

CLARA NAPOLITANO

**VERSO LA CODIFICAZIONE DEL
PROCEDIMENTO
AMMINISTRATIVO DELL'UNIONE
EUROPEA: PROBLEMI E
PROSPETTIVE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CLARA NAPOLITANO

VERSO LA CODIFICAZIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DELL'UNIONE EUROPEA: PROBLEMI E PROSPETTIVE

Resoconto dell'Incontro di studi - Milano, 7 novembre 2014

Prosegue il confronto sulla codificazione del procedimento amministrativo europeo: dopo l'incontro tenutosi a Bruxelles nei giorni 19-20 maggio 2014 (1), i componenti del Comitato direttivo di ReNEUAL (2) ne hanno svolto un secondo sulle *Draft model rules* a Milano, nella storica sede dell'Università statale degli Studi.

Ciò, proprio come da loro auspicato nella redazione delle *Model rules*, che sono state elaborate seguendo tre fasi successive: la prima, quella della ricerca delle fonti normative e dei valori costituzionali da poter tradurre in norma uniformemente valida a livello europeo; la seconda, quella della redazione delle norme; la terza, appunto, quella del dibattito tra tutti i membri e coloro — pratici o studiosi del diritto che siano — che, con le loro osservazioni, possono contribuire al miglioramento del testo (3).

(1) Per il resoconto sull'incontro di studi tenutosi presso il Parlamento europeo a Bruxelles ci si permette di rinviare a C. NAPOLITANO, *EU administrative procedures. Presenting and discussing the ReNEUAL draft model rules. Resoconto del Convegno ReNEUAL - Bruxelles*, in questa *Rivista*, fasc. 3-4/2014, p. 879 ss.

(2) Come si legge nella relazione di presentazione delle *Draft model rules*, ReNEUAL è nato nel 2009 dall'iniziativa del Prof. Herwig C.H. Hofmann — Ordinario di Diritto europeo presso l'Università del Lussemburgo — e del Prof. Jens-Peter Schneider — Ordinario di Diritto pubblico presso l'Università di Friburgo — i quali hanno coordinato il *network* assieme al Prof. Jacques Ziller, Ordinario di Diritto europeo all'Università di Pavia. Si tratta di una comunità scientifica che ormai conta al suo interno oltre cento tra studiosi e pratici del diritto, attivi nel campo del diritto pubblico europeo e comparato; cfr. *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, in www.reneual.eu, p. III.

(3) Il processo di elaborazione delle *Model rules* è stato condotto mediante, in primo luogo, uno *screening* delle aree della politica dell'UE e dei sistemi giuridici nazionali in maniera comparativa per identificare i problemi comuni e soluzioni comuni o innovative a tali problemi. Sono stati pertanto oggetto di studio molti settori, tra cui, ad esempio, quello degli aiuti di Stato, quello della tutela ambientale, quello delle telecomunicazioni o quello della ricerca e dell'innovazione. Un secondo passo è consistito nella stesura preliminare di possibili regole individuate in questi modelli, accompagnate con le spiegazioni necessarie sulle scelte effettuate e le fonti consultate. In una terza fase, le *Model rules* sono state costantemente sottoposte alla discussione e revisione, in varie sedi, di studiosi e pratici del diritto. Questo processo ha portato a processi iterativi di riformulazione per migliorare e chiarire il testo. Nella considerazione di ReNEUAL, l'evoluzione del sistema giuridico europeo ha raggiunto un punto in cui tale codificazione non è solo possibile, ma addirittura necessaria per il futuro sviluppo del sistema

L'incontro ha visto la partecipazione, in qualità di relatori, della Prof.ssa Diana-Urania Galetta (4), del Prof. Giacinto Della Cananea (5), della Prof.ssa Barbara Marchetti (6), del Prof. Luca De Lucia (7), del Prof. Guido Greco (8) e del Prof. Jacques Ziller (9).

Ad aprire la sessione di studi il saluto della Prof.ssa Lorenza Violini (10), Direttrice del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università statale, la quale ha presentato l'iniziativa di ReNEUAL come « l'ultima grande fatica della codificazione del procedimento amministrativo », che si pone in continuazione, pur con le proprie caratteristiche, con la codificazione del procedimento amministrativo nel diritto americano (11), ormai risalente a quasi 70 anni fa.

All'indirizzo di saluto ha fatto seguito la relazione introduttiva della Prof.ssa Galetta, la quale ha presentato struttura, articolazioni e funzioni di ReNEUAL.

Il quadro che ne è emerso è quello di un gruppo di studiosi piuttosto ristretto (12), che ha messo a disposizione delle istituzioni europee e — di riflesso — degli Stati membri dell'UE il proprio sapere, le proprie forze ed energie con un'opera sperimentale, che ha attirato l'attenzione, in particolare, del Mediatore (13) e del Parlamento europeo.

L'idea di ReNEUAL — *Research Network on European Administrative Law* — è nata nel 2009, nel corso di una riunione all'Università di Osnabrück (14) tra un gruppo di studiosi provenienti dai vari Paesi dell'Unione europea dall'iniziativa di due promotori di nazionalità tedesca, il

di regolamentazione dell'Unione. Cfr. in proposito *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, in www.reneual.eu, p. 6.

(4) Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano.

(5) Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma - Tor Vergata.

(6) Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Trento.

(7) Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Salerno.

(8) Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano.

(9) Ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Pavia.

(10) Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano.

(11) Con l'ormai noto *Administrative Procedure Act* del 1946, sul quale cfr. J. ZILLER, *Is a law of administrative procedure for the union institutions necessary?*, in questa *Rivista*, fasc. 3-4/2011, pp. 699 ss., il quale afferma che esso ha avuto un fortissimo impatto sullo sviluppo dell'intero diritto amministrativo federale. Più in generale, sul diritto amministrativo comparato, si segnala l'opera di S. ROSE-ACKERMAN e P.L. LINDSETH (a cura di), *Comparative administrative law*, Cheltenham, UK Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2010.

(12) Come detto, oggi ReNEUAL conta poco più di cento membri, ma il Comitato direttivo delle *Draft model rules* (lo *Steering committee*), come affermato dalla stessa Prof.ssa Galetta nella sua relazione, è costituito da tredici membri.

(13) Dapprima, nel 2011, il Mediatore di origine greca Nikiforos Diamandouros, poi, dal 2014, quello di origine irlandese, Emily O'Reilly, attuale Mediatore europeo: sono state organizzate, grazie al contributo del Mediatore europeo, due conferenze presso il Parlamento europeo, finalizzate a discutere proprio del progetto di ReNEUAL, alle quali hanno partecipato come relatori gli stessi membri del gruppo di studio.

(14) Osnabrück ha una valenza quasi simbolica nella vicenda di ReNEUAL e del progetto di codificazione del procedimento amministrativo europeo, in quanto proprio lì, negli anni '90, era nata una iniziativa di analoga importanza, il Progetto di codice civile, delle obbligazioni e dei contratti, da parte del Prof. Christian von Bar, Ordinario all'Università di Osnabrück.

Prof. Jens-Peter Schneider (15) e il Prof. Herwig Hoffman (16), i quali condividevano con tutti gli altri l'idea di fondo dell'importanza del procedimento amministrativo e dell'importanza di compiere uno studio — nato effettivamente come studio di diritto comparato — sul procedimento amministrativo nei vari Paesi dell'UE, ma non solo.

Nel 2011, poi, è stato istituito un gruppo di lavoro — presieduto dall'ex europarlamentare italiano On.le Luigi Berlinguer — presso la Commissione giuridica del Parlamento europeo (JURI), il quale ha svolto diverse audizioni sul tema del procedimento amministrativo dell'Unione europea proprio con i membri dello *steering committee* di ReNEUAL. Da queste audizioni sono poi nate, il 15 gennaio 2013, le Raccomandazioni del Parlamento alla Commissione sul diritto dell'Unione in materia di procedimento amministrativo (17), con le quali il Parlamento ha chiesto alla Commissione « di presentare, sulla base dell'art. 298 TFUE, una proposta di regolamento sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimento amministrativo seguendo le raccomandazioni particolareggiate che figurano nell'allegato seguente » (18). Tutte le raccomandazioni di cui all'allegato fanno riferimento al lavoro di ReNEUAL.

Il lavoro di ReNEUAL — ha sottolineato la Prof.ssa Galetta — è stato supportato anche da *ACA-Europe*, un'organizzazione che include la Corte di giustizia e le alte Magistrature amministrative degli Stati membri (tra le quali, ovviamente, il Consiglio di Stato per l'Italia) e che ha organizzato con ReNEUAL, presso l'Autorità per la sicurezza alimentare dell'Unione europea, un convegno sulla *decision-making procedure* (19).

Importante è stata, infine, la collaborazione con *ELI (European Law Institute)*, che ha contribuito tramite commenti e riflessioni al lavoro di stesura delle *Model rules*.

L'idea iniziale di ReNEUAL è stata quella di condensare in una serie di regole precise e determinate sul procedimento amministrativo i principi generali del diritto dell'Unione europea e i suoi valori costituzionali (20).

(15) Ordinario di Diritto pubblico all'Università di Friburgo.

(16) Ordinario di Diritto europeo all'Università del Lussemburgo.

(17) Si tratta dell'*European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INL))*, pubblicata su www.europarl.europa.eu. Con questa Risoluzione — il cui relatore è stato l'On.le Luigi Berlinguer — il Parlamento ha fornito raccomandazioni alla Commissione europea circa la legge sul procedimento amministrativo da adottare a livello europeo: a tal fine, il Parlamento ha tratto ispirazione concreta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dal pregevole lavoro di ReNEUAL.

(18) Cfr. punto 1 della Risoluzione. Tra le motivazioni che la sorreggono, si fa notare particolarmente quella di cui alla lett. *a*), secondo la quale le competenze dell'Unione europea si sono sviluppate al punto che i cittadini si devono sempre più confrontare con l'amministrazione dell'Unione, senza tuttavia avere i diritti procedurali da attivare e far valere nei suoi confronti nel caso in cui certe azioni si rivelino necessarie.

(19) Conferenza dal titolo « *Food safety: coordinating European and national powers, and judicial review of ruling in this area* ».

(20) Come esposto al par. 1 della relazione *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, in www.reneual.eu, il progetto di ReNEUAL e della sua bozza di codice aspira a determinare come i valori costituzionali dell'Unione possano essere tradotti al meglio in regole sul procedimento amministrativo riguardanti l'applicazione non legislativa del

Come noto, infatti, l'esistenza o meno di regole sul procedimento amministrativo non è una scelta meramente tecnica, libera da scelte di valore (21): è, piuttosto, il contrario, perché i valori e i principi costituzionali sono centrali, e solo rispetto a essi si può giudicare della struttura dei procedimenti per attuare il diritto dell'Unione europea. Pertanto la possibilità di realizzare i principi costituzionali attraverso i procedimenti ha un impatto fortissimo sugli esiti sostanziali dell'azione amministrativa.

Tra i valori costituzionali dell'Unione, identificati come principi fondamentali dell'agire amministrativo europeo, figurano ovviamente principi e valori "forti" come il principio di supremazia della legge in tutte le sue sotto-articolazioni, quali ad esempio il principio di legalità (22), il principio della certezza del diritto (23), quello della proporzionalità dell'azione pubblica (24), il principio della tutela del legittimo affidamento (25).

Tali principi e valori includono quelli di un'Unione europea democratica, basata su un sistema trasparente, che richiede dunque la considerazione dei diritti di partecipazione e di accesso, intesi non solo come diritti di accesso alle informazioni, ma come accesso all'amministrazione europea in sé e per sé considerata. Corollario di queste considerazioni è stato il

diritto e delle politiche europee: così, le regole possono migliorare la qualità del sistema giuridico dell'Unione, semplificarlo, rafforzare la certezza del diritto e colmare le sue lacune, cfr. p. 2. E ancora, i principi costituzionali costituiscono lo *standard* normativo decisivo per la conformazione di regole sul procedimento amministrativo nell'UE, cfr. p. 4.

(21) È quel che si legge anche nella relazione *ReNEUAL Model rules on EU Administrative procedures*, 2014, in www.reneual.eu, cfr. p. 4. Invero, le norme in materia di procedimento amministrativo devono essere progettate per massimizzare il duplice obiettivo del diritto pubblico: quello cioè di garantire che gli strumenti in questione favoriscano l'efficace svolgimento delle funzioni pubbliche e, allo stesso tempo, che i diritti delle persone siano adeguatamente protetti.

(22) Sul principio di legalità, ma non solo, nel diritto europeo, si vedano, tra gli altri e senza alcuna pretesa di esaustività, i contributi di D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 41 ss.; ancora, si veda, nello stesso volume, A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, pp. 79 ss., spec. pp. 85 ss.

(23) Sul principio della certezza del diritto, tra gli altri, si v. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968; M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979; ID., voce *Certezza del diritto*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988. La certezza del diritto « esige che le norme giuridiche siano chiare e precise, ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario »: così, la sentenza Corte giust., 15 febbraio 1996, in causa C-63/93, *Duff*, spec. punto 20, in curia.europa.eu.

(24) Sul principio di proporzionalità non può non farsi riferimento ai contributi di D.-U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in questa *Rivista*, 1993, pp. 837 ss.; ID., *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo del rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in questa *Rivista*, 1997, pp. 89 ss.; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; ID., *Le principe de proportionnalité*, in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (a cura di), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007; ID., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 389 ss.

(25) Si vedano, sul punto, i contributi di J.-B. AUBY, D. DERO-BUGNY, *Les principes de sécurité juridique et de la confiance légitime*, in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (a cura di), *Droit administratif européen*, cit., pp. 484 ss.; J. SCHWARZE, *European administrative law*, London, 1992; più di recente, A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009, pp. 111 ss., con ricchi richiami bibliografici in proposito.

riferimento all'art. 41 del Trattato di Nizza, che ha codificato il diritto dei singoli a una buona amministrazione (26).

La buona amministrazione qui considerata è quella che garantisce l'applicazione dei principi del giusto procedimento (27), nei suoi corollari dell'equità, dell'imparzialità, della tempestività, dell'obbligo di motivazione, della possibilità di chiedere il risarcimento del danno alla p.a. che abbia cagionato un danno nell'esercizio delle proprie funzioni, e così via.

Pertanto, il progetto di codificazione sul procedimento amministrativo europeo ha cercato di identificare le modalità migliori per poter tradurre questi principi e valori costituzionali in regole dei procedimenti amministrativi aventi come oggetto l'attuazione non legislativa del diritto e delle politiche dell'Unione europea.

Le regole elaborate da ReNEUAL — articolate in sei Libri — si applicano solo alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione europea, con l'eccezione molto importante che concerne le regole contenute nei libri V e VI, che riguardano tipicamente attività di co-amministrazione, nelle quali dunque non si può separare l'apporto delle amministrazioni nazionali da quello delle amministrazioni dell'Unione (28).

(26) L. AZZENA, *Catalogo dei diritti e Costituzione europea: relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali (c.d. comitato Simiitis)*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 342 ss.; ID., *Il Giudice comunitario e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nota a Conclusioni dell'Avvocato generale Antonio Tizzano, presentate l'8 febbraio 2001, nella causa C-173/99)*, in questa *Rivista*, 2001, pp. 612 ss.; U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, pp. 33 ss.; R. ADAM, *Introduzione al dossier (Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, pp. 882 ss.; F.M. DI MAJO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: aspetti giuridici e politici*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, pp. 41 ss.; L. FERRARI BRAVO, *La tutela dei diritti in Europa*, *ivi*, pp. 37 ss.; C. ZANGHI, *Prime osservazioni sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 7, pp. 12 ss.; A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, pp. 621 ss.; A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, *ivi*, 2001, pp. 544 ss.; L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2001, pp. 405 ss.; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 193 ss.; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, Bologna, 2001; G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001. Della Carta di Nizza parla anche, nel quadro della (mancata) costituzionalizzazione dell'Europa, J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2004, e ID., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; da ultimo, ID., *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, pp. 180 ss.

(27) La nozione si usa volutamente al plurale, in ossequio a quanto affermato da A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, in M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., pp. 509 ss., secondo il quale il principio del giusto procedimento sembra essere più un metaprincipio, che contiene in sé altri principi più specifici: « in esso confluiscono, a seconda delle diverse impostazioni dottrinali, la pretesa dei destinatari dell'azione amministrativa di essere ascoltati e più in generale di partecipare, la pretesa ad un comportamento corretto, equo ed imparziale da parte dei pubblici poteri, la pretesa di conoscere le ragioni della decisione finale, la pretesa ad una buona amministrazione qualunque sia il significato che si attribuisca a tale sintagma », cit. p. 510.

(28) Come efficacemente riportato dal par. 15 della relazione *ReNEUAL Model Rules*

Pur concernenti l'ambito europeo, le *Model rules* possono avere una decisiva influenza anche nella riscrittura delle norme sui procedimenti amministrativi nei singoli Stati membri per effetto naturale dello *spill-over* comunitario (29).

La codificazione di principi pur già vigenti in Europa si è accompagnata a una rinnovazione degli stessi, se non addirittura a una vera e propria loro « *inventio* » — soprattutto per le regole contenute nei Libri V e VI — secondo il metodo della “codificazione innovativa”: il lavoro di ReNEUAL non è stato limitato a recepire l'esistente, ma è consistito — e qui sta il grande pregio dell'opera di questi studiosi — nel “costruire” i principi e renderli organici e applicabili alle istituzioni europee nella loro complessità, a dispetto di una situazione di partenza del diritto amministrativo europeo caratterizzato da frammentarietà, disorganicità e sovrapposizioni, da mancanza di trattazione di tematiche trasversali e lacune nella disciplina (30).

L'assenza di un approccio sistematico trasversale costituisce, per ReNEUAL, non solo un problema formale, ma anche una delle ragioni della continua esistenza di lacune rilevanti nella tutela dei diritti procedurali dei cittadini nei confronti dell'amministrazione europea. Una disorganicità, questa, che ha avuto un forte impatto anche sulla stessa organizzazione delle amministrazioni europee, anch'esse *ratione subiecti* frammentate e connotate da competenze settoriali, tanto da limitare anche la mobilità dei funzionari europei tra le diverse autorità dell'Unione (poco in linea con quei principi di modernizzazione del pubblico impiego dell'UE che hanno trovato applicazione negli ultimi decenni).

Quattro, pertanto, sono gli obiettivi che ReNEUAL si è posto: accrescere il livello di effettività dei valori fondamentali dell'Unione, ancora oggi allo stadio di meri principi generali del diritto dell'Unione; contribuire a una

on EU Administrative Procedure, 2014, cit., i sei Libri sono progettati per rafforzare i principi generali dell'UE e per identificare, sulla base di un approccio comparato, le *best practices* nelle diverse politiche dell'Unione. Il Libro I disciplina l'ambito di applicazione delle *Model rules*, la loro relazione con le norme di settore e con quelle interne agli Stati membri, nonché le definizioni dei termini in esse utilizzati. Il Preambolo al Libro I contiene, inoltre, i principi generali cui l'attività amministrativa europea deve essere ispirata e che devono guidare anche l'interpretazione delle norme contenute nei Libri seguenti. Gli altri Libri si occupano di aspetti più specifici dell'attività amministrativa. In particolare, il Libro II concerne l'attività di *rulemaking* dell'amministrazione europea; il Libro III concerne l'attività di *single-case decision making* (i procedimenti amministrativi tradizionalmente intesi); il Libro IV attiene ai contratti; i Libri V e VI vanno, poi, considerati unitariamente perché concernono le procedure di amministrazione composita e attengono allo scambio di informazioni tra pp.aa.: in particolare, il Libro V si occupa delle procedure di *mutual assistance* (in linea molto generale, regole sullo scambio di informazioni tra due amministrazioni), mentre il Libro VI dell'*information management* (in linea altrettanto generalissima, le regole di gestione del sistema informativo che coinvolge più amministrazioni).

(29) Anzi, come ha riferito la Prof.ssa Galetta, la Francia sta adottando le norme sul procedimento amministrativo, mentre la Polonia sta riscrivendo le proprie regole interne sul tema. In entrambi i casi, ReNEUAL funge da punto di riferimento molto importante.

(30) Per un'analisi dettagliata delle caratteristiche del diritto amministrativo europeo, nella sua situazione “di partenza” per ReNEUAL, si veda l'analisi contenuta nella relazione *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, cit., pp. 9 ss.; in proposito, si rinvia anche a C. NAPOLITANO, *EU administrative procedures. Presenting and discussing the ReNEUAL draft model rules. Resoconto del Convegno ReNEUAL - Bruxelles*, cit.

semplificazione dell'ordinamento europeo, specie per il procedimento amministrativo europeo; rafforzare la certezza del diritto dell'Unione europea; colmare gli spazi vuoti di diritto presenti in questo contesto.

L'intervento del Prof. Della Cananea ha invitato tutti a una riflessione, partendo da un aspetto di fatto che ha caratterizzato l'opera di ReNEUAL: almeno agli inizi, il gruppo — rappresentando pochi Paesi al suo interno — rischiava di vedere la predominanza, giuridica e storica, della matrice tedesca (31), mentre l'aver salutato in un secondo momento l'ingresso di altri Paesi è stato visto come una nota positiva di confronto e di accrescimento. E ciò è tanto più evidente — sottolinea Della Cananea — se si pensa, *per differentiam*, che dietro l'idea della grande opera di codificazione privatistica c'era l'Unidroit (32), in cui sono rappresentati tutti i Paesi.

Due aspetti, in particolare, richiedono una riflessione.

Uno di questi concerne l'ambito di applicazione delle *Model rules*. Come raccomandato dal Parlamento europeo alla Commissione (33), esse si applicano all'Unione nella sua veste di amministrazione diretta che si relaziona con soggetti privati. Era stato proposto di estendere i confini delle *Model rules* anche ad alcune categorie di procedimenti amministrativi composti, applicandole sia alla parte europea del procedimento sia a quella nazionale. Tuttavia, l'opposizione in proposito è stata fondata sulla questione della base giuridica del *Draft* (34), che non consentirebbe l'espansione dell'ambito di applicazione delle regole sul procedimento amministrativo dettate a livello europeo. Vi è stata anche, però, una questione di *modus agendi*, mettendosi in dubbio il concetto unitario dei procedimenti composti: fino a che punto essi possono essere considerati in modo unitario e, al contrario, quanto è opportuno tenere differenziate la fase europea da quella nazionale? Una seconda obiezione all'ampliamento dell'ambito di

(31) Dato che l'idea originaria sembra far capo al gruppo di Osnabrück, coordinato dal Prof. Von Bar.

(32) *International Institute for the Unification of Private Law*, www.unidroit.org: si tratta di una organizzazione indipendente intergovernativa con sede in Roma, avente l'obiettivo di studiare problemi e soluzioni afferenti la modernizzazione, l'armonizzazione e la coordinazione del diritto privato e, specialmente, di quello commerciale.

(33) *European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INI))*, cit., Raccomandazione n. 1, par. 2, le norme dovranno essere applicate alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel loro rapporto con il pubblico e solo ed esclusivamente nelle ipotesi di amministrazione diretta. Si esclude, così, l'applicazione delle *Model rules* alle autorità amministrative nazionali, salvo quanto detto per i Libri V e VI.

(34) Come noto, la questione della base giuridica delle *Draft model rules* ha impegnato ReNEUAL nella ricerca di un aggancio nel Trattato che giustificasse la proposta di codificazione del procedimento amministrativo europeo, nonché l'adozione di un conseguente Regolamento UE. Ebbene, attualmente la questione ripone le basi giuridiche del *Draft* nell'art. 298 TFUE, ai sensi del quale « 1. Nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, fissano disposizioni a tal fine, nel rispetto dello statuto e del regime adottati sulla base dell'articolo 336 ». Cfr. *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, cit., p. 15: « la visione iniziale di ReNEUAL è che l'art. 298 TFUE costituisca la base giuridica più appropriata per una codificazione di regole e principi del procedimento amministrativo dell'Unione europea ». Più in generale, si v. pp. 14 ss.

applicazione delle *Model rules* ai procedimenti amministrativi compositi è stata basata sul diritto costituzionale: i giudici amministrativi di alcuni Paesi, infatti, per lo più tedeschi ma anche olandesi, hanno segnalato l'esigenza che l'Unione si astenga dallo stabilire principi che valgano per i poteri pubblici nazionali. L'Unione europea, cioè, è un ordinamento nel quale vanno conciliate unità e differenze, che riguardano non solo le discipline sostanziali, ma anche quelle procedurali.

E se la disciplina procedurale dell'amministrazione, vale a dire il procedimento amministrativo, prevede secondo i membri di ReNEUAL delle "invarianti" nel rapporto con i privati, prescrivendo di sentirli, evidentemente le differenze di disciplina procedurale tra i vari Paesi possono anche mettere in forse queste "invarianti".

È stata poi la volta della relazione della Prof.ssa Marchetti, che si è soffermata sul Libro II, concernente l'attività di *rulemaking*.

Il gruppo di lavoro che si è occupato di questo Libro ha preso a modello il sistema del *notice-and-comment* di origine statunitense (35), il quale prevede la promulgazione e l'adozione vera e propria degli atti di natura normativa da parte della p.a. (36). Quel modello rispondeva a un'esigenza fondamentale: conferire legittimazione quanto meno procedimentale alle agenzie federali statunitensi, che — pur sottratte al circuito della legittimazione politica — avevano ampi poteri di *rulemaking* e di *adjudication*. Lo spirito posto alla base della norma europea è comune a quello del *notice-and-comment* statunitense, cioè quello di aprire i procedimenti normativi alla partecipazione.

Tre gli obiettivi di questa procedura: anzitutto, la rappresentazione ampia di interessi capace di legittimare l'operato della pubblica amministrazione; in secondo luogo, la trasparenza, perché l'amministrazione europea conosca una prassi di consultazioni che tuttavia avvengono al di fuori di circuiti di pubblicità (37); infine, il *duty of care*, cioè il fatto che la disciplina è costruita in modo da assicurare che la produzione delle norme avvenga su una base solida, sia dal punto di vista dei dati che vengono raccolti, sia dal

(35) *Administrative Procedure Act*, par. 553.

(36) La procedura si articola in tre momenti: un momento di pubblicità, di proposta dell'atto normativo; un momento di raccolta delle osservazioni e dei commenti che gli *stakeholders* producono, e infine un momento di sintesi di questi commenti che deve sfociare nell'adozione dell'atto normativo. Secondo F. BIGNAMI, *Comparative Administrative Law*, in *GW Law Washington DC, Public Law and Legal Theory Paper No. 2012-115*, 2012, questa procedura riduce significativamente la discrezionalità della pubblica amministrazione, sia sul quando sia sul chi consultare, sia su che peso dare, se ve n'è, alle osservazioni da parte della comunità. Inoltre, sebbene il *notice-and-comment* sia una procedura formalmente aperta a chiunque, alcuni studi hanno provato che, in pratica, i maggiori partecipanti sono i gruppi di interesse organizzati e gli operatori del mercato, sia per le ingenti risorse necessarie per proporre osservazioni convincenti alle proposte dell'amministrazione e, nel caso di rigetto, fare ricorso alle competenti autorità giudiziarie, sia per l'ampia portata e la natura astratta delle politiche che sono decise, alle quali raramente i singoli cittadini possono opporre azioni tempestive, cfr. pag. 17.

(37) Secondo la Prof.ssa Marchetti, questa disciplina certamente avrebbe come obiettivo quello di assicurare la pubblicità, dunque di rendere noti i gruppi di interesse e di scongiurare uno dei pericoli della partecipazione, ovvero « la cattura dei regolatori da parte dei regolati ».

punto di vista della sua capacità di valutare l'impatto della normativa sul sistema stesso tramite un'analisi costi-benefici.

Le regole di partecipazione, tuttavia, rivelano profili applicativi problematici. Due fra tutti: il regime linguistico da utilizzare in fase di consultazione, dato che i partecipanti dovrebbero potersi esprimere in ciascuna delle 28 lingue ufficiali dell'Unione (con aggravio di costi forse eccessivo per gli organi europei); in secondo luogo, l'emersione di nuove posizioni giuridiche soggettive dei privati degne di tutela dinanzi agli organi giurisdizionali europei, una volta che la consultazione e la partecipazione siano diventate principii di rango normativo e vincolante, con aumento del carico della Corte di giustizia e del Tribunale (38).

Altro profilo problematico: l'applicazione delle norme (39) sul *notice-and-comment* anche agli atti preparatori degli atti normativi della pubblica amministrazione europea (40). Come si legge anche nelle spiegazioni al Libro II (41), alcune procedure di *rulemaking* sono composite, nel senso che vi sono coinvolte molte istituzioni, organi od organismi differenti. Si pensi al caso in cui un organismo dell'Unione prepari una bozza di un atto che deve essere adottato dalla Commissione ai sensi dell'articolo 290 o 291 TFUE: ma questo vale anche per altri casi in cui istituzioni, uffici, organi e agenzie dell'Unione europea adottano atti preparatori che sono poi oggetto di adozione formale da parte di un'altra autorità dell'UE.

Il problema nasce perché se l'atto è preparatorio, esso di per sé non vincola l'autorità che lo adotta formalmente (42): la Commissione —

(38) Secondo la Prof.ssa Galetta, tuttavia, l'effetto delle norme sulla partecipazione e la consultazione sarebbe contrario: non aggraverebbe, cioè, il carico degli organi giurisdizionali europei. Ciò in quanto l'attuale mole di contenzioso sarebbe la conseguenza proprio della mancanza di trasparenza che aumenta la diffidenza dei cittadini e delle imprese.

(39) Ai sensi dell'art. 1 del Libro II delle *Draft Model Rules*, « Ambito di applicazione », le regole si applicano agli atti di natura normativa non legislativa, che abbiano effetti vincolanti. In particolare esse si applicano alle procedure che conducono all'adozione, all'emendamento o all'abrogazione di tali atti, ivi compresi gli atti adottati dalla Commissione o dal Consiglio ai sensi dell'art. 290 (*delegated acts*) e 291 (*implementing acts*) TFUE e gli altri atti normativi ma non legislativi, con effetti vincolanti, adottati dagli organismi dell'Unione sulla base delle norme del Trattato. Questo, ovviamente, toglie dall'ambito di applicazione gli atti che vengono adottati con procedura legislativa ordinaria e speciale, gli atti individuali (contemplati nel Libro III), e per precisa scelta dei proponenti, gli atti c.d. di *soft-law*, che non hanno efficacia giuridica vincolante. La scelta è pienamente condivisa dalla Prof.ssa Marchetti, in quanto, se le regole avessero investito anche questo tipo di atti, l'ingessatura sarebbe risultata eccessiva. La contropartita negativa della scelta è, però, che le autorità amministrative europee spostino una serie di atti nel "contenitore" delle *soft-laws* pur di non essere vincolate da norme di partecipazione e consultazione.

(40) Art. 1, par. 2, Libro II: « le regole si applicano anche agli atti preparatori di istituzioni, organi e organismi dell'Unione che portino all'adozione, all'emendamento e all'abrogazione degli atti normativi non legislativi nel senso del par. 1 ».

(41) Cfr. *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, cit., pp. 47 ss.

(42) Si ricorda in proposito Corte giust., 13 giugno 1958, *Meroni&Co., Industrie metallurgiche S.p.A. c/ Alta autorità CECA*, in C-9/56. Come espone J. ZILLER, *L'amministrazione europea: ancora così snella?*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione comunitaria: caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale. Atti del seminario di Trento*, 12 maggio 2008, Padova, 2009, p. 12, « la giurisprudenza Meroni, [...] nata a seguito del Trattato CECA [...], ricorda che i poteri conferiti alla Commissione non possono essere delegati se sono poteri legati alla ripartizione dei poteri tra le Istituzioni. Allora la questione riguardava soprattutto il

nell'ipotesi dianzi considerata — è libera di disattendere il contenuto dell'atto preparato da un organismo o da un'agenzia e cambiare, dunque, la regolazione sulla quale c'è già stata la fase di consultazione e partecipazione. *Quid iuris*, in tal caso? Si riapre la procedura di consultazione? La risposta a questa domanda, tuttora incerta, si basa sul concetto di "modifica sostanziale": vale a dire che, se la Commissione attua una modifica sostanziale del regolamento oggetto della fase preparatoria, allora la consultazione sarà riaperta. Il problema si sposta, allora sull'identificazione del concetto di modifica sostanziale, privo ancora di una risposta certa. Una doppia consultazione sarebbe eccessivamente gravosa per il procedimento di *rulemaking*, e pertanto si potrebbe pensare di spostare la fase di partecipazione e consultazione soltanto in capo all'autorità che ha la competenza formale ad adottare l'atto normativo, lasciando gli atti preparatori fuori dall'applicazione di queste regole.

Fondamentale importanza assume nella procedura di *rulemaking* il *memorandum* che l'autorità proposta alla preparazione dell'atto normativo deve redigere e affiancare alla proposta di regolazione, in modo da esporre le ragioni delle scelte effettuate, l'impatto che la normativa avrà sulla collettività, le risultanze dell'istruttoria (43). Il *memorandum* è la concretizzazione del *duty of care*: l'art. 4 del Libro II prevede tra l'altro che esso debba essere pubblicato, con invito alla consultazione aperto a chiunque (*open invitation to any person*), e soprattutto debba indicare un termine *non inferiore a 12 settimane* entro il quale devono pervenire i commenti. ReNEUAL ha ritenuto preferibile non limitare in alcun modo la partecipazione: non sono previsti criteri di qualificazione e dunque selezione degli interessi, ma chiunque può presentare le proprie osservazioni; come, del resto, l'amministrazione può sollecitare l'intervento di soggetti ritenuti

Consiglio e la Commissione, però ovviamente dopo il Trattato di Maastricht e ancora di più dopo quelli di Amsterdam e di Lisbona bisogna sempre avere in mente la ripartizione dei compiti tra Commissione, Consiglio e Parlamento prima di decidere fino a che punto si può o non si può delegare un compito che i Trattati affidano alla Commissione». Come ancora riferisce E. ЧИТИ, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2010, pp. 57 ss., in base al principio Meroni, «agli organismi non previsti dai Trattati non possono essere conferiti compiti che implicano l'esercizio di poteri discrezionali. Così, l'Agenzia svolge un'attività preparatoria e consultiva e può adottare decisioni vincolanti solo rispetto a specifiche questioni tecniche espressamente previste nella rilevante normativa europea, mentre la Commissione resta l'organismo competente ad adottare misure che implicano l'esercizio di un potere discrezionale».

(43) Per fare una sintesi degli artt. 2 e 3 del Libro II, la procedura prevede una pubblicazione molto concisa, in cui si dice chi farà che cosa e l'obiettivo della regolazione che si vuole emanare. Dopo di che, l'autorità competente avvia l'istruttoria per giungere alla proposta di regolazione. Questa attività istruttoria, così come disciplinata, effettivamente assicura un *duty of care* rigoroso, perché il *memorandum*, che viene redatto e poi pubblicato sul sito centrale per poi dare l'avvio alla consultazione, deve contenere: l'impatto socioeconomico della regolazione, la sua incidenza sui diritti fondamentali, sull'ambiente e sul bilancio dell'UE, un'analisi costi-benefici (unica voce facoltativa), le ragioni della scelta e le possibili alternative alla regolazione e l'eventuale identificazione degli esperti e dei gruppi di interesse che sono stati sentiti dall'amministrazione, oltre che le fonti delle informazioni che questi soggetti hanno apportato. Si tratta, dunque, di un lavoro istruttorio particolarmente importante e garantista del rigore della procedura, nonché della pluralità degli interessi considerati.

intranei alla concreta vicenda regolativa. Ciascuno ha diritto di intervenire in una delle 28 lingue dell'Unione: anche se sarà prevedibile che nella realtà parteciperanno solo soggetti economicamente forti, capaci magari di portare all'attenzione dell'amministrazione documenti di particolare mole e impegno tecnico (44).

Altro elemento innovativo per il contesto europeo, ma che forse porta con sé un profilo problematico, è il *reasoned report* (45): in cui l'autorità amministrativa motiva l'atto regolativo adottato, dando conto delle scelte compiute e, soprattutto, di quali interessi sono stati soddisfatti o invece disattesi. Al pari di un atto amministrativo, insomma, anche qui dovrà essere illustrato l'*iter* logico-giuridico che l'amministrazione ha seguito: così esponendola, però, alla domanda di tutela giudiziaria da parte dei soggetti incisi da tali misure.

Ecco emergere due profili problematici: il sovraccarico nell'attività della Corte di giustizia e del Tribunale e l'instabilità dei provvedimenti normativi non-legislativi, qualora la motivazione abbia delle incongruenze o non sia esaustiva in qualche suo aspetto. Instabilità resa ancora più forte dalla nuova formulazione dell'art. 263 TFUE, che ha ampliato la legittimazione alla contestazione degli atti normativi (46).

Ultimo aspetto della procedura di *rulemaking* è quello della procedura celere o d'urgenza (47): una deviazione dal modello del *notice-and-comment* solo per *good causes* (48) che, se espressamente e preventivamente dichiarate dall'amministrazione, le consentono di sottrarsi alla procedura di consultazione. L'atto normativo che ne deriva è tuttavia valido per soli 18

(44) La Prof.ssa Marchetti analizza l'impatto di questa normativa anche sugli Stati membri: non c'è dubbio che finora le consultazioni all'interno dei procedimenti della Commissione abbiano visto apporti significativi dei Paesi del Nord Europa, nei quali c'è una sensibilità particolare che si accompagna a prassi molto radicate di consultazione, al contrario dei Paesi mediterranei, quasi assenti. Si può allora immaginare che la disciplina della fase di consultazione possa avere ricadute positive sulla cultura giuridica della partecipazione anche di quei Paesi nei quali essa non è ancora radicata.

(45) Disciplinato dall'art. 4 del Libro II: si tratta di una relazione che, dopo la fase di partecipazione e consultazione, l'autorità amministrativa che adotta l'atto normativo deve redigere per spiegare le ragioni che hanno condotto a quello specifico atto, gli interessi che sono stati presi in considerazione, l'istruttoria, le eventuali modifiche alla proposta di regolazione e ragioni ad esse sottese.

(46) Art. 263 TFUE, par. 4: « qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione », in *GUUE*, 30 marzo 2010, C83. La Prof.ssa Marchetti ricorda che negli Stati Uniti, dove la procedura di *notice-and-comment* è utilizzata da decenni, la giurisprudenza ha caducato regolamenti laddove ha individuato anche un piccolo *gap* nel percorso motivazionale dell'amministrazione. E ciò — si è detto — ha dato ai giudici un amplissimo potere.

(47) Prevista dall'art. 6 del Libro II delle *Draft Model Rules*.

(48) Analogamente, negli Stati Uniti si utilizza questa clausola della *good cause* per sottrarsi alla procedura di *notice-and-comment*: quando, ad esempio, la notizia di un possibile cambio di regolazione potrebbe avere conseguenze in termini di possibili speculazioni economiche.

mesi, nulla però essendo previsto in merito a che cosa accade dopo (49). Non si sa, cioè, se l'atto — spirati invano i 18 mesi, senza l'intervento di alcuna consultazione *ex post* — diventi inefficace o invalido. In entrambi i casi, emergono delle problematicità: se l'atto è inefficace bisogna stabilire il regime degli effetti *medio tempore* prodotti; se l'atto è invalido, allora è impugnabile e si devono disciplinare i profili di legittimazione attiva e di procedura.

Il Prof. Luca De Lucia ha presentato il Libro III delle *Draft model rules* sulle procedure di *adjudication*, cioè sul procedimento amministrativo come a noi noto, centrale in tutte le normazioni a diritto amministrativo. Se, infatti, le norme sui contratti o sull'attività di *rulemaking* non sono contenute in tutte le leggi sul procedimento amministrativo, è pur vero che non ve n'è una che non contenga, al contrario, le norme sul procedimento amministrativo finalizzato all'emanazione di quello che noi definiamo un atto a contenuto provvedimentale. La realtà giuridica è che la gran parte dell'attività amministrativa consiste nell'adozione di singoli atti e provvedimenti (*décision individuelle*, provvedimento amministrativo, *Verwaltungsakt*) con effetti favorevoli o sfavorevoli per il destinatario: dunque questo tipo di azione amministrativa è al centro dei sistemi nazionali di diritto pubblico, in Europa e altrove (50).

Una densa rassegna sui 36 articoli che compongono il Libro III (51), a partire dall'art. 1, che individua l'ambito di applicazione delle norme sul procedimento amministrativo europeo: le regole del Libro III sono applicabili alle autorità dell'Unione europea ogni volta che esse emanano provvedimenti amministrativi, sia nel contesto dell'amministrazione diretta sia in quello dell'amministrazione composita; sono applicabili alle autorità degli Stati membri solo nei casi in cui lo preveda la legislazione di settore dell'UE o qualora uno Stato membro decida di adottarle. ReNEUAL non ha trascurato che rendere queste norme applicabili agli Stati membri in tutte le ipotesi di applicazione del diritto dell'Unione avrebbe portato indubbi vantaggi sulla certezza delle regole di diritto procedurale in capo ai singoli che da quelle decisioni sono interessati. Tuttavia, si è comunque deciso che le norme devono essere applicabili agli Stati membri solo quando una normativa di settore UE lo preveda, oppure qualora uno Stato membro decida di adottare le regole ReNEUAL, e ciò per due ragioni. In primo luogo, ci sono dubbi sul fatto che l'Unione europea abbia la competenza giuridica per emanare una legge generale sul procedimento amministrativo che sia applicabile tanto all'Unione stessa quanto agli Stati membri *tout court*. In secondo luogo, sebbene l'applicazione di una legge del genere agli Stati membri avrebbe il vantaggio di cui sopra, in questa fase dell'integrazione europea essa potrebbe esser percepita come una indebita intrusione

(49) Il par. 2 dell'art. 6 prevede esclusivamente che «l'atto adottato mediante la procedura celere è valido per una durata massima di 18 mesi dalla sua adozione».

(50) Cfr. *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, cit., p. 70.

(51) Inevitabile il rinvio alle *explanations* al Libro III, molto ricche di giurisprudenza europea in materia, in *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, cit., pp. 94 ss.

dell'Unione nelle tradizioni giuridiche nazionali. È per questo motivo che ReNEUAL ha scelto un approccio più cauto, che può comunque servire come punto di partenza per l'estensione dell'ambito di applicazione in settori specifici del diritto.

Quanto poi all'art. 2, le definizioni messe a punto da ReNEUAL hanno suscitato nel relatore alcune riflessioni circa gli atti cui le norme del Libro III si applicano. Invero, quando l'art. 2 definisce le "decisioni" come "azioni o atti amministrativi indirizzati a uno o più individui, pubblici o privati", sorgono due domande.

Anzitutto, ci si chiede se le « decisioni » di cui al Libro III coincidano con quelle di cui all'art. 288 del Trattato (52): in tal caso, resta dubbia la compatibilità di una disciplina che richiami gli atti già definiti dal TFUE e li disciplini a sua volta, in parte, diversamente da esso.

In secondo luogo, le « decisioni » di cui al Libro III non sembrano applicarsi alle amministrazioni nazionali, ciò che comporterebbe l'esclusione di quegli atti che fanno capo ai procedimenti compositi e che dunque non sono emanati in modo tipico e unilaterale (53).

L'analisi del Prof. De Lucia ha poi toccato il capitolo II del Libro III, concernente la fase di iniziativa e gestione del procedimento, nel quale compaiono i principi del giusto procedimento e di buona amministrazione a noi noti, nonché la figura del responsabile del procedimento e i diritti procedurali (54).

Il capitolo III è dedicato alla raccolta delle informazioni, nella quale l'autorità deve agire in modo attento e imparziale, tenendo in debita considerazione tutte le circostanze rilevanti per la fattispecie (55).

Mentre il capitolo IV riguarda il diritto a essere ascoltati (*right to be heard*) e il diritto d'accesso (56), il capitolo V concerne il provvedimento

(52) Art. 288 TFUE: « Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti ».

(53) Secondo il relatore, il progetto ReNEUAL è un po' sfuggente sul punto, lascia aperta la questione.

(54) Come si legge nell'introduzione al Libro III, il capitolo II riguarda l'avvio e la gestione del procedimento amministrativo. Si comincia con l'art. 3, che stabilisce l'obbligo generale di emanare provvedimenti giusti (*fair*) e norme sulla imparzialità, incluse anche quelle sul conflitto di interessi. L'art. 4 riguarda la fornitura di informazioni *on-line* sulle procedure in essere. L'art. 5 specifica i requisiti riguardanti l'iniziativa del procedimento, sia essa d'ufficio o di parte. L'art. 6 contiene disposizioni più specifiche sulle istanze ed è seguito dall'art. 7, concernente il responsabile del procedimento. L'art. 8 si occupa poi della gestione del procedimento amministrativo e l'art. 9 dei termini di conclusione del procedimento.

(55) Il Capitolo III introduce le norme procedurali concernenti i poteri di inchiesta dell'amministrazione, nonché i principi sull'onere della prova. Vi sono disciplinati istituti come l'interrogatorio della parte, testimonianze e prove tecniche che i privati possono introdurre nel procedimento, le ispezioni, il diritto di essere ascoltati in consultazione, anche di chiunque possa subire un pregiudizio, salvo che ciò non sia precluso da particolari circostanze.

(56) Di particolare interesse, secondo il relatore, le norme sulla consultazione del pubblico interessato, degli Stati membri e delle autorità europee.

amministrativo vero e proprio, introducendo norme circa l'obbligo di motivazione e l'obbligo di indicare i rimedi esperibili, nonché sulle notificazioni delle decisioni e sui requisiti di lingua.

Infine, il capitolo VI disciplina l'autotutela decisoria, il ritiro — *ex nunc* o *ex tunc* — o la rettifica di provvedimenti, differenziati a seconda che essi abbiano effetti negativi o, per converso, positivi: qui emerge il problema dell'affidamento legittimo ingenerato nel privato destinatario del provvedimento.

Le norme sul procedimento amministrativo hanno portato il relatore a riflettere sul problema della necessità di una codificazione del diritto amministrativo nel passaggio dell'Unione europea da ente a fini limitati a organizzazione a fini generali (57).

Una codificazione, questa, alla quale è necessariamente sotteso un differente modello di amministrazione. Il riferimento è ai tre modelli di amministrazione individuati nel 1983 da Mashaw (58), sulla base dei criteri di azione:

1. l'amministrazione *burocratica*, il cui obiettivo è di assicurare l'applicazione di una determinata politica pubblica attraverso l'applicazione accurata, efficiente e uniforme di regole a casi concreti;

2. l'amministrazione *professionale-tecnica*, dove l'attività riposa sulla capacità tecnica del decisore pubblico, che applica conoscenze tecniche o scientifiche al caso di specie;

3. l'amministrazione *legale*, che si fonda sulla partecipazione formalizzata delle parti interessate al processo decisionale, secondo il modello dell'*adversarial legalism*, una sorta cioè di processo tipico di alcuni aspetti del diritto statunitense; qui ogni decisione deve avere un trattamento a sé e si traduce in una decisione individualizzata.

Tutti e tre i modelli di amministrazione dianzi citati sono rinvenibili nell'Unione europea, ma il relatore ha avanzato il dubbio che quella presa in considerazione dalle *Draft model rules* sia esclusivamente l'amministrazione legale, basata sull'*adversarial legalism* (59).

(57) Un fattore importante nella riflessione sul passaggio dell'Unione europea da ente a fini speciali a ente a fini generali è costituito dall'adesione dell'Unione alla CEDU. Tuttavia, secondo A. CAVALLARI, *Introduzione al convegno*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, Atti del Convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012, Napoli, 2012, seppure la disposizione di cui all'art. 6 del Trattato di Lisbona possa suggerire un'apertura dell'ordinamento europeo da ordinamento a fini speciali (prettamente economici) a ordinamento a fini generali (politici e dei diritti umani), in realtà ciò è da escludere in quanto l'Europa non era « pronta ad un passo del genere ». Per il Prof. Ziller, il passaggio da ente a fini limitati a fini generali non può non considerare il principio di attribuzione sul quale si basano le competenze dell'Unione europea. Principio, questo, che in Germania è definito in senso restrittivo come « principio dell'autonomia singola limitata ». Dunque, si pone di conseguenza un problema di individuazione delle basi giuridiche delle *Draft model rules*, affrontato da Ziller nella sua relazione.

(58) J. MASHAW, *Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims*, New Haven, Yale University Press, 1983. L'autore distingue tre modelli di amministrazione: *bureaucratic rationality*, *professional treatment*, *moral judgement*.

(59) Dato che la partecipazione è aperta a tutti, poiché l'art. 23 del Libro III accorda a ogni parte il diritto di essere ascoltata da una pubblica autorità, prima che sia emanata una decisione che abbia effetti negativi nei suoi confronti.

Questa rischia di essere incompatibile, in alcuni settori, con l'amministrazione burocratica, più rapida, più snella, non necessariamente aperta al confronto con il privato, in ragione di una maggiore efficienza.

L'amministrazione tecnica o professionale, invece, si ha in alcuni settori specificamente regolati, quale quello alimentare. In tal caso, punto focale della disciplina non è tanto la partecipazione, quanto il consenso scientifico: il problema è che, in questi settori, l'autorità che adotta la decisione non è sempre quella che l'ha elaborata. Ci vuole, cioè, la convergenza di più soggetti. E allora sarebbe auspicabile creare già *ex lege* dei meccanismi di consenso scientifico, recependo la giurisprudenza e la legislazione di settore.

Infine, una notazione riflessiva impone di considerare che anche negli Stati Uniti il modello di riferimento della legislazione è quello dell'amministrazione legale, ma ciò deriva da una generale sfiducia verso la burocrazia. Si scongiura in tal modo il pericolo — pur nella consapevolezza che l'amministrazione legale sia sottesa a un certo numero di norme elaborate da ReNEUAL — che una tale sfiducia possa aversi anche nei confronti dell'amministrazione europea.

È stata, poi, la volta del Prof. Guido Greco, che ha presentato il Libro IV delle *Model rules* sui contratti pubblici. Una normazione che colmerebbe una grave lacuna nel diritto delle istituzioni europee, perché il pur imponente *corpus* normativo delle direttive sostanziali e procedurali sugli appalti (60) si applica sì a tutti gli Stati membri e a tutti gli organismi di diritto pubblico degli Stati membri (anche ai soggetti privati finanziati da mano pubblica), ma non alle istituzioni europee, avendo esse una disciplina apposita: il titolo V del regolamento n. 966/2012 (61), titolo che regola i contratti di competenza delle autorità europee. Questa disciplina, però, reca in sé una lacuna non dal punto di vista della normativa sostanziale, ma da quello dei mezzi di tutela (62).

Ora, ReNEUAL ha colmato questa lacuna in buona parte, poiché il Libro IV si occupa non solo dei contratti d'appalto, ma di tutti i contratti in generale, con riguardo sia alla fase di aggiudicazione sia a quella di esecuzione. Inoltre, la sua applicazione si estende, oltre ai contratti di diritto privato, anche ai cc.dd. accordi di diritto amministrativo o contratti di diritto pubblico in generale.

La ragione di questa estensione si trova, più che in una mera coincidenza terminologica (dato che le norme in questione parlano di contratti e di accordi), in una particolare disciplina della fase di esecuzione, e cioè

(60) Le nuove direttive appalti, recentemente adottate dal Parlamento europeo, sono: Dir. 2014/24/UE, che abroga la precedente 2004/18/CE, che regola gli appalti pubblici nei settori ordinari; Dir. 2014/25/UE, che abroga la precedente 2004/17/CE, disciplinante gli appalti nei settori speciali; e infine Dir. 2014/23/UE, che regola la materia delle concessioni. Le direttive sono state pubblicate in *GUUE*, L94, 28 marzo 2014.

(61) Regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione e che abroga il Regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2012, in *GUUE*, L298, 26 ottobre 2012. Il Titolo V è rubricato « Agjudicazione degli appalti pubblici ».

(62) Il Prof. Greco afferma che non c'è una normativa europea paragonabile a quella imposta agli Stati membri attraverso le direttive sui mezzi di ricorso.

quella della risoluzione del contratto « per evitare danni al bene comune » (63).

Anche un'altra norma conduce alla sistematica giuspubblicistica dei contratti: l'art. 33 sull'invalidità. La norma citata prevede che un contratto dell'Unione è invalido: a) quando un contratto equivalente fra soggetti privati sarebbe considerato invalido; b) quando una decisione individuale dell'autorità dell'Unione di contenuto equivalente sarebbe inesistente.

La norma è simile a quanto previsto dal par. 59 *VwVfG* sui contratti di diritto pubblico: la legge si preoccupa di individuare un "trasformatore" tra i vizi dell'atto amministrativo, sostituito dal contratto pubblico, e i vizi del contratto stesso. E infatti la legge tedesca statuisce che un contratto di diritto pubblico è nullo sia quando vi sarebbe nullità in base alle corrispondenti norme del codice civile, sia quando un atto amministrativo di analogo contenuto sarebbe annullabile (64).

È evidente che queste norme sono riferibili, più che a contratti di diritto privato, proprio a contratti di diritto pubblico: dunque l'impianto della normativa ReNEUAL può dirsi pubblicistico.

Il progetto ReNEUAL codifica, inoltre, alla sezione II del Libro IV, il carattere pubblicistico della procedura di scelta del contraente, alla quale si applicano espressamente le norme sul procedimento amministrativo di cui al Libro III.

Una riflessione particolare è stata svolta dal relatore sull'art. 8 del Libro IV, che si occupa di alcuni profili relativi alla tutela giurisdizionale, stabilendo che ha legittimazione a impugnare il provvedimento di aggiudicazione « qualunque soggetto abbia partecipato a una gara d'appalto, o abbia espresso interesse alla stipula di un contratto » (65). ReNEUAL qui ha colmato una prima lacuna, estendendo la legittimazione a impugnare a chiunque abbia anche solo espresso interesse alla stipula di un contratto: un ampliamento di tutela considerevole, se si tiene conto che la nostra giurisprudenza interna è tetragona nel limitare la legittimazione solo a coloro che abbiano partecipato — e validamente — alla gara per cui è causa. Si parla, dunque di « chiunque abbia espresso interesse alla stipula » e questo dimostra anche un diverso approccio tra Corte di giustizia e Consiglio di Stato a proposito dei ricorsi incidentali con effetto escludente e delle ripercussioni sul rifacimento o meno della gara (66).

(63) Ci si riferisce all'art. 30 del libro IV, rubricato appunto "Risoluzione per evitare danni al bene comune": la disciplina sembra avvicinarsi a quella del recesso dagli accordi amministrativi per motivi di pubblico interesse di cui all'art. 11, co. 4, l. n. 241/90, e soprattutto al par. 60 *VwVfG*, che prevede questa forma di recesso proprio nel quadro della disciplina dei contratti di diritto pubblico.

(64) Sulla *VwVfG* v. D.-U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo*. (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), Milano, 2002.

(65) Cfr. art. 8, par. 2.

(66) Si veda, sul punto, R. CAPONIGRO, *L'affidamento degli appalti pubblici: l'ordine logico nell'esame giurisdizionale delle censure proposte in via principale e in via incidentale dalle due imprese in gara*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa. Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014*, Napoli, 2014.

Inoltre, l'annullamento della decisione comporta l'inefficacia del contratto, ma — a differenza di ciò che accade negli Stati membri — è l'amministrazione a dover rendere inefficace il contratto conformemente alla sentenza.

Dunque, la norme pone due ulteriori spunti di riflessione.

In primo luogo, non è prevista la distinzione tra violazioni gravi e violazioni meno gravi del diritto europeo, e dunque non vi è la distinzione tra inefficacia necessaria e facoltativa: il contratto è semplicemente inefficace. Lo spartiacque è dato dall'ultimazione dei lavori: il contratto può esser reso inefficace solo se i lavori non sono stati ancora ultimati. Ciò comporta, *a contrario*, che se i lavori sono stati ultimati il contratto rimane in piedi anche se inefficace per una di quelle cause che, nelle direttive rivolte agli Stati membri, costituiscono grave violazione del diritto europeo. La disciplina, dunque, è unitaria.

In secondo luogo, il compito di invalidare il contratto è rimesso alle autorità amministrative (67). Questa scelta è probabilmente dovuta al fatto che ReNEUAL si è occupato del profilo amministrativo sostanziale, senza entrare in questioni processuali, ma è certo un dato positivo registrare anche una certa fiducia nelle istituzioni europee quanto al loro adeguamento ai provvedimenti giurisdizionali.

La decisione di aggiudicazione (68), ancora, ha suscitato la riflessione del Prof. Greco in quanto è designata sulla falsariga di quella prevista dalle direttive ricorsi e dal codice degli appalti pubblici. Essa deve indicare le ragioni che hanno indotto alla scelta di un concorrente, da comunicarsi a tutti gli altri concorrenti al fine di consentire la decorrenza del termine dilatorio di 14 giorni.

Ora, il sistema delle direttive ricorsi, rivolto agli Stati membri, prevede un doppio termine dilatorio: il primo, necessario, è quello di *standstill*, della durata di 35 giorni tra la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto; il secondo, eventuale, è quello che si applica in caso di impugnazione dell'aggiudicazione e che si estende automaticamente fino alla decisione del ricorso, in sede cautelare o di merito, da parte del Giudice amministrativo. Nelle *Model rules*, invece, è previsto solo il primo termine dilatorio (peraltro, come detto, della durata di 14 giorni), probabilmente perché la previsione del secondo termine si sarebbe ripercossa sui poteri giurisdizionali. Persiste, così, una certa discrepanza tra gli Stati membri e le istituzioni europee, per le quali si crea comunque un indebito privilegio.

(67) In tal caso, lo strumento in mano alle autorità amministrative è la risoluzione per inadempimento, che prevede, però, a tutela anche del privato, da un lato che non è necessario rendere inefficace il contratto se le relative prestazioni sono già state compiute, e dall'altro che non ha effetto retroattivo (eliminando tutti i problemi dell'arricchimento senza causa che scaturirebbero da una inefficacia *ex tunc*), e dall'altro ancora che l'autorità europea dovrà indennizzare la controparte per uno svantaggio subito per aver fatto affidamento sull'esistenza del contratto. Questa è una norma di grande civiltà, perché nel nostro sistema ci sono due protagonisti su tre che vengono protetti: il ricorrente e l'amministrazione, mentre il controinteressato che si vede porre nel nulla il suo contratto è privo di protezione.

(68) Cfr. art. 18, Libro IV.

Questa discrepanza — secondo il relatore — deve essere eliminata, e in tale direzione milita la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2013 (2012/2024(INL)), secondo cui la giurisprudenza della Corte di giustizia ha sviluppato dei principi di procedura ben precisi, applicabili ai procedimenti degli Stati membri nel quadro comunitario e che dovrebbero, *a fortiori*, applicarsi all'amministrazione diretta dell'Unione.

Nel complesso, comunque, le norme manifestano un atteggiamento molto liberale e configurano un'amministrazione spiccatamente paritaria.

Insomma, secondo il Prof. Greco, il complesso delle disposizioni fornisce una base giuridica di disciplina dei contratti delle autorità dell'Unione europea che è molto importante e, anche se è possibile qualche ritocco, già il testo ora fornito è un apporto formidabile alla certezza del diritto e un importantissimo volano per la creazione di quel diritto amministrativo comune europeo che è auspicabile che si realizzi.

Quanto, infine, ai Libri V e VI — presentati dalla Prof.ssa Galetta e relativi, rispettivamente, alla *mutual assistance* e all'*administrative information management* — il gruppo di lavoro ha dovuto constatare che l'esistenza di procedimenti compositi è uno dei principali motivi per cui l'Unione europea ha bisogno, molto più rispetto a un'amministrazione statale, di regole sul procedimento amministrativo che impediscano che i diritti sia dei destinatari degli atti sia dei terzi finiscano per cadere in una sorta di buco nero, dove nessuno è responsabile per la relativa tutela e nessuna norma si può applicare.

Quanto in particolare al Libro V, la gestione delle informazioni su cui si basa qualunque procedimento amministrativo, e a maggior ragione i procedimenti di co-amministrazione (69), necessita di regole comuni sulla mutua assistenza tra le autorità dell'Unione e degli Stati membri (o tra le autorità degli Stati membri tra loro) al fine di fornire uno standard minimo di garanzie e di regole al cittadino (70) coinvolto nell'attività di scambio di informazioni tra amministrazioni.

La realtà del Libro VI, più recente e complessa di quella del Libro V, è quella della creazione di reti attraverso le quali le autorità amministrative — sia europee sia nazionali — si scambiano informazioni, delle quali molto spesso non v'è tracciabilità. Vero è che queste reti non partecipano formalmente a procedimenti che possono sfociare nell'emanazione di una decisione, di un atto regolamentare o nella stipula di un contratto: tuttavia esse raccolgono e gestiscono informazioni che poi vengono distribuite a vari

(69) Cfr. sul tema, tra gli altri, G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003.

(70) Nel Libro V questo standard è definito come obbligo predefinito (*default rules*), quindi un obbligo minimo di una serie di atti da svolgere in maniera tale da consentire una maggior trasparenza anche nel contesto della mutua assistenza. Più in particolare, il Libro V ha creato una serie di regole minime per la mutua assistenza che si applica tra più autorità, sia in senso orizzontale (tra autorità dello stesso livello) sia in senso verticale (tra autorità europee e autorità nazionali). Così, le regole strutturano i procedimenti di mutua assistenza e allo stesso tempo garantiscono una maggiore trasparenza anche in queste ipotesi di aiuto reciproco. Così, *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, cit., p. 209.

attori, all'interno dell'Unione europea e degli Stati membri, e che quindi rappresentano un fattore centrale nell'attività decisionale delle pubbliche amministrazioni.

L'intervento del Prof. Ziller ha messo in luce la politica dei piccoli passi che i redattori delle *Model rules* hanno attuato, realizzando così un progetto grande e molto ambizioso, rivolto alle istituzioni, ai loro funzionari e anche ai giudici. I piccoli passi si sono resi necessari a causa del problema delle basi giuridiche del progetto ReNEUAL: nel diritto dell'Unione la base giuridica delle norme dei Trattati non soltanto indica i settori di competenza dell'UE, ma soprattutto tipizza gli atti mediante i quali l'Unione può intervenire; e molto spesso, per di più, ci sono obiettivi specifici che limitano la direzione in cui l'atto può essere usato. Pertanto, è necessario affrontare il problema della base giuridica della codificazione del procedimento amministrativo europeo: se non ci fosse una base giuridica adeguata, bisognerebbe aspettare la prossima revisione dei trattati per adottare una codificazione di questo tipo.

Il problema della base giuridica delle *Draft model rules* è incentrato sull'interpretazione dell'art. 298 TFUE: secondo un'interpretazione restrittiva, esso serve solo da base ai regolamenti interni delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione europea; secondo l'interpretazione più ampia, fatta propria da ReNEUAL, invece, vi sarebbero argomenti letterali per estendere il contenuto di questa previsione alle ipotesi di co-amministrazione (71).

La vicenda delle basi giuridiche non si riduce a questo snodo interpretativo, ma comprende anche il problema dell'esistenza di altre basi giuridiche trasversali (l'art. 322 TFUE, l'art. 315 TFUE e altri). In alcuni casi il problema sarebbe risolto mediante la creazione di una doppia base giuridica ordinaria, mentre in altri — settori speciali — sussisterebbe comunque perché è prevista la procedura legislativa speciale (72).

Quanto poi al Libro I (il Preambolo delle *Draft model rules*), esso si apre con una soluzione di compromesso tra l'idea di codificazione innova-

(71) Secondo il Prof. Ziller, dal punto di vista giuridico non c'è — finché non si avrà un'interpretazione autentica della Corte di giustizia — una lettura preferibile. Dal punto di vista politico, invece, è ovvio che è rischioso per il progetto ReNEUAL iniziare subito con una normativa che si applica non solo alle istituzioni europee, ma anche alle autorità degli Stati membri quando sono nell'ambito di applicazione del diritto dell'unione. Ecco come si è giunti ai principi generali di cui al Libro I.

(72) Cfr. *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, cit., p. 15: « Un problema specifico — che non è stato discusso molto dalla letteratura esistente — ha a che fare con l'esistenza di basi giuridiche specifiche per determinate questioni trasversali. Ad esempio, è il caso dell'articolo 322 TFUE sull'adozione di regolamenti finanziari, dell'articolo 15 TFUE sui regolamenti in materia di accesso ai documenti e dell'articolo 16 TFUE sulla protezione dei dati. La questione è se l'esistenza di tali basi giuridiche impedirebbe l'inclusione di materie rilevanti nel quadro di una codificazione generale come quella prevista nelle *Model rules*. ReNEUAL riconosce l'esistenza di questo problema, ma è convinto che può essere risolto. Dato che le basi giuridiche trasversali prevedono l'utilizzo della procedura legislativa ordinaria, dovrebbe essere possibile utilizzare una base giuridica comune che unisca le disposizioni rilevanti con l'articolo 298 TFUE. Questo punto di vista è supportato da consolidata giurisprudenza della CGUE ».

tiva di ReNEUAL e le raccomandazioni di cui alla Risoluzione del Parlamento europeo. Compromesso perché, mentre il Parlamento europeo richiedeva che l'ambito di applicazione delle norme sul procedimento amministrativo fosse limitato esclusivamente alle istituzioni dell'Unione, ai sensi dell'art. 1 del Libro I le norme si applicano alle autorità europee e, solo quando lo consenta il diritto settoriale dell'Unione, anche alle autorità degli Stati membri.

Più complessa la discussione sul secondo articolo del Libro I, circa il rapporto tra le *Model rules* e le regole di procedimento speciali dell'Unione europea: in tal caso quelle elaborate da ReNEUAL sono destinate ad applicarsi solo in assenza di regole specifiche già esistenti, magari in regolamenti o direttive; ReNEUAL ha semplicemente pensato secondo una logica volta a colmare le lacune nella normativa esistente e a dare un *template* per nuovi regolamenti.

Pertanto, le regole ReNEUAL si applicano automaticamente in assenza di regole esistenti, mentre, se vi sono regole specifiche esistenti, esse si devono interpretare alla luce delle *Draft model rules* e possono essere da esse integrate.

È stato più semplice, invece, elaborare la disciplina di cui all'art. 3, secondo il quale — *ça va sans dire, mais ça va mieux en le disant* — gli Stati membri possono utilizzare queste regole come linee guida quando applicano il diritto dell'Unione in accordo con il loro diritto procedurale.

Il Prof. Ziller ha poi risposto a due rilievi: l'uno del Prof. De Lucia, l'altro del Prof. Greco.

Quanto al primo rilievo, Ziller ha ricordato che le “decisioni” del libro III non si limitano necessariamente a quelle di cui ai Trattati, perché ReNEUAL ha inteso disciplinare il procedimento amministrativo in generale: dunque le norme devono essere lette esclusivamente da questo punto di vista.

Quanto al secondo rilievo, Ziller ha fatto due precisazioni.

Con la prima, egli ha chiarito che ReNEUAL non ha considerato soltanto il contratto secondo il diritto dell'Unione: la visione del gruppo non è formalista e pertanto qualsiasi accordo bi- o plurilaterale sarà considerato contratto ai fini dell'applicazione del Libro IV.

Con la seconda, egli ha osservato che la disciplina sui contratti è certo di stampo pubblicistico, ma non perché il diritto tedesco abbia imposto qualcosa con la sua *WvWfG*, bensì proprio in forza della visione non formalista del contratto a evidenza pubblica per cui la definizione non è preconstituita, ma l'applicazione della norma sarà valutata caso per caso.

Le relazioni hanno dato luogo a un interessante dibattito che ha visto l'intervento, per primo, del Prof. Roberto Mastroianni (73), particolarmente interessato all'ultima questione esaminata, quella della base giuridica. Un meccanismo di creazione di principi giuridici comuni sul procedimento amministrativo esisterebbe già, e sarebbe quello dei principi generali

(73) Ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Napoli “Federico II”.

elaborati dalla Corte di giustizia e destinati a ricadere, oltre che sull'Unione in sé, anche sugli Stati membri, con correlativa creazione dell'effetto di *spill-over*, che sarà ovvio anche nel caso di codificazione delle regole sul procedimento amministrativo a livello europeo. In questo quadro, l'art. 298 TFUE limiterebbe il legislatore europeo a dettare norme sulla buona amministrazione nell'applicazione del diritto dell'Unione.

Le sollecitazioni del Prof. Fracchia (74) hanno riguardato il *green public procurement* nella disciplina degli appalti, inesistente invece nella disciplina dei contratti delle *Model rules*. Una necessaria assenza, questa, in quanto ReNEUAL ha lavorato partendo dal Regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012, che ha esclusiva natura contabile: se i principi del *green public procurement* fossero stati inseriti nel Libro IV, ne sarebbe scaturito un appesantimento eccessivo rispetto agli altri Libri, nell'economia generale di un *Draft* che ha come nucleo centrale, in realtà, il procedimento amministrativo.

La Prof.ssa Paola Chirulli (75), poi, ha sollevato il problema del disallineamento delle garanzie procedurali derivante dall'applicabilità a macchia di leopardo delle norme europee sul procedimento amministrativo ora elaborate: un problema, questo, che potrà essere risolto facendo ricorso al principio di eguaglianza, comune a tutte le Costituzioni, per evitare l'eventuale disparità di trattamento.

L'intervento finale del Prof. Della Cananea ha invece sottolineato le caratteristiche del lavoro di ReNEUAL, partendo dal fatto che il gruppo di studiosi ha preso atto dell'esistente, superandolo. In altre parole, la concezione antipositivista ha fatto sì che ReNEUAL non si limitasse all'interpretazione dell'esistente, così facendolo allontanare dall'esempio statunitense — che pure era stato preso a modello — del *Restatement of the law* (76). Questo ha indotto i membri di ReNEUAL ad allontanarsi anche dalla Risoluzione del Parlamento europeo (77), che ha cristallizzato — forse

(74) Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università "Bocconi" di Milano.

(75) Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza".

(76) Cfr. G.A. BERMAN, *A restatement of European administrative law: problems and prospects*, in www.reneual.eu.

(77) Le differenze tra il lavoro del Parlamento europeo e quello di ReNEUAL sono segnalate da E. CHITI, *Adelante*, con giudizio: *la prospettiva di una codificazione nel procedimento europeo*, in *Gior. dir. amm.*, 7/2014, pp. 677 ss., il quale afferma che « la risoluzione del Parlamento europeo stabilisce alcuni principi del procedimento, da quelli di buona amministrazione a un nuovo "principio di servizio", secondo un disegno orientato essenzialmente a garantire la trasparenza e l'efficacia dell'azione amministrativa. La proposta del gruppo di studiosi, invece, si fonda sul riconoscimento che le amministrazioni europee, al di là di quanto osservato dalle istituzioni politiche dell'Unione, esercitano poteri significativi, di natura anche discrezionale. Si pone l'obiettivo di strutturarne l'esercizio. Distingue tra procedimenti generali e procedimenti individuali. Propone, per i primi, un disegno ispirato alla rappresentanza degli interessi, alla politicizzazione del procedimento, allo scambio ragionato degli argomenti. Per i secondi, mette a punto una disciplina che mima il processo giurisdizionale, in linea con la tradizione di alcuni Paesi europei. Naturalmente, le singole scelte operate e il grado di dettaglio della normativa si prestano a obiezioni e discussioni. Ma l'individuazione di un modello composito, di rappresentanza degli interessi per i procedimenti generali e giurisdizionale per quelli individuali, fa della proposta di ReNEUAL un punto di partenza più solido della risoluzione del Parlamento europeo ».

troppo — i principi di diritto ai quali essi avrebbero dovuto attenersi nel loro lavoro (78).

Quattro, poi, i punti su cui si è soffermato il relatore, riguardanti ciò che è stato fatto e ciò che potrebbe accadere nell'immediato futuro.

Anzitutto: la necessità di una normativa sul procedimento amministrativo. Se ancora la Commissione europea è restia nei confronti dell'adozione di un codice del procedimento amministrativo, vi sono per contro alcuni motivi fondamentali per farlo. Tre di questi — già individuati da Sabino Cassese — sono: limitare il potere della pubblica amministrazione nel decidere; limitare il potere dei giudici, quando essi hanno troppo potere nel decidere la disciplina del procedimento; tutelare i diritti nuovi. A questi se ne aggiungono altri due, derivati dalla discussione e dal confronto comparatistico con le regole sul procedimento amministrativo negli altri ordinamenti: il primo è che una legge sul procedimento amministrativo aumenta la legittimità dell'azione amministrativa (79); il secondo — che nasce, paradossalmente, negli ordinamenti totalitari dell'ex URSS — è che una legge sul procedimento amministrativo consente il controllo dell'attività dell'amministrazione finanche da parte dei poteri forti.

Il secondo aspetto è quello dell'ambito di applicazione oggettivo delle *Model rules*, che finalmente hanno disciplinato, oltre all'*adjudication*, i meccanismi di *rulemaking*, per i quali non è possibile effettuare alcuna estensione interpretativa dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia, riferiti tutti al momento procedimentale, e non a quello regolatore. Un ampliamento, questo, da tutti condiviso nello *steering committee*.

Il terzo aspetto riguarda le questioni linguistiche, da sempre molto discusse per via dei costi che il pluralismo linguistico impone alle casse europee. Tuttavia, se è vero che non esiste organizzazione al mondo che abbia tante lingue di lavoro quante ne ha l'Unione europea, è altresì vero che non esiste organizzazione al mondo che sia *come* l'Unione europea, che disciplina gli Stati, ma entra anche all'interno degli ordinamenti nazionali.

Il quarto aspetto ha a che vedere con i rapporti tra la normativa europea sul procedimento amministrativo e gli Stati nazionali che, da una parte, non hanno ancora una legge sul procedimento e, dall'altra, ce l'hanno ma orientata in direzione diversa rispetto alla prima.

Ebbene, nel primo caso i fatti dimostrano che sono sempre meno i Paesi che non hanno una legge sul procedimento amministrativo: la Francia, ad esempio, sta lavorando in questo senso. La tendenza è quella di dotarsi di una legge sul procedimento amministrativo ed è abbastanza agevole pensare che i Paesi che la emaneranno in un momento successivo subiranno l'influenza della norma europea nel frattempo adottata.

(78) Secondo il relatore — che cita L.G. PRISCO, *Digesto*, D.50.17.202 — « *omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset* ».

(79) Più precisamente, il Prof. della Cananea ha riferito che « l'idealtipo dell'amministrazione legale razionale, e quindi l'idea che si rafforzino le regole stabilite *ex ante*, è un potente argomento per sostenere che così si rafforza la legittimità dell'azione amministrativa, perché segue regole prestabilite e in ciò realizza la propria missione ».

Nel secondo caso, è emblematico il discorso dell'art. 21-*octies*, co. 2, della nostra l. n. 241/90 (80), sui cc.dd. vizi non invalidanti: la norma dequota i vizi formali rendendo il provvedimento non annullabile (81) (in ossequio alla visione sostanzialistica del provvedimento), con ciò arrecando un *vulnus* alla funzione amministrativa e alla tutela del privato, in contrasto con le garanzie di principio poste dalla medesima legge all'art. 1 (82). Infatti, laddove la legge sul procedimento amministrativo fa rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario, è pienamente applicabile all'Italia non solo l'art. 41 della Carta di Nizza, ma — anche se le *Model rules* non dovessero essere tempestivamente adottate — anche la Risoluzione del Parlamento europeo, per cui non sono derubricabili a mere irregolarità le violazioni dei principi fondamentali. L'applicazione di questi principi condurrà a un'interpretazione dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/90 secondo una visione efficientistica e sostanzialistica, ma certo non aberrante (83).

È indubbio, insomma, che il progetto messo a punto dai membri ReNEUAL costituisce un punto di partenza per la codificazione del procedimento amministrativo a livello europeo.

Se è vero che quello della codificazione è uno schema mentale tipico dei giuristi continentali (84), è altrettanto vero che questo tentativo — sfoci o meno in un Regolamento — può costituire una preziosa opportunità di maturazione del diritto amministrativo europeo all'interno di una comunità di diritto (85), qual è, appunto, l'Unione.

(80) Ai sensi dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/90, « non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato ».

(81) Dopo la riforma attuata con il d.l. "Sblocca Italia" (d.l. 12 settembre 2014, n. 133), convertito in legge n. 164/2014, il provvedimento affetto dai vizi cc.dd. non invalidanti non è annullabile nemmeno in via di autotutela.

(82) Cfr. D.-U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro Giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 601 ss., che definisce l'art. 21-*octies* come un veleno di cui solo il diritto europeo, con i suoi standard procedurali dettati dall'art. 41 della Carta di Nizza, costituisce l'antidoto, poiché richiamato all'art. 1 della medesima l. n. 241/1990.

(83) Per esempio nel caso in cui la motivazione fosse considerata un aspetto di mera forma. In realtà, come ha efficacemente detto D.-U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro Giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, cit., la motivazione costituisce una « formalità sostanziale ».

(84) Le *Model rules* non sono state chiamate *Code* nella versione linguistica inglese proprio per allontanare l'immagine dei continentali come eccessivamente inclini a codificare rispetto ai Paesi anglosassoni.

(85) Cfr. E. CHITI, *Adelante, con juicio: la prospettiva di una codificazione nel procedimento europeo*, cit., p. 677.