

# European Legal Culture

19

**Mirate Silvia**

**L'unità o la pluralità delle giurisdizioni fra tutela  
oggettiva e soggettiva: uno sguardo comparato**

**Suggested citation**

Mirate, Silvia, "L'unità o la pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e soggettiva: uno sguardo comparato", CDCT working paper 31-2014/ European Legal Culture 19, available at <http://www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx>

## ACKNOWLEDGMENTS

*The research leading to these results has received funding from the University of Torino under the agreement with the Compagnia di San Paolo - Progetti di Ateneo 2011 - title of the Project "The Making of a New European Legal Culture. Prevalence of a single model, or cross-fertilisation of national legal traditions?" academic coordinator Prof. Michele Graziadei.*

*La presente pubblicazione è frutto della ricerca svolta nell'ambito del Progetto di Ateneo 2011 "The Making of a New European Legal Culture. Prevalence of a single model, or cross-fertilisation of national legal traditions?", coordinatore scientifico Prof. Michele Graziadei, finanziato dalla Compagnia di San Paolo.*



### Abstract

**IT** *Il contributo contiene alcune riflessioni sul tema dell'unità o pluralità delle giurisdizioni, evidenziando come il carattere della specialità, che caratterizza la giurisdizione amministrativa fin dalle sue origini, debba essere necessariamente temperato con il rispetto delle garanzie di effettività della tutela giurisdizionale. L'analisi si svolge in chiave comparata soffermandosi in particolare sui sistemi francese, tedesco e inglese, dei quali si sottolineano i caratteri di diversità e somiglianza rispetto all'ordinamento italiano.*

**EN** *The paper aims at analyzing the topic of unity and pluralism in domestic jurisdiction and underlining the peculiar character of administrative jurisdiction which must be balanced with the respect of an effective judicial protection. The study follows a comparative method and it deals with French, German and UK legal system in relation to the Italian one.*

**Keywords:** Administrative Jurisdiction; Unity and Pluralism; Effective judicial protection.

## L'UNITÀ O LA PLURALITÀ DELLE GIURISDIZIONI FRA TUTELA OGGETTIVA E SOGGETTIVA: UNO SGUARDO COMPARATO\*

SILVIA MIRATE

### Indice

1. Il diritto amministrativo come diritto speciale. – 2. Tutela oggettiva e giudice amministrativo in Francia. - 3. Tutela soggettiva e giudice amministrativo in Germania. - 4. *Public authorities* e tutela giurisdizionale nel Regno Unito. - 4.1. La nozione di “*public authority*”. 5. Tutela procedimentale e tutela giurisdizionale: il modello statunitense. - 6. Una riflessione conclusiva.

### 1. Il diritto amministrativo come diritto speciale.

1765. Nel suo *Commentaries on the Laws of England* Blackstone dedica una sezione ai *The rights of Persons*. Fra le ‘*persons*’ Blackstone annovera la Corona, quale soggetto di diritto pubblico, quale unico soggetto di diritto pubblico. Questa è l’idea che più si avvicina nel diritto inglese alla nozione di Stato, quale ente pubblico, di matrice giuridica continentale. La caratteristica della Corona, quale *person of public law*, è il possesso di immunità, di una garanzia di irresponsabilità, di privilegi che costituiscono un regime derogatorio alla *common law*. Altre autorità, come le amministrazioni locali, le *local authorities* - che noi oggi condurremmo inevitabilmente nell’area del diritto pubblico - vengono ritenute soggetti privati, *corporations* e non soggetti pubblici, in quanto non godono di tali privilegi e immunità<sup>1</sup>.

Anche nel diritto inglese, quindi, che Dicey ci ha (tradizionalmente e direi forzatamente) abituato a considerare sotto il modello teorico del regime di *ordinary law of the land*, sottratto all’esistenza di un regime derogatorio di diritto amministrativo<sup>2</sup>, il concetto di *public law* nasce legato ad una specialità, ad un regime di prerogative speciali riservate ad un soggetto, protetto in modo

---

\* La presente pubblicazione è frutto della ricerca svolta nell’ambito del Progetto di Ateneo 2011 dal titolo: "The Making of a New European Legal Culture. Prevalence of a single model, or cross-fertilisation of national legal traditions?". Coordinatore scientifico Prof. Michele Graziadei Il progetto è finanziato dalla Compagnia di San Paolo.

<sup>1</sup> D. OLIVER, *What. If. Any, Public-Private Divides exist in English Law?*, in M. RUFFERT (ed by), *The Public-Private Law Divide: potential for transformation?*, London, 2009, 4.

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

privilegiato dall'ordinamento in quanto persegue l'interesse pubblico, sopra e al di là di ogni interesse individuale.

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

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

In tal senso il *Régime à droit administratif*, teorizzato da Maurice Hauriou, che connota fin dal periodo napoleonico il sistema francese, ne è l'esempio sovrano<sup>3</sup>. Si pensi alla nozione di *service public*, quale criterio di riparto della giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario, ove caratteristica essenziale per definire il *service* è proprio il regime derogatorio rispetto al diritto comune<sup>4</sup>. Si pensi al *recours pour excès de pouvoir*, alla sua fortuna quale azione di annullamento per illegittimità dell'azione amministrativa, costruito con la formula del ricorso di tipo oggettivo, (che verrà stemperata solo nel 2000 con l'introduzione di una forma di tutela cautelare anche su pressione dell'ordinamento dell'Unione europea), che porta con sé l'ampiezza della legittimazione processuale (legata alla elastica nozione di un interesse concreto e attuale e non all'individuazione di una specifica posizione giuridica soggettiva), l'indisponibilità dell'azione da parte del ricorrente una volta promosso il ricorso, la rilevabilità da parte del giudice di *moyen d'ordre public*<sup>5</sup>.

Ma si pensi anche a come nasce il diritto amministrativo negli Stati Uniti. Con la necessità di costruire e garantire un potere speciale, quello delle *agencies*, organi tecnici indipendenti dal circuito governativo che regolano, controllano e sanzionano le attività dei privati in determinati settori a forte impatto economico e sociale<sup>6</sup>. Un potere speciale, richiede regole speciali. Nasce l'*Administrative Procedure Act* del 1946, il fulcro dell'*administrative law* statunitense. Il sistema di specialità regge nella sua coerenza all'interno dei diversi ordinamenti fino al momento in cui sorge l'esigenza di un nuovo equilibrio. Fino al momento in cui a fianco o, meglio, di fronte, alla finalità di

---

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

<sup>4</sup> Come sottolinea M. FROMONT, *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Droit Administratif*, 2008, 8.

<sup>5</sup> Sul punto cfr. l'analisi di D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO, *Diritto Amministrativo comparato*, Milano, 2007, 295.

<sup>6</sup> L'aspetto è ben evidenziato da F. SATTÀ, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in E. FOLLIERI-L. IANNOTTA, *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 279-281.

realizzazione dell'interesse pubblico sorge una nuova finalità: l'esigenza di tutela del privato dinnanzi al potere pubblico.

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

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

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

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

Di fronte a questo problema ogni ordinamento reagisce secondo canoni propri e particolari. Le esigenze dettate dal principio dell'effettività della tutela giurisdizionale offerta al privato nei confronti dei pubblici poteri si realizzano con caratteri diversi nei diversi modelli processuali, anche per una interazione con ulteriori principi fondamentali (si pensi ad esempio al principio di separazione dei poteri), che a loro volta possono essere percepiti ed attuati in maniera diversa nei sistemi nazionali<sup>8</sup>. Ci si soffermerà, dunque, qui di seguito su alcune questioni che hanno caratterizzato e tuttora caratterizzano il tema

---

<sup>7</sup> Sul cambio di paradigma dalla tutela oggettiva alla tutela soggettiva che sta interessando i sistemi europei con «la proclamazione come diritto fondamentale del “diritto a una tutela giurisdizionale effettiva” di qualsiasi “diritto materiale” di cui sia titolare il cittadino» cfr. l'ampia analisi comparatistica di E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Traduzione e saggio introduttivo di S. RODOLFO MASERA e presentazione di A. TRAVI, Milano, 2007, in part. 68 e ss.

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

dell'unità o pluralità delle giurisdizioni in alcuni ordinamenti giuridici europei (Francia, Germania e Regno Unito), con un breve cenno anche all'ordinamento statunitense, per poi concludere con qualche osservazione che accomuna le diverse esperienze qui menzionate.

## 2. Tutela oggettiva e giudice amministrativo in Francia

L'accento sulla tutela oggettiva è sicuramente mantenuto in modo forte dall'ordinamento francese, anche se ad oggi l'attenzione alla tutela dell'individuo si va incrementando in ragione delle pressioni dell'ordinamento europeo, non solo dell'Unione Europea ma anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui il giudice amministrativo francese si dimostra particolarmente sensibile, nonché di alcune rilevanti modifiche di disciplina processuale di diritto interno<sup>9</sup>. Si pensi, in particolare, oltre alla tutela cautelare, anche all'introduzione nel processo amministrativo francese delle *astreintes* o delle ingiunzioni<sup>10</sup>, nonché alla recente riforma, operata con il Décret n° 2010-164 del 22 febbraio 2010, che amplia notevolmente la fase istruttoria dinanzi al giudice amministrativo, introducendo delle garanzie simili a quelle proprie del rito di procedura civile. In particolare nella trattazione in sede istruttoria è stata notevolmente estesa la tutela della posizione delle parti, con l'introduzione di un'udienza pubblica in contraddittorio orale, in cui è possibile discutere le risultanze dell'*expertise*<sup>11</sup>.

Dove è forte la connessione con il potere amministrativo la struttura del processo si caratterizza in modo tale da far passare in secondo piano la posizione del privato. Già abbiamo accennato ad alcune caratteristiche del *recours pour excès de pouvoir*, ma si può qui pensare anche alle recenti vicende del *commissaire du gouvernement*, figura storica della presenza del pubblico interesse tutelato nel processo amministrativo, circondata da posizione di *favor* processuale (la possibilità di esprimere per ultimo le proprie conclusioni, prima che il ricorso venga trattenuto a giudizio, senza possibilità di contraddittorio per le parti private; presenza attiva in camera di consiglio). L'intervento della

---

<sup>9</sup> Un'analisi in tal senso si trova di recente in C. FERRARI-BREEUR, *La giurisdizione amministrativa in Francia. Evoluzione e tendenze attuali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 413.

<sup>10</sup> Al riguardo cfr. B. DELAUNAY, *Pour un intérêt à agir autonome en matière d'injonction*, in *Revue de droit public*, 2007, 633 e ss., richiamato anche da A. TRAVI, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, cit., 11, nel sottolineare come, anche di fronte all'introduzione di tali strumenti processuali, l'obiettivo primario del processo amministrativo francese resti nelle indicazioni della dottrina quello, oggettivo, di perseguire una finalità di buona amministrazione della giustizia, piuttosto che dirigersi alla tutela di una individuale posizione giuridica sostanziale.

<sup>11</sup> A commento J. ARRIGHI DE CASANOVA – J.-H. STAHL, *Le Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives*, in *RFDA*, 2010, 387.

Corte Europea con il caso *Kress* del 2001<sup>12</sup> obbligherà la Francia ad una revisione del ruolo di tale figura. Con le riforme del 2006 e del 2008, il *commissaire* cambia nome: diventa il *rapporteur public*, le cui conclusioni possono essere conosciute dalle parti e replicate in sede di discussione e viene esclusa la sua presenza in camera di consiglio<sup>13</sup>. L'apparenza d'imparzialità del processo amministrativo ed il principio della parità delle armi salvaguardati da Strasburgo incidono sui caratteri del processo amministrativo francese, modificandoli a maggior tutela delle posizioni del privato di fronte ai pubblici poteri.

In Francia tradizionalmente si giustifica l'esistenza del giudice amministrativo ed il riparto di giurisdizione con il giudice ordinario richiamando il principio di separazione dei poteri. Ma v'è da chiedersi quanto tale separazione sia davvero garantita da un organo, quale il *Conseil d'Etat*, che raccoglie in sé la duplice natura, da un lato di 'consigliere' del Governo ed ora, dopo la riforma costituzionale del 2008<sup>14</sup>, anche del Parlamento, e dall'altro di 'giudice' dell'amministrazione.

Il timore di un contrasto con il principio d'imparzialità del giudice sancito dalla Corte europea, dopo i giudizi di *Procola* sul Consiglio di Stato lussemburghese, e di *Kleyn* su quello olandese<sup>15</sup>, ha portato la Francia con il decreto del 6 marzo

---

<sup>12</sup> Corte EDU, Grande Chambre, 7 giugno 2001, *Kress c/France*, in *RFDA*, 2001, 991, con note di B. GENEVOIS, *L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001. Réconfortant et déconcertant* e di J.L. AUTIN – F. SUDRE, *L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001. Juridiquement fragile, stratégiquement correct*; in *AJDA*, 2001, 675, con nota di F. ROLIN, *Le rôle du commissaire du gouvernement du Conseil d'État au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme*; in *JCP- La Semaine juridique*, 2001, n. 31-35, 1568, con nota di F. SUDRE, *La compatibilité de l'institution du commissaire du Gouvernement près le Conseil d'État à l'article 6 de la Convention EDH : l'arrêt Kress c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme ou le triomphe des « apparences »*; in *Dalloz*, 2001, jur., 2619, con nota di R. DRAGO, *Le Conseil d'État français et la Convention européenne des droits de l'homme*.

<sup>13</sup> Si veda l'attuale formulazione dell'art. R. 733-3 del Code de justice administrative (CJA), nonché la decisione d'irricevibilità Corte EDU 15 settembre 2009, *Étienne c. France*, in *www.echr.coe.int*, con la quale la Corte conferma la compatibilità della riformata figura del *rapporteur public* con le garanzie imposte dall'art. 6 CEDU.

<sup>14</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 del 23 luglio 2008, la quale ha introdotto la previsione della possibilità per il Conseil d'Etat di essere investito della funzione consultiva dal Presidente dell'Assemblée nationale o del Senato con riferimento ad un progetto di legge presentato da membri del Parlamento.

<sup>15</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 settembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, in *www.echr.coe.int*; in *Serie A*, 326; in *RFDA*, 1996, 777, con nota di J-L. AUTIN – F. SUDRE, *La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme*; in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, 828; Id., 6 maggio 2003, *Kleyn et autres c/ Pays-Bas*, in *www.echr.coe.int*; in *AJDA*, 2003, 1490, con nota di F. ROLIN, «*Encore une minute Monsieur le bourreau*»...le débat sur le dualisme fonctionnel des cours suprêmes devant la Cour européenne des droits de l'homme continue. Con la sentenza *Procola* del 1995, la Corte ha individuato un vizio d'imparzialità strutturale del Consiglio di Stato di Lussemburgo, il quale, nel caso di specie, aveva adottato una decisione giurisdizionale, pronunciandosi in una formazione collegiale, all'interno della quale quattro

2008 a prendere alcune precauzioni normative al fine di evitare che uno stesso Consigliere abbia ad esprimersi in funzione di giudice su di una questione già trattata nell'esercizio della funzione consultiva<sup>16</sup>. L'intervento normativo era anche stato indotto da una pronuncia della Corte europea relativa ad una decisione d'irricevibilità di un ricorso nei riguardi della Francia nel caso *G.L. et S.L. c/ France* del 2003<sup>17</sup>. La Corte, in quell'occasione, aveva rilevato, nel funzionamento del Consiglio di Stato francese e nello statuto dei suoi membri, una «*possibilité de confusion*» di funzioni consultive e giurisdizionali, suscettibile di provocare un'imparzialità strutturale della stessa istituzione; una possibilità che, tuttavia, nel caso concreto oggetto di decisione, «*faute de preuve contraire*», non si risolveva in una carenza d'imparzialità dei membri del *Conseil d'État*.

Resta, peraltro, in dubbio di fronte al tenore delle decisioni della Corte europea se il vizio d'imparzialità obbiettiva - in ragione del quale la mera apparenza di un rischio di condizionamento dell'attività di giudizio ad opera di una pregressa attività consultiva possa ingenerare nei ricorrenti un ragionevole dubbio sull'equità del processo decisionale, e, quindi, integrare una violazione del principio di cui all'art.6, par.1, CEDU - debba riferirsi alle peculiarità delle fattispecie decise, in ragione della particolare composizione dei membri del collegio giudicante, o, viceversa, estendersi alla più generale questione della legittimità di un cumulo di funzioni, amministrative e giurisdizionali, in capo alla medesima istituzione deputata a risolvere controversie fra privati e pubblica amministrazione<sup>18</sup>. Certo, proprio il fatto che anche nell'ordinamento

---

membri su cinque avevano in precedenza partecipato all'attività consultiva, concernente lo schema di regolamento sulla cui base era stato emanato il provvedimento oggetto di giudizio. In seguito alla decisione della Corte EDU la Legge di revisione costituzionale del 12 luglio 1996, entrata in vigore il 1° gennaio 1997, reperibile al sito ufficiale del Conseil d'Etat lussemburghese [www.ce.etat.lu](http://www.ce.etat.lu), è intervenuta a trasformare tale istituzione nello Stato del Lussemburgo, privandola delle originarie attribuzioni giurisdizionali.

<sup>16</sup> Décret n° 2008-225 del 6 marzo 2008. A commento cfr. F. MODERNE, *La réforme du Conseil d'Etat (décret n° 2008-225 du 6 mai 2008, relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat*", in *Revue française de droit administratif*, 2008, 213.

<sup>17</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 marzo 2003, *G.L. et S.L. c/ France*, in *Recueil*, 2003-III.

<sup>18</sup> Per siffatta duplice lettura delle posizioni del giudice europeo nei casi *Procola* e *Kleyn*, si vedano le riflessioni di M. KUIJER, *The blindfold of Lady Justice*, Leiden, 2004, 414 e ss., il quale, riferendosi in particolare all'impatto delle decisioni della Corte europea sul supremo organo di giustizia amministrativa olandese, rileva: «The most drastic solution would be a strict separation of advisory and judicial functions. The traditional dual function of the Council of State would then vanish. This would mean that other institutions would take over its role [...], leading to a complete reorganisation of administrative law. The "strict separation" approach is favoured by some of the dissenters in the *Kleyn* case. In his dissenting opinion, Judge Tsatsa-Nikolosvska (joined by Strážnickà and Ugrekheldize) states: "An even better possibility to remove all doubts would of course be to incorporate administrative law proceedings entirely in the regular judicial system by establishing either a separate

francese si sia sentito il bisogno d'intervenire con tale riforma, dimostra che questioni di commistione fra poteri siano un rischio possibile, e vi sarebbe da riflettere se si tratti di semplici questioni risolvibili con riforme procedurali, o se piuttosto non siano aspetti che involvano più a fondo la stessa natura del Consiglio di Stato come istituzione. In tal senso, la posizione della Corte europea verrebbe a scontrarsi con consolidate tradizioni secolari di diversi Paesi europei, che, come avviene proprio nei riguardi dell'esperienza francese<sup>19</sup>, vedono in detto organo la massima espressione di garanzia della legalità dell'azione amministrativa, la quale viene ad attuarsi non solo attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, ma anche assicurando un'uniforme interpretazione della legge, mediante l'apporto dell'attività consultiva, nell'ambito dell'ordinamento della pubblica amministrazione<sup>20</sup>.

### 3. Tutela soggettiva e giudice amministrativo in Germania

Il principio di separazione dei poteri è viceversa invocato in Germania proprio per fondare la previsione costituzionale dell'individuazione del giudice amministrativo quale branca dell'ordinamento giudiziario, con stessa indipendenza e status dei giudici ordinari.

Nessuna specialità. Nessuna connessione con il potere esecutivo o legislativo. Nessuna funzione consultiva che affianchi quella giurisdizionale. I giudici amministrativi tedeschi hanno la stessa formazione dei giudici ordinari, non strettamente connessa quindi alla sola area pubblicistica. L'idea di fondo qui è che il riparto risponda solo a esigenze di specializzazione nei riguardi dell'*Öffentliche Recht* e non a poteri giurisdizionali distinti ed antagonisti.

Ne deriva un sistema fluido con la possibilità per ciascuna giurisdizione di verificare autonomamente e in modo definitivo la sua giurisdizione su di una

---

administrative law division at the level of the Netherlands Supreme Court or a separate administrative judicial authority as a final appeal body”».

<sup>19</sup> Si leggano ad esempio le conclusioni del *Commissaire du gouvernement* J.-C. BONICHOT alla decisione del Conseil d'État, 5 aprile 1996, *Syndicat des avocats de France*, in *Rec.*, 1996, 118 ; in *RFDA*, 1996, 1195, «on peut faire comprendre à des juges européens, qui d'ailleurs le savent, que le Conseil d'État est l'expression même de la conception française de la séparation de pouvoirs, que la dualité de ses attributions lui donne un poids considérable vis-à-vis de l'État et que ce mode de fonctionnement, profondément ancré dans la tradition française donne des résultats que, dans beaucoup de pays, on cherche à atteindre».

<sup>20</sup> Per siffatti rilievi si vedano i contributi di F. PATRONI GRIFFI, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*; G. BARBAGALLO, *La funzione di garanzia del diritto obiettivo delle Corti Supreme e la consultazione del Consiglio di Stato*; R. CARANTA, *La riforma della giustizia amministrativa. Rilievi comparatistici*, tutti in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., rispettivamente 105, 113 e 133; nonché, più di recente, *La fonction consultative des Conseils d'État*, Séminaire des Conseils d'État, 16 febbraio 2004, Le Haye, in [www.raadvst.consetat.be](http://www.raadvst.consetat.be). Per uno studio comparato sui caratteri del Consiglio di Stato, quale organo consultivo ed insieme giurisdizionale, in Francia ed in Italia, si veda Y. MÉNY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994.

singola controversia. Il riparto viene definito secondo il cd. criterio della prevenzione, secondo cui è il primo giudice adito a definire la questione di giurisdizione (affermando la propria, o negandola ed indicando quella competente). A ciò si aggiunga la possibilità per ciascuna delle due giurisdizioni, civile e amministrativa, di risolvere rispettivamente tutte le questioni di diritto pubblico o privato in via incidentale<sup>21</sup>.

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

E non è certo un caso che, proprio nel sistema tedesco in cui è in cui particolarmente evidente il rapporto fra giurisdizione amministrativa e tutela di un diritto pubblico soggettivo, si sviluppi il più intenso sindacato sulla discrezionalità dell'azione amministrativa. Un sindacato che si fonda su di una limitata individuazione della discrezionalità pura (*Ermessen*---che c'è soltanto quando la norma attributiva del potere espressamente assegna all'amministrazione la facoltà di scegliere fra diversi possibili comportamenti) ed il controllo pieno e diretto di quanto non è considerato discrezionale, ovvero l'applicazione di norme che si limitino a contenere concetti giuridici indeterminati (*umbestimmte Rechtsbegriffe*), in quanto valutazioni opinabili dell'autorità amministrativa che possono essere verificate, anche in senso sostitutivo, nella loro correttezza<sup>22</sup>.

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

“*Sporadic and peripheral*”: così veniva definito già da De Smith il sistema di *judicial review on administrative action* per la ragione secondo cui “*the administrative process is not, and cannot be, a succession of justiciable controversies*”. La dottrina del *judicial self restraint* si fonda sul rilievo in base al quale “*public authorities are set up by the law to govern and administer, and if their every act or decision were to be reviewable by the courts, the business of administration could be brought to a standstill*”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. H. MAURER, *Doit Administratif Allemand*, Traduit par M. FROMONT, Paris, 1994; M. FROMONT, *Droit Administratif des Etats européens*, Paris, 2006; M. P. SINGH, *German Administrative Law in Common law Perspective*, Heidelberg, 2001.

<sup>22</sup> Questo almeno di regola. Eccezioni si sono formate per via giurisprudenziale per esempio in tema di valutazioni d'esame, o in materie quali quelle pianificatorie e ambientali, nelle quali maggiormente evidenti sono il carattere prognostico della valutazione e la responsabilità della pubblica amministrazione. Al riguardo cfr. D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 309.

<sup>23</sup> H. WOLF- J. JOWELL-A. LE SEUR, *De Smith's Judicial Review*, 6<sup>th</sup> ed., London, 2007, 5.

L'individuazione di un modello "classico" di diritto amministrativo trova in terra inglese sue determinate peculiarità, laddove il sindacato giurisdizionale sul potere autoritativo, vincolato o discrezionale, della pubblica amministrazione, non risente della costruzione teorica del provvedimento amministrativo e dell'individuazione dei relativi vizi di legittimità, caratteristica dei sistemi continentali di *civil law*<sup>24</sup>. Il mancato riferimento allo schema classico provvedimentale non preclude, tuttavia, l'esistenza di un controllo sulla "decisione amministrativa ugualmente connesso ad una rigida individuazione dei possibili vizi dell'attività amministrativa sindacabili in sede di *judicial review*."

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

Gli *administrative tribunals* sono organi a carattere amministrativo, aventi funzioni giurisdizionali esercitate al di fuori della magistratura ordinaria<sup>25</sup>. Storicamente sorti quali organi di amministrazione giustiziale, in conseguenza della caratteristica anglosassone dell'assenza di una netta separazione tra il potere esecutivo e giudiziario, e cresciuti in modo considerevole sotto il profilo numerico in corrispondenza dei diversi settori di competenza del *welfare state*, gli *administrative tribunals* sono stati oggetti di diverse riforme, tutte volte a migliorarne l'efficienza e a garantire un'omogeneità nell'esercizio dei loro poteri e nello svolgimento delle procedure. Da ricordare, in particolare, la recente riforma ad opera del *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, con il quale si sono concentrate le competenze, prima suddivise tra una pluralità di *tribunals* operanti a livello settoriale, in capo a due soli organi a carattere generale: il *First-tier Tribunal*, giudicante in primo grado, e l'*Upper Tribunal*, con funzioni d'appello e anche di prima istanza in particolari ipotesi<sup>26</sup>. Si tratta di organi a composizione mista, con presenza di giudici (anche provenienti dalle corti ordinarie) e di altri membri tecnici, con caratteristiche d'indipendenza dal potere esecutivo e dotati di una particolare esperienza in un determinato settore dell'amministrazione. Decidono con procedure para-giurisdizionali, ispirate al principio della *natural justice*, caratterizzate, peraltro, da una

---

<sup>24</sup> Per un'approfondita analisi al riguardo cfr. G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, e S. BATTINI- B. G. MATTARELLA – A. SANDULLI, *Il procedimento*, entrambi in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., rispettivamente 19 e ss. e 139 e ss.; nonché S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e Regno Unito*, cit., 1 e ss.

<sup>25</sup> In tal senso M. MACCHIA, *La riforma degli administrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 212. Per uno studio approfondito in argomento cfr. G. LUGUNANA, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremarica*, Torino, 2010.

<sup>26</sup> Sulla riforma cfr. ancora, oltre ai contributi citati alla nota precedente, G. LUGUNANA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 432.

particolare snellezza, flessibilità e celerità (la rappresentanza legale non è ad esempio obbligatoria e, a differenza delle corti ordinarie, i tribunali non sono vincolati alla regola del precedente). Il sindacato può spingersi, nel giudizio di primo grado, fino al merito dell'azione amministrativa, mentre in appello una decisione del *First-tier Tribunal* può essere impugnata dinnanzi all'*Upper Tribunal* solo per motivi di legittimità. Sempre ancora “*on a point of law*” la decisione del tribunale di secondo grado può essere sindacata in *judicial review* dinnanzi alle corti ordinarie, ed in particolare alla *High Court*<sup>27</sup>.

Le corti ordinarie (*High Court*, *Court of Appeal* e *Supreme Court of the UK*<sup>28</sup>) offrono, dunque, un secondo livello di tutela, con l'applicazione della particolare procedura del *judicial review*, che si svolge secondo un rito attinto dalle regole di procedura civile, ed in particolare disciplinato dalla *Part 54* delle *Civil Procedure Rules*. All'interno della *Queen's Bench Division* della *High Court* opera, quale corte ordinaria di primo grado giudicante in *judicial review*, la *Administrative Court*. La denominazione di tale sezione specializzata all'interno della *High Court* non deve, però, trarre in inganno circa una sua ipotetica natura di “giudice amministrativo”. Così denominata in seguito ad una riforma del 2000, l'*Administrative Court* deriva dalla precedente *Crown Office List*, una lista di giudici all'interno della *Queen's Bench* con particolare competenza nel settore del *judicial review*. E questa è ancora la composizione attuale della *Court*, con giudici, esperti della particolare procedura di *judicial review*, ma che decidono anche controversie secondo il rito ordinario delle *civil procedure rules*<sup>29</sup>.

In sede di *judicial review* le corti inglesi sono riuscite a sviluppare nel corso degli anni un sistema complesso di principi, alla luce dei quali ampliare il controllo giurisdizionale sull'attività della pubblica amministrazione, dirigendosi a vagliare sia la sostanza della decisione effettuata dall'autorità amministrativa, sia la forma e le modalità (ovvero il procedimento) attraverso cui si è giunti a quella decisione<sup>30</sup>. La classificazione dei diversi *grounds of review*, corrispondenti

---

<sup>27</sup> Il *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* prevede, peraltro, una particolare procedura di trasferimento dei ricorsi di *judicial review* dalla *High Court* all'*Upper Tribunal*, in modo tale da ridurre in determinati casi (per materie predefinite dal Lord Chief Justice o su indicazione della stessa *High Court*) il contenzioso dinnanzi alle corti ordinarie.

<sup>28</sup> Prima del *Constitutional Reform Act 2005* (riforma che ha comportato la separazione della funzione giudiziaria da quella legislativa all'interno della *House of Lords*) era il *Judicial Committee* della *House of Lords*.

<sup>29</sup> In tal senso D. OLIVER, *What. If. Any, Public-Private Divides exist in English Law?*, cit., 11, che osserva come l'*Administrative Court* rimanga, anche dopo la riforma del 2000, «a list of judges who spend part of their time hearing cases brought by a particular procedure in which a limited range of remedies are available in respect of certain decisions by public or private bodies exercising 'public functions'. [...] For the rest of their time they hear ordinary cases [...]».

<sup>30</sup> Cfr. ancora H. WOLF- J. JOWELL- A. LE SEUR, *De Smith's judicial review*, cit., 3, in cui si osserva come: «over a relatively short period, English courts reduced the zone of immunity from legal challenge formerly surrounding a great deal of action by public authorities. The

all'indagine sulla sussistenza di tali vizi, deve qui la propria costruzione alla necessità di delineare un equilibrio fra potere discrezionale dell'autorità amministrativa e limiti del controllo giurisdizionale effettuato dalle corti, all'esigenza cioè di assicurare garanzie di controllo su decisioni di *policy*, seppure nel rispetto dell'atteggiamento di *deference* che i giudici inglesi riservano al potere dell'esecutivo, in quanto legittimato nella sua azione dal Parlamento secondo il fondamentale principio della *rule of law*<sup>31</sup>. Tale duplice livello di controllo giurisdizionale si riscontra nell'individuazione delle tipologie di vizi sindacabili in *judicial review* secondo lo schema disegnato da Lord Diplock nel noto caso *GCHO*<sup>32</sup>, e poi costantemente recepito in dottrina e giurisprudenza, in cui si distingue fra *illegality*, *irrationality* e *procedural impropriety*. Lo stesso schema, peraltro, viene oggi integrato dalle stesse corti inglesi in rapporto all'influenza del diritto europeo, da intendersi non solo con riferimento all'impatto del diritto comunitario, che sicuramente fin dal *European Community Act* 1972 ha inciso sulla definizione dei diversi *grounds of review*, ma anche con riguardo al più recente *Human Rights Act* 1998, che, nell'incorporare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nell'ordinamento inglese, assegna alle corti un importante ruolo di "garanti" dei diritti convenzionali, da esercitare in armonia con i principi interpretativi espressi dalla giurisprudenza della Corte europea, con conseguente definizione di nuovi *standards* di tutela nel *judicial review*<sup>33</sup>.

*Illegality* e *irrationality* vengono definiti *substantive grounds of review* in quanto concernono il contenuto della decisione e dunque il risultato sostanziale dell'attività amministrativa oggetto di sindacato, mentre il vizio di *procedural*

---

task involved the jettisoning of many of conceptual barriers and disfiguring archaism which had inhibited the development of effective judicial review».

<sup>31</sup> La questione è ben illustrata in A. W. BRADLEY, *Relations between Executive, Judiciary and Parliament: an Evolving Saga?*, in *Public Law*, 2008, 470. Per un'analisi del carattere di *deference* nella recente case law cfr. altresì P. CRAIG, *The Courts, the Human Rights Act and Judicial Review*, in *LQR*, 2001, 117, 589; nonché R. CLAYTON Q.C., *Judicial deference and "democratic dialogue": the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998*, in *Public Law*, 2004, 33; D. NICOL, *Are Convention rights a no-go zone for Parliament?*, in *Public Law*, 2002, 447.

<sup>32</sup> *Council of Civil Service Unions v. Minister of State for the Civil Service*, [1985] AC 374, concernente l'impugnazione di un provvedimento ministeriale che vietava l'iscrizione ai sindacati dei dipendenti del GCHO, un centro di comunicazioni strategiche, su cui R. CARANTA, *Judicial Review*, in *Digesto Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 60.

<sup>33</sup> Al riguardo sia consentito il rinvio a S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, in part. 99 e ss. Proprio con riferimento a tale nuovo ruolo delle corti inglesi, sembra rilevante sottolineare come in alcune fondamentali opere dottrinali sul *judicial review on administrative action*, come ad esempio nella Sesta edizione del 2007 del celebre *De Smith's judicial review*, il rispetto dei *Convention rights* venga analizzato come quarta tipologia di *ground of review*, utilizzabile dalle Corti per vagliare la legittimità dell'azione amministrativa sotto nuovi profili sostanziali ma anche procedurali (come si vedrà ad esempio per l'estensione ai procedimenti amministrativi delle garanzie dell'art. 6 CEDU sull'equo processo).

*impropriety* attiene appunto ad aspetti procedurali, ovvero al modo in cui si è giunti ad adottare la decisione soggetta al controllo giurisdizionale<sup>34</sup>. In realtà, nell'utilizzo di tali *grounds*, procedura e sostanza spesso si fondono per divenire unico oggetto di sindacato giurisdizionale. La procedura, in tali casi, diviene condizione fondamentale per un contenuto legittimo della decisione. Come si è ben evidenziato in dottrina, nell'attuale sistema di *judicial review* la funzione teleologica delle corti inglesi, diretta ad assicurare la realizzazione di una “*good public administration*”, si realizza attraverso l'indagine sul rispetto dei principi di *lawfulness*, *fairness* e *reasonableness*, unitariamente considerati non solo quali elementi chiave per un corretto adempimento da parte delle autorità dell'obbligo di buona amministrazione, ma anche quali imprescindibili garanzie di tutela dei diritti individuali di fronte ai pubblici poteri<sup>35</sup>.

#### 4.1. La nozione di “public authority”.

Nonostante il sistema di *judicial review* si fondi sulla mera previsione di particolari regole di procedura disciplinate dalle stesse *Civil Procedure Rules*, senza, quindi, acquisire i caratteri di un autonomo “processo amministrativo”, si assiste anche nel sistema inglese ad un acceso dibattito, in dottrina ed in giurisprudenza, sulla definizione dei criteri ai sensi dei quali riconoscere l'ambito applicativo di tale particolare procedura. Il controllo sull'azione amministrativa ad opera delle corti ordinarie in sede di *judicial review* viene ricondotto all'individuazione della complessa nozione di “*public function*”. Le difficoltà in merito a siffatta definizione sorgono, come ha sottolineato la stessa dottrina anglosassone, dall'assenza nel diritto pubblico inglese di una compiuta definizione di “*what must be defined as public in English law*”<sup>36</sup>. Il riferimento nella *case law* alla nozione di “*public authority*” rimane ancora oggi piuttosto confuso ed indeterminato, laddove non venga supportato da una specifica e delimitata definizione legislativa, presente, peraltro, solo per specifici settori dell'azione amministrativa<sup>37</sup>. La tendenza, come si vedrà

---

<sup>34</sup> Cfr. I. LOVELAND, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights*, 4<sup>th</sup> ed., Oxford 2006, 503 e ss.; nonché, *ex multis*, A. W. BRADLEY- K.D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, 2007, 725 e ss.; J. ALDER, *Constitutional and Administrative Law*, 5<sup>th</sup> ed., London, 2005, 357 e ss.; A. TOMKINS, *Public Law*, Oxford, 2003, 176 e ss.

<sup>35</sup> Per tali rilievi cfr. C. HARLOW – R. RAWLINGS, *Law and Administration*, 3<sup>rd</sup> edn, Cambridge, 2009, in part. chs 1-2; T. ALLAN, *Law, Liberty and Justice*, Oxford, 1994.

<sup>36</sup> Cfr. J. W. F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford, 2000, 72, come richiamato anche da D. CAMPBELL, *The Nature of Power as Public in English Judicial Review*, in *Cambridge Law Journal*, 2009, 92; C. DONNELLY, *The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance*, in M. RUFFERT (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London 2009, 186.

<sup>37</sup> Un esempio in proposito è fornito dalle previsioni del Freedom of Information Act 2000, che, nell'imporre l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere accessibili le informazioni, indica, nel primo allegato (First Schedule) dell'Act, una lista di autorità su cui grava tale obbligo.

meglio fra breve, è quella di delineare una nozione piuttosto restrittiva che consenta di restringere il campo di applicazione del *judicial review*, in quanto procedura “speciale” finalizzata ad un sindacato sull’esercizio di poteri speciali (il controllo sull’esercizio dei pubblici poteri).

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

Ai sensi delle *Civil Procedure Rules* (‘CPR’) Part 54.1, un ricorso in *judicial review* deve essere rivolto a valutare «*the lawfulness of an enactment or a decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function*». Nella decisione sul caso *Datafin* la *Queen’s Bench Division* interpretò tale previsione sottolineando il riferimento alla “natura” del potere, con la conseguenza di definire un “*public power*” indipendentemente dal fondamento legislativo o regolamentare del medesimo<sup>38</sup>. La natura del potere pubblico viene, in particolare, indagata dalla giurisprudenza con riferimento all’ambito di applicazione del *judicial review* attraverso il ricorso a due diversi criteri (*tests*): il “*but-for*” *test* (a mente del quale una funzione deve considerarsi “pubblica” laddove, in assenza di un soggetto privato eventualmente chiamato a svolgere tale funzione, la stessa dovrebbe inevitabilmente essere assunta in capo ad un ente pubblico<sup>39</sup>) e lo “*statutory underpinning*” *test* (secondo il quale una funzione avrebbe carattere pubblico se l’organo che la esercita è regolato da una disposizione legislativa, che ne preveda le regole e i limiti di azione<sup>40</sup> o che comunque provveda a determinare diritti e doveri dei soggetti sottoposti all’azione di detto organo<sup>41</sup>).

---

<sup>38</sup> *R. v. Datafin, ex p Panel on Takeovers and Mergers* [1987] Q.B. 815.

<sup>39</sup> Così ad esempio in *R. v. Football Association Ltd ex p Football League Ltd* [1993] 2 All E.R. 833, Rose J. esclude dal controllo in sede di *judicial review* una decisione della Football Association, in quanto «the government would not become involved in the administration of an activity such as football which exists for the purpose of entertainment and recreation»; o ancora in *R. v. Servite Houses, ex p. Goldsmith* [2000] 3 C.C.L.R. 325, Moses J. non considera come “public function” «the provision of residential accommodation to the elderly» «because if the Servite Houses did not provide that service on behalf of the Wandsworth Borough Council, the Council could nonetheless make arrangements for another private organization to provide the accommodation».

<sup>40</sup> Si vedano ad esempio *R. v. Haberdashers’ Aske’s Hatcham College Trust, ex p T* [1995] E.L.R. 350 e *R. v. Cobham School, ex p S* [1998] E.L.R. 389, entrambi concernenti la valutazione da parte di istituzioni scolastiche sulle condizioni di iscrizione degli allievi alla scuola. Nelle due decisioni si afferma l’esercizio del controllo in sede di *judicial review* proprio sul presupposto di una previa definizione in via legislativa dei criteri di accesso alle istituzioni scolastiche medesime.

<sup>41</sup> *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p Datafin*, già citato, nel quale Sir John Donaldson M.R. afferma che «the Panel on Take-overs and Mergers must be considered performing a public function, although it had no legal personality, because the admission of a company’s shares to the Official List could be withheld, pursuant to the Stock Exchange (Listing)

Entrambi i criteri hanno comunque condotto a consistenti problemi applicativi, come dimostrano i contrastanti orientamenti dei giudici inglesi nel distinguere fra *private* e *public function*<sup>42</sup>.

Un'ulteriore via per definire la nozione di "*public function*" viene rintracciata più di recente dalle corti nella disposizione della *Section 6* dello HRA 1998<sup>43</sup>. La norma prevede che «[i]t is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right», e definisce come "*public authority*" «any person certain of whose functions are functions of a public nature». Come si è precisato nella *case law* successive all'Act, la previsione racchiude l'indicazione di una dicotomia tra "*core public authorities*", le pubbliche amministrazioni in senso proprio, caratterizzate da una *governmental nature* e quindi obbligate al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quando agiscono in regime pubblicistico così come attraverso strumenti di diritto privato, e "*hybrid bodies*", che, «while not governmental themselves, nonetheless exercise some public functions and to that extent they are bound to respect the ECHR»<sup>44</sup>. In particolare, come sottolinea Lord Nicholls in *Aston Cantlow and Wilmcote and Billesley Parochial Church Council v Wallbank*, occorre, al riguardo, tenere in considerazione tutta una serie di fattori, fra cui «the extent to which in carrying out the relevant function the body is publicly funded, or it is exercising statutory powers, or it is taking the place of central government or it is providing a public services»<sup>45</sup>.

La previsione dello HRA presenta una formulazione diversa rispetto alla disposizione contenuta nelle CPR Part 54.1, in quanto pare introdurre una nozione di *public authority* più ampia rispetto a quella sviluppata dalle corti a partire dalle disposizioni procedurali di *judicial review*<sup>46</sup>. Ciò nonostante, nelle decisioni più recenti, le corti sembrano dirigersi verso un'interpretazione restrittiva della disposizione della *Section 6* dello HRA, che finisce per avvicinarne il contenuto alle precedenti soluzioni giurisprudenziali adottate con riferimento alle *Civil Procedure Rules*.

---

Regulation 1984, in the event that a company breached the panel's City Code on Take-overs and Mergers».

<sup>42</sup> Per una dettagliata analisi in tal senso cfr. D. CAMPBELL, *The Nature of Power as Public in English Judicial Review*, cit., 90.

<sup>43</sup> Sul punto D. OLIVER, *Functions of a Public Nature under the Human Rights Act*, in *Public Law*, 2004, 329.

<sup>44</sup> *Aston Cantlow and Wilmcote and Billesley Parochial Church Council v. Wallbank* [2003] UKHL 37, [2004] 1 A.C. 546, in particolare 554-555 per Lord Nicholls.

<sup>45</sup> *Ibid.*, per Lord Nicholls 555. Nel caso concreto, alla luce della valutazione di tali elementi, una decisione del Parochial Church Council non viene ritenuta censurabile sotto il profilo della violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per carenza, in capo al Council, della natura di "public authority" ai sensi della *Section 6* HRA.

<sup>46</sup> Come sottolinea Lord Hope in *Aston Cantlow and Wilmcote and Billesley Parochial Church Council v. Wallbank*, cit., «the judicial review case law may be helpful but not determinative in understanding *Section 6* of the HRA».

Paradigmatica in tal senso è la decisione sul caso *YL v Birmingham City Council and ors.*<sup>47</sup>, nella quale la *Supreme Court* conferma la stessa soluzione offerta in *Aston Cantlow* sul criterio funzionale, facendo riferimento ad una serie di elementi che devono concorrere al fine di considerare un'attività quale *public function* di un'autorità amministrativa (come, ad esempio, il finanziamento mediante fondi pubblici, l'esercizio di poteri regolamentari, l'assunzione di responsabilità per il corretto assolvimento della funzione, la finalità di pubblico interesse). Con una maggioranza di 3 a 2, la Corte giunge a negare la natura di *hybrid public authority*, ai sensi della *Section 6* dello HRA, ad un soggetto privato incaricato dall'autorità locale della gestione di una comunità-residenza a scopo assistenziale. La pronuncia si rileva particolarmente interessante per lo stesso dibattito che connota e vede contrapposti gli *speeches* dei diversi Lords (Lord Scott, Lord Mance e Lord Neuberger assumono la posizione di maggioranza, mentre Lord Bingham e la Baroness Hale presentano una *dissenting opinion*) sulla rilevanza del contesto nel quale tale funzione assistenziale viene esercitata. La posizione di maggioranza ritiene la presenza di un contratto fra autorità pubblica locale e *provider* privato, quale elemento inequivocabile dell'assenza di una "*function of public nature*". A ciò si aggiunge una considerazione, sviluppata dai Lords riprendendo i criteri del *functional test* impiegato in passato con riferimento alle norme del *judicial review*, circa la sussistenza in capo all'autorità locale di un "*statutory duty to provide or arrange accommodation*", un obbligo la cui inosservanza può essere fatta valere dai privati direttamente nei confronti dell'autorità pubblica locale.

Proprio in ragione delle conclusioni cui giungono i giudici inglesi in tale caso, è stato osservato in dottrina come l'attitudine delle corti a definire la nozione di *public authority* sia in realtà davvero affine, se non identica, sia nell'ipotesi di applicazione dei principi di *judicial review* sanciti nella Part 54 CPR, sia nell'ipotesi di riferimento alla *Section 6* dello HRA<sup>48</sup>. L'intenzione della *case law* sembra, infatti, essere sempre la stessa, circoscrivere la nozione di organo esercitante una funzione pubblica in modo tale da ridurre il campo di applicazione di quelle regole "speciali" che governano ( e limitano) il sindacato giurisdizionale in sede di *judicial review*.

## 5. Tutela procedimentale e tutela giurisdizionale: il modello statunitense

Il diritto amministrativo statunitense è prima di tutto un *procedural law*, un diritto che disciplina il procedimento di *decision-making* condotto dalle *agencies* e che prevede poi forme di tutela giurisdizionale, quale momento di verifica e controllo da parte delle corti ordinarie sulla legalità dell'azione amministrativa.

---

<sup>47</sup> *YL v. Birmingham City Council and ors.*[2007] UKHL 27.

<sup>48</sup> C. DONNELLY, *The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance*, cit., 199; D. CAMPBELL, *The Nature of Power as Public in English Judicial Review*, cit., 100.

Una grande attenzione è, dunque, riservata alle forme procedurali, che in realtà divengono esse stesse, come si vedrà, anche garanzia della posizioni sostanziali dei privati coinvolti nel procedimento amministrativo nel momento in cui sono tutte ispirate ed orientate a garantire il fondamentale principio del *due process*.

Negli Stati Uniti, ancor più che nel Regno Unito, sono i giudici ordinari a controllare l'azione amministrativa. Tuttavia, non esiste un unico rito processuale, ma una pluralità di *reviews* specifici. Il sistema si fonda, infatti, sulla previsione di *statutory remedies*, previsti dalle singole leggi che istituiscono le diverse amministrazioni sulle decisioni delle quali deve essere effettuato il controllo giurisdizionale. Ogni azione amministrativa ha, dunque, lo specifico rimedio processuale previsto dalla legge. La conseguenza è una disciplina molto frammentata, che prevede, peraltro, una sola ipotesi di azione generale, la *federal question jurisdiction*, operante laddove non vi siano disposizioni che prevedono riti specifici<sup>49</sup>.

Al riguardo va, peraltro avvertito come nel sistema americano la tutela giurisdizionale si ponga quasi come una sorta di seconda istanza di tutela, poiché la tutela del privato nei confronti dei pubblici poteri è *in primis* una tutela procedimentale. Concentrando la ricerca sul livello federale (e tenendo presente che sovente gli stessi principi ed istituti si riflettono negli ordinamenti dei diversi Stati membri), si può evidenziare come, accanto al modello tradizionale di *administrative law* – in base al quale le *agencies* sono chiamate a conformarsi alle specifiche direttive legislative del Congresso, con la conseguenza che è la Legge a controllare l'azione amministrativa realizzando la volontà popolare – si sia sviluppato nel sistema americano quello che Richard Stewart chiama un “*interest representation model*”<sup>50</sup>. Un modello diretto ad offrire un approccio sostitutivo della partecipazione politica, attraverso la partecipazione ai processi decisionali a carattere amministrativo di gruppi portatori di “*unorganized public interests*”, ai quali vengano assicurati strumenti partecipativi endoprocedimentali ed adeguati rimedi giurisdizionali tesi a verificare l'effettiva attenzione a tali interessi da parte delle autorità pubbliche nell'assunzione delle scelte finali di governo<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> In argomento cfr. l'ampio studio di B. MARCHETTI, ‘*Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*’, Padova, 2005.

<sup>50</sup> R. B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harr. Law Rev.*, 1667, (1975); ID., *Madison's Nightmare*, in *Univ. Of Chicago Law Rev.*, 57, 1990, 335 ss.; ID., *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2004, 1 ss. Al riguardo si vedano altresì S. CASSESE, *Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 617; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 13; T.TH. ZIAMOU, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, Ashgate, 2002, 29 ss.; J. F. DUFFY, *Administrative common law in judicial review*, 77 *Texas Law Review*, 121 (1998).

<sup>51</sup> L'espressione è stata elaborata da S. G. BREYER – R. B. STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little, Brown and Company, 1979, 1012.

La *ratio* partecipativa nei procedimenti amministrativi non si limita, dunque, ad assicurare un corretto esercizio delle scelte discrezionali esercitate dai soggetti “amministratori”, ma si pone come obiettivo la possibilità di attribuire ai cittadini “amministrati”, singolarmente considerati o, ancor più, organizzati collettivamente in gruppi portatori di interessi determinati, un senso di coinvolgimento nelle scelte operate e nelle procedure decisionali poste in essere dalle *agencies*<sup>52</sup>.

Pietra miliare nella realizzazione di tale modello partecipativo è, nel sistema normativo statunitense, l'*Administrative Procedure Act* (APA) 1946, con il quale si definiscono le procedure che le *agencies* possono seguire per l'adozione delle decisioni di carattere amministrativo e si individuano i rimedi (inclusi quelli giurisdizionali) necessari al fine di verificare la legittimità di queste stesse scelte<sup>53</sup>. La *ratio* cui risponde questo fondamentale *Act* non è soltanto quella di approntare moduli procedurali in grado di proteggere, attraverso la partecipazione, gli interessi dei privati cittadini di fronte alle decisioni amministrative.

La partecipazione viene qui avvertita come elemento fondamentale ed imprescindibile per una “*good governance*” ed una piena ed effettiva realizzazione degli interessi della collettività<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Come rileva R. B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harv. Law Rev.*, 1667, (1975) «Such participation [...] will not only improve the quality of agency decisions and make them more responsive to the needs of the various participating interests, but is valuable in itself because it gives citizens a sense of involvement in the process of government and increases confidence in the fairness of government decisions».

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

<sup>53</sup> Al riguardo W. GELLHORN, *The Administrative Procedure Act: the Beginnings*, 72 *Va. Law Rev.*, 231 (1986) il quale sottolinea come l'Act abbia il fine di assicurare «a reasonable uniformity and fairness in administrative procedures without at the same time interfering unduly with the efficient and economical operation of the Government». Sui profili di tutela giurisdizionale nei confronti delle decisioni delle agencies cfr. B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, cit., 7 ss. Più in generale sulle procedure amministrative innanzi alle agencies e la disciplina dell'APA si vedano R. J. PIERCE, *Administrative Law Treatise*, New York-Gaithersburg, 2002, 8; J. C. ADAMS, *Il diritto amministrativo americano*, Bologna, 1957, 17; nonché più di recente A. C. AMAN, *Globalization, Democracy and the Need for a New Administrative Law*, 10 *Ind. J. Global Leg. Stud.*, 2003, 125.

<sup>54</sup> In proposito, L. SCHULTZ BRESSMAN, *Beyond accountability: arbitrariness and legitimacy in the administrative state*, 78 *N.Y.U.L. Review*, 461 (2003); N. GRECO, *Tem e problemi dello Stato amministrativo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1976, I.

Nella disciplina di entrambe le procedure formali di *rulemaking* - esercitate dalle *agencies* al fine di adottare regolamenti di applicazione generale<sup>55</sup> - e di *adjudication* - nelle quali vengono formulati *orders* diretti a soggetti individuati ed a casi singoli<sup>56</sup> - l'*Administrative Procedure Act* garantisce lo strumento partecipativo attraverso la previsione della possibilità per i privati interessati di presentare memorie scritte, di addurre testimonianze, di richiedere *cross-examinations*.

Va poi menzionata l'istituzione presso le varie *agencies* di *administrative law judges* (ALJs), chiamati a gestire e realizzare, all'interno del procedimento amministrativo, le garanzie partecipative, anche attraverso l'emaneazione di *orders* o *decisions*, poi soggetti ad un'*administrative review* da parte della stessa *agency* cui gli ALJs sono assegnati<sup>57</sup>.

Nell'ipotesi di *informal procedures*, invece, occorre distinguere fra procedure di *rulemaking* e di *adjudication*. Nel primo caso è lo stesso *Administrative Procedure Act* a dettare alcune garanzie di partecipazione riassumibili nella formula del *notice and comment*, ovvero della previsione, contenuta nella Sezione 4 dell'APA, di un obbligo di comunicazione in capo a ciascuna *agency* circa la volontà di adottare un regolamento su di una determinata questione, mediante la pubblicazione di una *draft rule* e l'invito generale ai soggetti interessati di proporre, per iscritto ed anche oralmente, osservazioni e commenti sul progetto presentato<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> La procedura di rulemaking ha come obiettivo "formulating, amending, or repealing a rule". In particolare la Section 551 del Titolo 5 dell'APA definisce come "rule" «the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganization thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefore or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing». In proposito J. M. SCHEIB, *Administrative agreements: should they be in the shadows of the Administrative Procedures Act?*, in *Admin. Law Rev.*, 2003, 477.

<sup>56</sup> L'*order* è definito dal § 551 APA come «the whole or part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in matter other than rulemaking but including licensing». L'attività di *adjudication* consiste in particolare nella «resolution of specific litigation controversies between adversary parties - such as an agency's denial of an individual's claims for benefits, the administrative imposition of penalties on a firm, or the revocation for a licence». Al riguardo E. GELLHORN - R. M. LEVIN, *Administrative Law and Process in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 2003; S.G. BREYER - R. B STEWART - C.R. SUNSTEIN - M.L. SPITZER, *Administrative Law and Regulatory Policy*; New York, 2002, 653 ss.

<sup>57</sup> Sul punto cfr. ancora B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, cit., 60 e ss.

<sup>58</sup> Ai sensi della Lett. c), § 553, Section 4, APA: «After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral

La procedura di *rulemaking*, in entrambe le sue modalità, formale ed informale, è, dunque, espressione di un dialogo aperto fra poteri pubblici e società civile, dove il principio del *fair hearing* diviene canone fondamentale alla luce del quale ponderare e gestire i diversi interessi coinvolti nell'azione amministrativa<sup>59</sup>. Com'è stato attentamente sottolineato «*given citizens a greater chance to participate in administrative rulemaking can improve the quality of rules made [...]. If the quality [...] of rules is enhanced, so will their authority and ultimately their acceptance by the public [...]. The acceptance of rules issued after genuine public participation will be increased not only as a result of the improved quality of rules, but also because the public itself had the opportunity to co-determine their contents [...]. Increased acceptance of rules can lead in turn to the reduction of friction between the administration and the public*»<sup>60</sup>.

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

Nell'assunzione di siffatte determinazioni vengono, quindi, seguite le regole procedurali che ciascuna *agency* prevede all'uopo con proprie determinazioni interne.

Le garanzie partecipative dei privati cittadini vengono comunque assicurate, anche se forse non così specificamente dettagliate come nel modello formale, attraverso il ricorso alla fondamentale *Due Process Clause*. Prevista per ben due volte in Costituzione, nel Primo Emendamento in relazione al livello di governo federale, e nel Quattordicesimo Emendamento nei confronti degli Stati membri, la *Due Process Clause* costituisce il pilastro fondamentale nel sistema statunitense dei rapporti fra cittadini e pubblici poteri<sup>61</sup>.

---

presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose».

<sup>59</sup> Al riguardo, si veda, in particolare, S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1998, 1019; nonché G. F. FERRARI, *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 421; M. COMBA, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. Soc.*, 1992, 269; G. GARDINI, *Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Reg. gov. Loc.*, 1992, 757; G. ARENA, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 279; R. BETTINI, *Aspetti della partecipazione amministrativa negli USA*, in *Studi parl. Pol. Cost.*, 1975, 117; R. PEREZ, *L'istruzione del procedimento amministrativo (studio sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 623.

<sup>60</sup> T. TH. ZIAMOU, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, Ashgate, 2002, 247 ss. Più in generale, sulla rilevanza della procedura di notice and comment cfr. S. N. SUBRIN – A. R. DYKSTRA, *Notice and The Right to be Heard: the Significance of old friends*, 9 *Harv. Civil Rights – Civil Liberties Law Rev.*, 449 (1974).

<sup>61</sup> In proposito, ex multis, S. A. SHAPIRO & R. E. LEVY, *Government benefits and the rule of law: toward a standards-based theory of due process*, 57 *Adm. Law Rev.*, 108 (2005); P.L. STRAUSS, *Administrative Justice in the United States*, 49, 2<sup>nd</sup> ed., (2002); MASHAW, *Due Process in the*

L'obbligo di *notice*, il diritto ad essere ascoltati “*by an unbiased decisionmaker*”, il principio del contraddittorio ed il ricorso all'*evidence* quale strumento di supporto all'adozione delle scelte amministrative sono alcuni dei contenuti essenziali di tale clausola fondamentale, come evidenziati dalla dottrina ed analiticamente precisati nelle *opinions* della *Supreme Court*.

In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato nella sua giurisprudenza le condizioni necessarie al godimento di tali garanzie da parte dei privati interessati in procedimenti informali innanzi alle *agencies*, richiedendo che:

- 1) il soggetto privato sia “*exceptionally affected*” dalla decisione amministrativa;
- 2) emerga, dall'analisi della singola fattispecie, la possibilità per il cittadino d'influenzare, con la propria partecipazione alla procedura, il potere di valutazione dell'*agency* procedente;
- 3) la decisione amministrativa finale venga ad incidere su di un “*interest protected by the Constitution (life, liberty and property)*”<sup>62</sup>.

## 6. Una riflessione conclusiva

Dopo questa breve rassegna di alcuni fra i caratteri essenziali dei sistemi di tutela nei confronti dell'azione amministrativa sopra descritti, sembra potersi rilevare come qualunque sia la scelta ordinamentale in tema di giurisdizione sui pubblici poteri (esistenza di un giudice amministrativo, speciale come in Francia, o appartenente all'ordine giudiziario come in Germania, corti comuni e organi specializzati come nel Regno Unito, o tutela giurisdizionale e procedimentale come negli Stati Uniti) un'esigenza si pone come imprescindibile, anche se ancora non pienamente, e comunque non uniformemente, attuata nei diversi ordinamenti<sup>63</sup>. È l'esigenza di garantire che

---

*Administrative State*, New Haven, 1985; E. RUBIN, *Due Process and the Administrative State*, 72 *Cal. Law Rev.*, 1044, (1984); nonché, nella dottrina italiana, per un'interessante comparazione fra “due process clause” e diritto di voto, M. COMBA, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. Soc.*, 1992, 269 ss.

<sup>62</sup> Si veda, a paradigma di tali condizioni, le *opinions* della *Supreme Court* *Londoner v. Denver*, 210 U.S. 373 – 1908; *Bimetallic Inv. Co. V. State Board*, 239 U.S. 441 – 1915; *Weinberger v. Hynson Westcott & Dunning Inc.*, 412 U.S. 609 - 1973; nonché, nell'elaborazione dottrinale, A.C. AMAN – W. T. MAYTON, *Administrative Law*, St Paul, Minn., 2001; R. J. PIERCE, *Administrative Law Treatise*, New York – Gaithersburg, 2002, 568, secondo cui «to resolve a dispute under the Due Process Clause, a court must ask two questions. Does the government action deprive an individual of 'life, liberty or property'? Assuming the answer is yes, the court then ask: How much process is due».

<sup>63</sup> Come osserva G. DELLA CANANEA, *Per uno studio storico e comparato della giustizia amministrativa*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, cit., 34, i moderni ordinamenti liberal-democratici includono tutti «un “sistema” di giustizia amministrativa, pur se le concrete, storiche, manifestazioni di esso hanno rilevanza e articolazioni diverse in relazione allo stadio di sviluppo degli istituti

la ricerca della legalità dell'azione amministrativa non vada a scapito di una garanzia, sostanziale ma, prima ancora ed insieme, processuale delle posizioni del privato cittadino. Un'esigenza che, pur risolvendosi nell'accurata scelta di adeguati strumenti di tutela, necessita a priori di un ulteriore elemento imprescindibile: la certezza del diritto, quale condizione preliminare del riparto ai fini della tutela giurisdizionale.

Una certezza, che, come dimostra anche l'esempio dell'ordinamento italiano, non sempre risulta pienamente assicurata.

Eppure è la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ad aver sottolineato di recente il rapporto fra certezza giuridica e giurisdizione. Anche nel caso di un non ben definito criterio di riparto, e quindi di fronte al verificarsi di contrasti interpretativi fra giurisdizioni all'interno di un dato sistema nazionale in relazione alle condizioni di accesso alla tutela giurisdizionale, il giudice di Strasburgo ha, infatti, rintracciato una grave violazione della garanzia di un ricorso effettivo e del diritto all'equo processo, rispettivamente enunciati agli artt. 6 e 13 CEDU, posto che «*la réglementation en matière de conditions de recevabilité des recours doit présenter une cohérence et une clarté suffisantes*» e che «*la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs*»<sup>64</sup>.

---

rappresentativi, alla struttura di ogni società, alla cultura o alle culture che essa è in grado di esprimere».

<sup>64</sup> Così, ad esempio, Corte EDU, 20 agosto 2008, *Santos Pinto C. Portugal*, in *www.echr.coe.int*.