' da rimanere prevalentemente formali.

¹⁵⁹ Sentenza del 3.9.2008, in cause riunite C-402/05 e C-415/05.

Per le tematiche qua esaminate, né il diritto statunitense né il diritto britannico indicano attualmente istituti giuridici, di natura sostanziale e/o processuale, da considerare ai fini di una loro trasposizione nel sistema italiano per colmarne eventuali lacune.

Nel diritto sostanziale, la tematica del procedimento amministrativo non appare in Italia segnata da differenze e/o carenze significative nei confronti della corrispondente disciplina statunitense; ed è avanzata rispetto a quella britannica, per la perdurante assenza in questo ordinamento di una legge generale sul procedimento e per gli sviluppi non sempre coerenti della giurisprudenza sulla *natural justice*.

Nel diritto processuale, i due ordinamenti di *common law* rimangono contrassegnati dall'unicità della giurisdizione, ma con veri e propri corpi di diritto *ad hoc* – che negli Stati Uniti costituiscono quasi un codice di diritto processuale amministrativo - con conseguenze positive per l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche degli interessati. Inoltre, l'unicità della giurisdizione è divenuta – specie nel Regno Unito – un mero formalismo, dato che si è elaborato un sistema di giudici specializzati, chiamati con franchezza "*administrative courts*".

Non rilevano dunque i diversi modelli di giurisdizione, ma l'ambito delle azioni proponibili dagli interessati e, conseguentemente, dei poteri del giudice. In tal senso, l'ampiezza del sindacato del giudice sulla pubblica amministrazione è sostanzialmente equipollente nei tre ordinamenti. Semmai, dopo le ultime riforme della nostra giustizia amministrativa, più efficace in Italia che in USA o Regno Unito.

Sino a pochi anni or sono rimanevano differenze importanti, in cui l'ordinamento britannico offriva indicazioni positive per il nostro: il sistema degli *Administrative Tribunals*; le forme di tutela non giurisdizionale (*Alternative Dispute Resolutions-ADR*); l'Ombudsman parlamentare. Si trattava di questioni strettamente connesse, dato che i Tribunali amministrativi erano stati istituiti, come si è visto, per assicurare una forma di tutela stragiudiziale, ma assai efficace per gli

interessati; più rapida, più specializzata e meno costosa delle azioni ordinarie davanti alle corti. Le *ADR* si aggiungevano a tale sistema, come ulteriori forme di tutela specializzata; in parte veramente "alternativa" alla giurisdizione, in altra parte complementare.

Da ultimo, con la riforma del 2007, gli *Administrative Tribunals* sono stati "catturati" dalla giurisdizione e qualificati come particolari giudici amministrativi di primo e secondo grado con garanzia di ulteriore appello su punti di diritto alla *Court of Appeal*. Si è così sostanzialmente di fronte ad una branca amministrativa del giudiziario, saldata per l'appello alle corti generali. In tal modo, però, si è perduto l'interesse che il modello originario degli *Administrative Tribunals* aveva per il nostro ordinamento, quale forma di ricorsi amministrativi "rafforzati" per il carattere *quasi-judicial* della procedura e del collegio giudicante.

Anche le *ADR* hanno perso smalto, pur essendo tuttora utilizzate in misura assai superiore a quanto avvenga in Italia. Il pendolo dei modelli di tutela nei confronti dell'amministrazione ritorna dunque verso la giurisdizione. Gli ordinamenti, come il nostro, che erano tradizionalmente così impostati e che non se ne sono discostati significativamente, acquistano nuova attualità anche alla luce delle esperienze britanniche. Peraltro, tenendo conto che le nuove occasioni di tutela infraprocedimentale ed amministrativa di vario tipo assicurano una tempestiva garanzia che può prevenire il ricorso al giudice.

1.3. Se l'esame degli sviluppi della normativa e della giurisprudenza nei due sistemi considerati non ci offre particolari suggestioni per riforme ispirate ad esperienze positivamente affermate in tali ordinamenti, rimane una grande differenza del mondo ancora chiamato di *common law* rispetto al sistema giuridico italiano. Da noi, la giustizia amministrativa e la problematica generale della tutela nei confronti dell'amministrazione sono trattate in modo assolutamente prevalente in studi "tecnici" di diritto positivo e giurisprudenziale;

scarseggiano contributi di profilo teorico del tipo "Discorso generale sulla giustizia amministrativa"¹⁶⁰. Gli stessi manuali della materia, dopo una sintetica introduzione generale passano velocemente all'illustrazione del diritto posto, com'è; peraltro, con interpretazioni "tecniche" di elevata qualità, senza molti equipollenti nella scienza giuridica degli altri Paesi.

Al contrario, nei due sistemi di *common law* considerati, accanto ai commenti specialistici hanno grande spazio commenti generali su le forme di tutela e le implicazioni sistemiche. A tale dibattito partecipano accademici ed i migliori giudici; in virtù anche della circolarità nelle esperienze professionali dei giuristi inglesi ed americani. Ogni riforma è stata così preceduta ed accompagnata da contributi teorici generali, che ne hanno evidenziato l'incidenza ordinamentale.

L'insegnamento che dobbiamo trarre è dunque di non affrontare le tematiche della giustizia nell'amministrazione e delle garanzie amministrative come questioni specialistiche o di rilievo meramente professionale. Questo insegnamento è per l'Italia tanto più attuale in una fase, come la presente, in cui vi è l'occasione per una riforma generale della giustizia amministrativa in virtù della delega legislativa *ad hoc* e della prossima attuazione della direttiva CE per i ricorsi in tema di appalti pubblici (07/66), alla prima strettamente connessa.

Sarebbe un grave errore affrontare questi impegni in una prospettiva meramente specialistica, lasciando da parte le questioni di fondo proprie del nostro sistema; che lo studio degli altri ordinamenti contribuisce a meglio chiarire.

¹⁶⁰ Si pensa ovviamente al notissimo, omonimo saggio di M.S. Giannini, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522. Ma anche a manuali-monografie, come quello di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 6° ed.