



Semplificazione e mercato negli ordinamenti sovranazionali

di Giovanni Guzzardo *

29 Ottobre 2024

SOMMARIO: 1. *Better regulation*, competitività e semplificazione: le sollecitazioni dell'Unione europea e le *policy recommendations* dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE). – 2. Interesse generale, principio di legalità e accesso al mercato: una premessa. – 3. Ordinamento eurounitario e prevedibilità dell'azione amministrativa: considerazioni generali. – 4. Sussidiarietà e proporzionalità: vincoli di attuazione del diritto derivato e *innovazioni* nell'azione amministrativa. – 5. Lo schema regola/deroga sin dalla direttiva *Bolkestein* 2006/123/CE. – 6. Il principio di precauzione: fungibilità dell'atto amministrativo ai fini dell'effetto legittimante l'intrapresa privata. – 7. Centralità della norma e discrezionalità nella giurisprudenza europea.

1. *Better regulation*, competitività e semplificazione: le sollecitazioni dell'Unione europea e le *policy recommendations* dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE).

L'idea di fondo secondo la quale lo Stato debba indietreggiare¹, sì da favorire l'avvio libero delle iniziative economiche e delle attività delle imprese, da attuarsi attraverso l'affermazione dei principi di efficacia e di equivalenza che inducano ad una sorta di liberalizzazione *amministrativa*², ha assunto, come è noto ed oramai da tempo, rilievo sovranazionale, come testimoniano gli studi, i documenti ufficiali, le direttive e le raccomandazioni elaborati dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo

* Professore associato di Diritto amministrativo, Politecnico di Bari.

¹ M. D'ALBERTI, *Riforme amministrative e sistema economico*, in www.astrid-online.it, rileva che nell'ultimo decennio del XX secolo è divenuto più solido il nesso fra istituzioni amministrative e sistema economico. A tal riguardo l'illustre A. osserva che importanti organismi internazionali – come l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), il Fondo monetario internazionale (FMI), la Banca mondiale (BM) hanno sottolineato che la crescita economica è più sensibile nei paesi in cui le Amministrazioni pubbliche hanno elevata qualità e regolano in modo efficace «*ma non ingombrante le attività d'impresa e gli scambi*».

² Il conio dell'espressione si deve a G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in AA.VA., *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, p. 2429.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

economico (OCSE) ma, ancor prima, dalle Istituzioni europee³, preordinati ad avviare un processo di uniformazione e di de-regolamentazione delle attività amministrative rilevanti ai fini dello sviluppo del mercato.

I cardini essenziali delle sollecitazioni europee ed internazionali in materia sembrerebbero, a tutta prima, modellati, sull'enfaticizzazione di una sorta di *laissez faire* del pubblico potere, fondato su di una prefigurazione del concetto di legalità intesa come mera non contrarietà alla norma e riassumibile nella formula «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato»⁴: l'iniziativa economica troverebbe così diretto titolo di legittimazione nella legge, venendo meno l'intermediazione del potere amministrativo, sottoposto alle stringenti condizioni introdotte, proprio dal principio di concorrenza, all'*an* ed al *quomodo* delle modalità del suo esercizio.

Muovendo dal presupposto che l'intrapresa privata rappresenta «una risorsa fondamentale per la produttività di un Paese, oltre che una delle principali fonti di occupazione e di sviluppo», l'Unione europea ha, a più riprese, manifestato una tendenziale ritrosia per una regolamentazione ed una procedimentalizzazione definite «eccessive»: le imprese devono, dunque, esser poste al riparo dai riverberi negativi dell'invasione della p.A.; la disciplina di diritto amministrativo, anche ove sia assunta come necessaria, deve comunque avere un «contenuto appropriato rispetto alla materia disciplinata» ed essere imputata «alla istituzione che appaia più adatta in relazione alle caratteristiche del caso»⁵.

Il quadro emergente consente di evidenziare come il disegno sovranazionale – ispirato dal necessario ed indifferibile abbandono degli schemi a lungo sperimentati di governo delle attività economiche – sia stato attuato su piani diversi e con tecniche differenti, connotate da tratti gradualisti di precettività.

Sul versante di una tendenza, più risalente, che può ascrivere all'ambito concettuale comunemente definito *moral suasion* (*recte: soft law*) ad una rivisitazione dei tradizionali schemi dell'autorizzazione preventiva si colloca, innanzitutto, la raccomandazione sul miglioramento e la semplificazione delle attività economiche

³ Come evidenzia M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 679 ss. Si veda, inoltre, Corte cost., 27 luglio 2005, n. 336, in *www.giustamm.it*, 2005, 7, ove si legge che le regole della semplificazione amministrativa e della celerità sono «espressive in quanto tali di un principio fondamentale di diretta derivazione comunitaria».

⁴ Cfr. la locuzione è replicata nel d.l. c.d. "Salva Italia" 2011.

⁵ M. P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari*, *Foro amm. (CdS)*, 2006, 1063. In ordine a tali profili si veda, altresì, il contributo di L. CARBONE, G. TIBERI, *La better regulation in ambito comunitario*, in *Quad. cost.*, 2001, 699 ss.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

del 22 aprile 1997⁶, nella quale la Commissione europea⁷ ha evidenziato come la normativa, unitamente alle procedure amministrative che governano le attività degli operatori economici, abbiano prodotto «*un effetto cumulativo sulle imprese che ne soffoca le attività e ne condiziona la competitività*»⁸: gli adempimenti amministrativi e i tempi che i procedimenti richiedono sono, dunque, una voce di costo non proporzionata per i settori produttivi⁹, finendo per refluire negativamente sugli spazi di esercizio delle attività economiche.

Ne deriva l'auspicio che «*le procedure amministrative previste per creare una nuova impresa dovrebbero essere semplificate e rese più agevoli per gli utenti*» e, per garantire l'effettività di tale premessa, la Commissione si spinge sino a suggerire ai Paesi aderenti all'Unione modelli procedurali «*per cui una domanda deve considerarsi automaticamente approvata se l'Amministrazione non fornisce risposta entro un termine prefissato*»¹⁰ ed organizzativi, ritenendo indispensabile l'istituzione di «*un punto unico di contatto*» fra imprese e p.A.

Emerge, così, gradualmente nell'ordinamento unionale l'affermazione della libertà di iniziativa economica come libertà individuale, ma di interesse generale ed una tendenza ispirata alla protezione di situazioni giuridiche endogene rispetto all'andamento del mercato, affidato alla concorrenza. In tal senso si era, del resto, già espresso il gruppo di esperti sulla semplificazione legislativa e amministrativa (Commissione *Mandelkern*), istituito nel 1994, con la missione di redigere le *guide lines* in materia di impatto dell'impianto regolatorio sulla competitività del sistema economico e sull'occupazione.

Le indicazioni e le raccomandazioni operative (sostegno alle politiche di semplificazione; *simplification cannot be a one shot policy* e periodicità degli strumenti utilizzati per consentire una verifica dei risultati raggiunti; bilanciamento fra il coordinamento delle politiche di semplificazione e le Amministrazioni responsabili delle politiche di settore; consultazione dei destinatari della regolazione; integrazione fra le regole preesistenti e nuove regole) finalizzate al miglioramento della qualità della regolazione e della semplificazione, sono state in gran

⁶ Cfr., altresì, il Terzo Programma Pluriennale per le piccole e medie imprese in cui si indica, tra le priorità da realizzare, la semplificazione del quadro normativo e amministrativo per l'impresa.

⁷ Sui poteri della Commissione e sui rapporti con le altre Istituzioni comunitarie si veda il Contributo di S. BATTINI, *La Commissione nell'organizzazione delle Comunità europee: profili ricostruttivi ed evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 1025 ss.

⁸ Raccomandazione della Commissione UE n. 97/344/Ce del 22 aprile 1997 sul miglioramento e la semplificazione dell'attività d'impresa e per la creazione di nuove imprese. Sul tema A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 724, nota 27.

⁹ D. CORLETTI, *La semplificazione dei procedimenti autorizzatori*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di G. FALCON, Padova, 2005, 19.

¹⁰ La Commissione ricorda proprio l'esperienza giuridica italiana in materia di denuncia di inizio attività e di silenzio assenso.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

parte recepite dalla Commissione nell'*Action Plan for improving and simplifying the regulatory environment* del giugno 2002, tendente a mitigare il peso burocratico di un regime amministrativo di cui si valuti, comunque, utile la permanenza¹¹.

La verifica degli effetti di *deregulation* dei settori economici è stata, inoltre, individuata alla stregua di un criterio automatico di misurazione, diretto alla progressiva rimozione dei condizionamenti alla libertà d'impresa, in vista del soddisfacimento di rilevanti obiettivi economico-sociali. La Commissione ha, così, varato il programma per la riduzione degli oneri amministrativi «*inutili e sproporzionati*» entro il 2012, percepiti come fonte di «*perturbazione e di distrazione per le attività delle imprese*»¹². Il piano d'azione si concentra, in particolare, sui c.d. obblighi di informazione¹³ obsoleti, ridondanti o ripetitivi¹⁴.

Il Consiglio europeo ha di seguito approvato il programma e gli obiettivi individuati dalla Commissione, ha invitato gli Stati membri a fissare «*i loro obiettivi nazionali con livello di ambizione comparabile nei rispettivi ambiti di competenza entro il 2008*»¹⁵, riaffermando che la riduzione degli oneri amministrativi costituisce una misura importante per stimolare l'economia europea, specialmente attraverso il suo impatto sulle piccole e medie imprese¹⁶.

La stessa U.E. si è vincolata a criteri di semplicità normativa e amministrativa. Prova ne è il progetto interistituzionale *Legiferare meglio* del Parlamento, del Consiglio e

¹¹ La Commissione richiama nuovamente gli istituti giuridici della denuncia di inizio attività e del silenzio assenso.

¹² Programma di riduzione degli oneri amministrativi del 24 gennaio 2007.

¹³ La Commissione europea precisa, tuttavia, che tali misure di riduzione «non devono compromettere l'obiettivo perseguito dalla legislazione e che esistono certamente dei casi in cui, per esempio, per motivi legati alla tutela della salute pubblica, alla protezione dei diritti dei lavoratori o dell'ambiente o alla necessità di proteggere gli interessi finanziari della Comunità e di garantire una sana gestione finanziaria, gli obblighi di informazione saranno mantenuti».

¹⁴ Una parte fondamentale del programma d'azione è il calcolo degli oneri amministrativi sostenuti dalle imprese per conformarsi all'obbligo di fornire informazioni ai sensi della legislazione europea e delle disposizioni nazionali d'attuazione. Questo lavoro di misurazione è stato avviato nel luglio 2007 e riguarda 43 normative (in 13 settori prioritari) che si ritiene rappresentino più dell'80% degli oneri amministrativi. Per produrre risultati in tempi brevi, il programma d'azione ha inoltre individuato 10 azioni rapide (*fast track actions*) destinate a produrre risultati significativi (stimati a 1,3 miliardi di euro) apportando modifiche relativamente minori alla legislazione esistente. Quattro corrispondenti pacchetti di misure legislative sono state adottate dalla Commissione in circa sei mesi (cfr. in http://ec.europa.eu/enterprise/admin-burdens-reduction/admin_burdens_en.htm). È stato, inoltre, già realizzato e pubblicato uno studio di misurazione degli oneri amministrativi imposti agli agricoltori per effetto della politica agricola comune.

¹⁵ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo (marzo 2007), pag. 10. Sono dodici gli Stati membri che hanno risposto all'invito del Consiglio. La Presidenza del Consiglio europeo evidenzia che le misure di semplificazione non devono compromettere gli obiettivi politici della regolamentazione e devono rispettare l'*acquis* europeo. Tra le misure individuate dalla Commissione per il miglioramento della regolazione e la semplificazione amministrativa il Consiglio europeo ha approvato l'istituzione di un Comitato per la valutazione d'impatto.

¹⁶ Il Consiglio europeo ha individuato nella misura del 25% la percentuale di riduzione, entro il 2012, gli oneri amministrativi derivanti dalla legislazione europea.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

della Commissione – atto di indirizzo in forma di accordo¹⁷ – con il quale le Istituzioni coinvolte, al fine di migliorare la qualità della legislazione, hanno concordato di ispirarsi ai principi generali di legittimità democratica, sussidiarietà, proporzionalità e certezza del diritto, promuovendo la semplicità, la chiarezza e la coerenza nella redazione dei testi legislativi, nonché la massima trasparenza nell'*iter* legislativo¹⁸ ed impegnandosi ad utilizzare – qualora il Trattato non prescriva, specificatamente, il ricorso a un determinato strumento legislativo – meccanismi di regolamentazione alternativi, definiti come coregolamentazione e autoregolamentazione¹⁹.

Al soddisfacimento di obiettivi di semplificazione dei procedimenti amministrativi europei è, invece, preordinata la comunicazione della Commissione 2003/1255²⁰.

¹⁷ La definizione classificatoria è di S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del "sistema Italia"*, Milano, 2006, 13 ss., trattandosi al contempo di un patto politico e di un accordo organizzativo, «poiché gli impegni assunti hanno ad oggetto sia il coordinamento delle rispettive attività, sia l'uniformazione dei rispettivi modi di agire, sia infine l'adozione di misure organizzatorie ordinate all'attuazione dell'accordo stesso». Nel senso di una amministrazione comunitaria inefficiente sul versante dei risultati le osservazioni critiche di M. P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'Unione europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 397 ss.

¹⁸ In funzione del raggiungimento di tale obiettivo le tre Istituzioni hanno concordato di coordinare i loro lavori preparatori e legislativi, nel quadro della procedura di codecisione, innanzitutto comunicandosi i rispettivi calendari legislativi annuali, allo scopo di concordare una programmazione normativa annuale comune, e tenendosi reciprocamente informate nel corso dell'*iter* legislativo. Sulla Commissione graverebbe l'onere di illustrare e motivare, dinanzi al Parlamento europeo ed al Consiglio, la scelta dello strumento legislativo, di volta in volta privilegiato, garantendo che l'intervento normativo proposto «sia quanto più semplice possibile, in coerenza con un adeguato conseguimento dell'obiettivo prefissato e con la necessità di un'efficace esecuzione, in applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

¹⁹ Come evidenzia S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del "sistema Italia"*, cit., p. 16 ss., per coregolamentazione si intende «il meccanismo mediante il quale un atto legislativo unionale - denominato "di base" - conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dall'autorità legislativa ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore (in particolare agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni). Nel "contesto", o se si vuole nell'ambito, definito dall'atto legislativo "di base", i soggetti interessati possono concludere *accordi autonomi* per stabilire le misure e le correlative regole per conseguire gli obiettivi eterodefiniti. L'atto legislativo che serve come "base" al meccanismo di coregolamentazione indica anche l'ampiezza possibile della coregolamentazione nel settore interessato». Per autoregolamentazione deve intendersi, invece, «la possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare, tra di loro e per se stessi, orientamenti comuni a livello europeo (in particolare codici di condotta o accordi settoriali)». L'A. sottolinea la particolare pregnanza che «avrebbe "l'importazione" anche nel nostro ordinamento dei principi di coregolamentazione e di autoregolamentazione e la loro ricaduta in termini di deamministrativizzazione - rispettivamente parziale e totale - delle attività private. Ne consegue che le normative nazionali di sostituzione di intere fasi di procedimenti amministrativi con *autocertificazioni* non solo trovano un autorevole avallo in sede europea, ma dovrebbero esser accompagnate da ben più incisive *esternalizzazioni* della regolazione dell'organizzazione di attività, sia pur sotto il controllo di un'autorità di vigilanza».

²⁰ S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del "sistema Italia"*, cit., p. 19 ss. Nel senso che i principi di efficienza e semplicità caratterizzano ormai i procedimenti posti in essere dalle Istituzioni europee C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi*



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'atto di indirizzo, pur spiegando la propria efficacia limitatamente a quei procedimenti aventi ad oggetto la gestione delle politiche strutturali, rappresenta un esempio assai innovativo di riduzione della *complessità* amministrativa comunitaria: individuata una procedura costellata dalla previa valutazione di impatto economico, sociale ed ambientale dell'atto da adottare, si innestano nel *iter* procedimentale tecniche c.d. di *chiarimento* e meccanismi di coordinamento con gli Stati²¹ e una sorta di deformalizzazione dei controlli, sino alla configurazione di un «*patto di fiducia*» tra la stessa Commissione e i Paesi aderenti all'Unione europea²².

Un'impostazione che muove da scelte macroeconomiche può leggersi, invece, nelle iniziative assunte dall'Organizzazione per lo sviluppo e la cooperazione economica. V'è, innanzitutto, da ricordare la raccomandazione sul miglioramento della qualità della regolamentazione adottata dal Consiglio dell'OCSE il 9 marzo 1995²³ che reca una sollecitazione rivolta agli Stati membri a porre in essere misure efficaci per assicurare la qualità e la trasparenza della regolamentazione e delle procedure amministrative ed enuncia una serie di criteri, conformandosi ai quali potrebbe consentirsi ai diritti amministrativi nazionali di favorire le libertà economiche e gli scambi²⁴.

Un'analisi più approfondita delle cause strutturali dell'eccesso di normazione e di proceduralizzazione pubblicistica, anche con riferimento all'esperienza delle singole Nazioni, è nelle *policy recommendations* presentate dall'OCSE il 26-27 maggio 1997²⁵. Il rapporto riafferma – con toni forse enfatici, ma di sicura incidenza – come la semplificazione implichi vincoli minimi alla competitività e all'occupazione «*per rendere ottimali i benefici dell'intervento diretto dei pubblici poteri*». La semplificazione, dunque, «non come abbandono di campo da parte della p.A., né come banalizzazione della sua azione in termini di mere *performance*, ma come

europei, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 1041-1042. Cfr. altresì F. ASTONE, *Riforma della p.A. e ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2002, p. 82.

²¹ S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del "sistema Italia"*, cit., p. 23 ss.

²² Tale pattuizione presuppone il rispetto di tre condizioni: la gestione finanziaria ed i controlli nazionali devono essere coerenti con i regolamenti comunitari che disciplinano la materia; gli Stati membri devono adottare politiche e strategie soddisfacenti in ordine ai controlli; gli Stati membri devono presentare relazioni idonee a consentire la valutazione dell'efficacia della strategia di verifica contabile.

²³ Le raccomandazioni più recenti sulla qualità della regolazione sono dedicate al sostegno politico alla riforma della regolazione ed alla implementazione della semplificazione amministrativa. Si sottolinea, infatti, l'importanza scongiurare sforzi isolati, dettati da *policy fads*, che certamente non possono prendere il posto di un approccio coerente e complessivo, esteso all'intera attività di governo e coinvolgente l'Amministrazione nel suo complesso.

²⁴ M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 53.

²⁵ Su tali profili cfr. M. FILIPPI, *Le raccomandazioni dell'OCSE in tema di qualità della regolazione*, in AA.VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, in AA. VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, M. A. SANDULLI, (a cura di), Milano, 2005, p. 247 ss.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

condizione necessaria per innalzare il tasso qualitativo della (perdurante) azione amministrativa, nel rigoroso rispetto del principio di legalità»²⁶.

L'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico²⁷ ha incentrato la propria azione, altresì, sulla individuazione di strategie mirate alla riduzione delle c.d. «lungaggini burocratiche»²⁸: i tempi delle procedure amministrative sono considerate alla stregua di un rischio per le imprese e, in particolare, un «rischio amministrativo», espressione con la quale si indica l'insieme di elementi negativi riconducibili alle regole ed ai comportamenti delle pubbliche Amministrazioni, che vanno dai tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi²⁹, alle disfunzioni organizzative, ai ritardi nell'adempimento delle obbligazioni pubbliche.

Le strategie per semplificare la regolamentazione si concentrano su due livelli: «*examining the administrative burden that will be introduced by new regulations before they are implemented, and reforming existing burdensome regulations*». In materia di *better regulation* l'OCSE ritiene, dunque, ancora attuale il tradizionale modello dell'analisi dell'impatto della regolazione: la c.d. A.I.R. sarebbe in grado di assicurare che le proposte normative o «*gli accordi regolatori esistenti*» siano soggetti a un'analisi trasparente e rigorosa, per determinarne la proporzionalità in relazione agli obiettivi da raggiungere.

L'OCSE, tuttavia, non si limita ai profili attinenti alla normazione ma fornisce, attingendo alle esperienze giuridiche dei Paesi aderenti, l'indicazione di strumenti che i governi possono utilizzare per ridurre la complessità, i costi³⁰ ed incrementare la trasparenza³¹ delle procedure amministrative.

²⁶ M. P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari*, cit., p. 1067.

²⁷ OECD, *Cutting Red Tape: national strategies*, in *Policy brief OECD Observer*, gennaio 2007.

²⁸ L'OCSE osserva che «*cutting red tape is a priority on the political agenda. Businesses and citizens complain that they spend much time and devote significant resources to activities such as filling out forms, applying for permits and licences, reporting business information, notifying changes, etc.*»

²⁹ OECD, *Cutting Red Tape: national strategies*, in *Policy brief OECD Observer*, gennaio 2007: «*Red tape is costly, not just in time and money spent filling out forms but also in terms of reduced productivity and innovation in business. This is particularly burdensome to smaller businesses and may even discourage people from starting up a new business. These effects are more costly in global markets, where the efficiency of the domestic regulatory and administrative environment can affect business competitiveness*».

³⁰ *Regulatory Impact Analysis, Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997; *Regulatory policies in OECD Countries: from interventionism to regulatory governance*, Paris, 2002; *From Red Tape to Smart Tape, Administrative Simplification in OECD Countries*, Paris, 2003; *OECD e-Government studies: e-Government for better government*, Paris, 2005; *Cutting Red Tape: national strategies for administrative simplification*, Paris, 2006.

³¹ OECD, *Cutting Red Tape: national strategies*, in *Policy brief OECD Observer*, gennaio 2007: «*The basic tools used for administrative simplification, such as one-stop shops and process re-engineering, have remained effective and are still being used in OECD countries. One-stop shops offer a place where businesses and citizens can obtain all the information necessary for their query, or can process different transactions, such as filling out an application. Process reengineering, as its name implies, refers to simplifying an administrative process, such as applying for a licence, and is principally used in cutting red tape for business*».



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Le politiche internazionali di semplificazione e liberalizzazione e la loro matrice, in relazione alle scelte della finanza pubblica e alla prefigurazione dei futuribili scenari economici, passano dunque anche attraverso una valutazione periodica della regolazione, al fine di verificarne la proporzionalità e l'efficacia, nella partecipazione alle decisioni e nella concentrazione delle competenze e delle funzioni amministrative. Così, ad esempio, i c.d. *punti one stop*, sperimentati in diversi Nazioni, offrono ai cittadini ed alle imprese «*un luogo ove ottenere tutte le informazioni necessarie ed assolvere agli adempimenti burocratici prescritti*». Il c.d. *process reengineering*, di matrice aziendalistica, consentirebbe, invece, di semplificare un procedimento amministrativo, riprogettando l'architettura tradizionale delle fasi procedurali ovvero modificando, semplicemente, la struttura organizzativa della p.A. deputata alla cura del procedimento medesimo.

Muovendo da una ricostruzione critica dei diritti amministrativi nazionali l'OCSE segnala, infine, una *list of best practices*: l'elenco include un potenziamento dell'analisi di impatto della regolazione; il monitoraggio costante dei progressi nel campo della semplificazione; la codificazione normativa; l'incremento della *information technology*³². L'OCSE suggerisce anche quattro modelli organizzativi preordinati alla riduzione degli oneri amministrativi: *single purpose entities*, con la missione di occuparsi di semplificazione del linguaggio amministrativo, con particolare riferimento a determinate categorie di imprese o operatori economici; le *administrative simplification agencies* con la funzione di promuovere una semplificazione in favore di imprese, cittadini e il settore pubblico; le *regulatory reform agencies* con funzioni orientate al miglioramento della qualità della regolazione e i *external committees* quali organi costituiti dai governi nazionali, composti da rappresentanze del mondo produttivo, con funzioni consultive e di proposta in materia di riduzione degli oneri amministrativi.

2. Interesse generale, principio di legalità e accesso al mercato: una premessa.

Il quadro così delineato si ricomponne – nella prospettiva di una progressiva

³² OECD, *Cutting Red Tape: national strategies*, in *Policy brief OECD Observer*, gennaio 2007: «*measuring the likely burden of new regulations before they are implemented and using this information to trace burdens to their source (however, there are different measurement methodologies available); information about the extent of estimated administrative burdens is increasingly being included in Regulatory Impact Analysis prior to the introduction of new regulations; targets for burden reduction are being set and used to promote simplification in the first place and to monitor progress and maintain the momentum for further simplification and burden reduction; political oversight of very burdensome measures; codification (grouping together existing regulations in a particular area in a single regulation) remains an important tool for simplification; information technology is an important tool for reducing burdens, for example, through data sharing, and simplifying licence procedures; and results must be communicated*». Si veda, altresì, la raccomandazione del marzo 2012 *Recommendation of the Council on Regulatory policy and Governance*.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

omogeneizzazione delle regole e di circolazione³³ di tecniche e modelli giuridici³⁴ –

³³ Sulla circolazione dei modelli giuridici cfr. F. ASTONE, *Riforma della p.A. e ordinamento comunitario*, cit., p. 64, che registra, con sempre maggiore frequenza, trapianti di istituti giuridici, una accentuata circolarità dei modelli tra i diversi sistemi amministrativi, tali da «contribuire ad una consistente convergenza di diritti amministrativi nell'area europea».

³⁴ Nell'ambito degli ordinamenti giuridici dei Paesi aderenti all'Unione europea le tecniche e gli istituti di riduzione della *complessità* dell'agire delle pubbliche Amministrazioni, preordinate ad incidere sul procedimento amministrativo ed a spiegare effetti anche sulla sfera organizzativa, presentano (Cfr. G. F. FERRARI, *Semplificazione e consenso nell'azione amministrativa: esperienze a confronto. Introduzione*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2006, I, p. 288 ss.) caratteri variegati ed eterogenei. Gli atti di impulso dell'Unione europea in materia hanno condotto, infatti, gli Stati membri – almeno in una prima fase – ad uniformarsi alle tecniche di semplificazione relative più alla produzione normativa che al procedimento amministrativo, nel mentre le *policy recommendations* dell'OCSE hanno consentito la mera circolazione di quegli istituti giuridici ritenuti, non solo negli intenti ma anche sul piano dell'effettività, in grado di snellire l'azione delle pubbliche Amministrazioni. Circoscrivendo l'ambito di indagine ai soli ordinamenti inglese, tedesco, francese e spagnolo si anticipa, sin d'ora, che tra gli istituti giuridici con effetti di semplificazione procedimentale, più diffusi, può annoverarsi il silenzio della p.A. Secondo il meccanismo, già ampiamente collaudato nell'ordinamento italiano, si attribuisce all'inerzia delle Amministrazioni pubbliche carattere provvedimento di accoglimento o di rigetto o effetti legali equiparati, rendendo così superflua una eventuale iniziativa di interpello o, più in generale, di sollecitazione a pronunciarsi del soggetto privato interessato. Una diffusione analoga si riscontra in relazione a quegli istituti giuridici o quelle tecniche che, in determinati settori, prescrivono una riduzione dei termini entro i quali le pubbliche Amministrazioni devono pronunciarsi. Altri meccanismi tendono ad operare, invece, in maniera non dissimile dalla conferenza di servizi, essendo finalizzati ad assicurare un esame contestuale dei differenti interessi pubblici coinvolti nel procedimento amministrativo. Ed anche le ipotesi di sostituzione del provvedimento conclusivo del procedimento con una mera comunicazione o dichiarazione di inizio attività, ferma l'esecuzione di controlli entro termini talvolta perentori, ovvero le differenti fattispecie di autocertificazione che trovano applicazione negli ordinamenti europei ricalcano istituti giuridici noti anche all'ordinamento nazionale. Vi sono, invece, modelli giuridici di semplificazione che implicano una sostanziale riduzione del potere discrezionale della pubblica Amministrazione, come ad esempio la c.d. sostituzione di concessione «con un atto amministrativo a scarso tasso di discrezionalità già sperimentata a livello comunitario» e che non trovano analogie nella legislazione italiana. Una diffusione minore in ambito europeo può riscontrarsi a proposito delle c.d. tecniche di esternalizzazione, ossia di quei meccanismi che operano sul versante dell'organizzazione amministrativa attraverso il trasferimento, anche parziale, di attività e funzioni normalmente espletate dalle Amministrazioni, il cui modello originario si suole ricondurre alle *public private partnerships*, di matrice anglosassone. Alle tecniche di semplificazione, relative più alla produzione normativa che all'azione delle p.A., può ricondursi quella procedura c.d. *regulatory impact analysis*, mutuata dall'analogo meccanismo tracciato dall'OCSE. Al novero degli istituti giuridici di semplificazione operanti sull'impianto delle normative può ascrivere anche una tecnica giuridica che si suole denominare *reg-neg*, preordinata a garantire forme, più o meno ampie, di partecipazione all'*iter* procedimentale di formazione degli atti aventi forza regolamentare. Ampiamente diffuse sono, poi, le tecniche di semplificazione del linguaggio amministrativo, comuni alla maggior parte dei Paesi europei, modellate sui c.d. vocabolari di settore, ormai da tempo sperimentati dall'ordinamento eurounitario (si pensi, ad esempio, alla normativa europea in materia di appalti pubblici). Nell'ordinamento giuridico tedesco, ad esempio, la problematica del bilanciamento tra semplificazione dell'azione amministrativa e competitività delle imprese è stata risolta con le modifiche alla legislazione federale in materia di azione amministrativa del 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), introdotte dalle leggi del 12 settembre 1996 e del 23 gennaio 2003. Gli istituti giuridici di semplificazione del procedimento amministrativo sono stati invertei anche da tecniche di accelerazione procedimentale. Il c.d. *beratung e auskunft* impone, ad esempio, alla p.A. l'obbligo di informare il cittadino o l'impresa sugli strumenti di accelerazione normativamente previsti in relazione a quel



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

determinato procedimento. Il legislatore tedesco ha, inoltre, ridotto per i procedimenti c.d. di massa gli obblighi di notificazione e comunicazione e per i procedimenti complessi ha statuito la partecipazione simultanea degli apparati pubblici coinvolti nel procedimento. Ma le previsioni di maggiore impatto sul versante della semplificazione dell'azione amministrativa sono quelle, di carattere strutturale, preordinate a raccogliere celermente il consenso delle Amministrazioni interessate dal procedimento, come lo *sternverfahren* - procedimento a stella - di cui all'art. 71d del *VwVfG* e la *antragskonferenz* - conferenza a istanza di parte - disciplinata dall'art. 71e del *VwVfG*, con caratteristiche simili alla conferenza di servizi istruttoria italiana. Tali istituti giuridici trovano, tuttavia, applicazione in relazione ai soli procedimenti autorizzatori, così come espressamente dispone l'art. 71° del *VwVfG*. Il procedimento a stella dà luogo ad una sorta di procedura a scacchiera o a raggiera, nel quale il responsabile del procedimento sollecita tutti i soggetti pubblici interessati al procedimento a produrre, contemporaneamente, le proprie osservazioni, entro un termine perentorio fissato dalla stessa Amministrazione procedente. L'inerzia delle Amministrazioni interessate che si protragga oltre il termine fissato, si traduce in una fattispecie di decadenza del diritto all'esternazione ed abilita l'Amministrazione procedente a proseguire il procedimento anche in difetto dell'apporto delle altre p.A. rimaste inerti, fatte salve le ipotesi in cui la legge contempra la possibilità di deroghe espresse o allorquando le c.d. esternazioni siano condizione di legittimità del provvedimento finale ovvero abbiano ad oggetto interessi pubblici già noti o che, comunque, dovrebbero essere conosciuti dall'Amministrazione procedente. La *antragskonferenz* o conferenza ad istanza di parte si caratterizza per l'informalità delle modalità di indizione e di svolgimento. Il *Verwaltungsverfahrensgesetz* dispone, infatti, che l'Amministrazione procedente debba organizzare, su istanza del privato che abbia richiesto il rilascio di un provvedimento autorizzatorio, una *discussione* tra gli uffici coinvolti e il richiedente stesso, senza alcuna ulteriore specificazione, neppure in ordine alla vincolatività delle decisioni eventualmente assunte. La *antragskonferenz* sembrerebbe, dunque, assolvere a mere funzioni istruttorie. Le innovazioni normative introdotte nel 2003 sono, invece, essenzialmente preordinate ad incentivare il processo di informatizzazione ed automatizzazione dell'azione delle pubbliche Amministrazioni. Sul regime giuridico del procedimento amministrativo nell'ordinamento tedesco, anche con riferimento alla semplificazione procedimentale ed alle riforme del 1996 e del 2003, cfr. P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, WStRL, Berlin, 1972, p. 43 ss.; F. MAYER, *La legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica federale tedesca* (trad. it. A. MELONCELLI), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 1115 ss.; H. HESSE, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, in *EuGRZ*, 1978, p. 427 ss.; F. GOERLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden Baden, 1981; H. BETHGE, *Grundrechtverwirklichung und Grundrechtssicherung durch organisation und verfahren*, in *NJW*, 1982, p. 1 ss.; F. OSSENBÜHL, *Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht*, in *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Eichenberger*, Basel, 1982, p. 183 ss.; H.W. LAUBINGER, *Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens*, in *VerwArch.*, 73, 1982, p. 60 ss.; K.P. DOLDE, *Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht*, in *NVwZ*, 1982, p. 65 ss.; A. WEBER, *Le basi del diritto procedimentale amministrativo tedesco*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo fra partecipazione e semplificazione. Modelli europei a confronto*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2000, p. 34 ss.; D. U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo in Germania fra previsioni in tema di partecipazione dei soggetti coinvolti e misure di accelerazione della sequenza procedimentale*, *ivi*, p. 39 ss.; F.C. KOPP, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, München, 2000, p. 18 ss.; A. TIGANO, *Gli accordi procedimentali*, Torino, 2002, 68 p. ss.; V. LOSCO, *Consenso e semplificazione nell'azione amministrativa: l'ordinamento tedesco*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2006, I, p. 329 ss.

Anche in Spagna, secondo un orientamento comune ad altri Paesi europei, le politiche in materia di semplificazione amministrativa hanno perseguito l'obiettivo di una riduzione dell'intervento pubblico nella vita dei cittadini e delle imprese. Il dibattito sul tema, che ha preso l'avvio negli anni novanta, ha indotto il legislatore spagnolo - sotto la spinta delle pressanti sollecitazioni a semplificare e snellire l'azione amministrativa - a modificare la *ley de procedimiento administrativo* del 1958 con l'emanazione della *ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común*, che disciplina, pur con talune rilevanti modifiche



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

apportate con la *ley* n. 4 del 1999, il procedimento amministrativo spagnolo. Le norme in materia fissano, in primo luogo, taluni principi di carattere generale ai quali deve uniformarsi l'azione semplificata delle pubbliche Amministrazioni. Oltre al richiamo ai canoni di efficacia, efficienza e *celeridad* ed alla disciplina del silenzio, vi è una sostanziale generalizzazione della *subsanación y mejora de la solitud*, cioè della possibilità di sanare gli eventuali errori commessi. La *ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común* prevede, inoltre, il diritto del cittadino di non presentare documenti non espressamente richiesti dalla normativa ovvero che siano già detenuti dall'Amministrazione precedente ed istituisce la c.d. *ventanilla unica*, ossia un unico punto di contatto tra Amministrazione e cittadini. Ulteriori norme aventi ad oggetto la semplificazione amministrativa sono state dettate dalla già legge n. 4 del 1999, che ha riformato sensibilmente il regime giuridico del silenzio delineato dalla legislazione del 1992, rafforzando la prevalenza del *silencio positivo*. La legge distingue, in primo luogo, le ipotesi nelle quali il procedimento sia stato avviato su istanza dell'interessato da quelle fattispecie in cui il procedimento sia iniziato d'ufficio. Nel primo caso il silenzio sarà qualificato sempre come *positivo*, salvo che altre norme di diritto interno o eurounitario prevedano l'applicazione del silenzio rigetto o *negativo*. Non sarà, quindi, necessaria alcuna azione aggiuntiva (*requerimiento* o avvertimento all'Amministrazione) poiché spirato il termine, si intenderà formato il silenzio amministrativo. Dispone(va) ancora la legge del 1999 che deroghe all'applicabilità in via generale del *silencio positivo* potranno essere introdotte solo con atti aventi forza di legge o per effetto di disposizioni normative di rango eurounitario e non anche con previsioni regolamentari, così come consentiva la legge del 1992. L'art. 43, co. 3 della legge medesima prevede, inoltre, che il silenzio deve essere considerato a tutti gli effetti di legge atto amministrativo conclusivo del procedimento e che la sua esistenza può esser dimostrata con ogni mezzo di prova ammesso dall'ordinamento. Nei procedimenti iniziati d'ufficio, preordinati ad imporre un onere o un gravame all'interessato o, più in generale, a restringere la sua sfera giuridica l'inerzia della pubblica Amministrazione procedente provocherà, invece, la *caducidad* del procedimento e, di conseguenza, l'obbligo di «archiviazione della pratica». Per converso, nei procedimenti amministrativi che, pur avviati d'ufficio siano suscettibili di attribuire all'interessato un beneficio attraverso la costituzione di un diritto o di altra situazione giuridica soggettiva, il decorso infruttuoso del termine qualificherà l'inerzia amministrativa come *silencio negativo*. Norme in materia di semplificazione dell'organizzazione amministrativa sono state dettate, invece, dalla *ley 6/1997 de organización y funcionamiento de la administración general del Estado*, ove si sottolinea che l'amministrazione dello Stato è vincolata al rispetto dei canoni di efficacia ed efficienza, secondo i principi della c.d. gestione per obiettivi. Cfr. J. TORNOS MAS, *La simplificación administrativa y procedimental en el sistema español*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo fra partecipazione e semplificazione. Modelli europei a confronto*, cit., p. 176 ss.; M. FERNANDEZ SALMERON, C. CIERCO SEIRA, *Riforma del procedimento amministrativo in Spagna: la legge 4/1999, del 13 gennaio, di modifica della legge 30/1992, del 26 novembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas e de procedimiento administrativo común*, in *www.giustamm.it*, 2000, 4; M. Conticelli, *La riforma del procedimento amministrativo in Spagna*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 758 ss.; L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo*, Madrid, I, 2003, p. 368 ss.; sul silenzio negativo cfr. T. CANO CÁMPOS, *Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir (un estudio crítico de la normativa vigente a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional)*, in *Rev. esp. der. adm.*, 2004, p. 257 ss.

Nell'ordinamento giuridico inglese – in difetto di una normativa generale sul procedimento amministrativo – gli obiettivi della semplificazione normativa ed amministrativa sono stati realizzati con l'adozione nel 1994 del *Deregulation and contracting out act* che, per un verso, ha consentito «lo smantellamento di quattrocentocinquanta normative», per altro profilo, privilegiando un approccio organico alla semplificazione procedimentale, ha individuato in maniera analitica le procedure oggetto di deregolamentazione. E più di recente è entrato in vigore un *Legislative and regulatory reform act* con il quale si conferisce ai Ministri il potere di riformare e semplificare le singole discipline di settore. Tra gli istituti della semplificazione amministrativa, diffusi nel Regno Unito, deve annoverarsi anche il c.d. punto di contatto unico tra cittadini ed Amministrazione, che consente al cittadino-imprenditore di espletare tutte le formalità necessarie all'intrapresa di una attività presso un unico ufficio, il quale



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

poi instaura i contatti necessari con gli uffici di volta in volta interessati ed attiva un'azione di impulso e di coordinamento procedimentale per conto dell'istante. La riorganizzazione dei compiti dello Stato è stata attuata, invece, attraverso la c.d. *agencification* delle strutture ministeriali ed il ricorso alla *partnership governance*, una sorta di «veicolo organizzativo semi-autonomo nel quale autorità locali, operatori privati, volontariato e altre istanze comunitarie deliberano e portano a compimento politiche pubbliche a livello locale e regionale». L'ordinamento inglese difetterebbe, invece, di una disciplina giuridica in materia di inerzia della p.A. Qualora si verifici un comportamento inerte dell'Amministrazione il cittadino ha solo la possibilità di promuovere un'azione civile per danni, sempre che il risarcimento sia esplicitamente previsto nello *statute*. Altro possibile rimedio nei confronti dell'inattività della Amministrazione è il c.d. *writ of mandamus*, concepito come uno strumento tipico per costringere la p.A. all'osservanza dei propri doveri. Taluni settori (servizio sanitario, pianificazione urbanistica) sono, tuttavia, disciplinati da procedure assai dettagliate per l'emanazione degli atti "amministrativi", che recano anche l'indicazione del termine entro il quale l'Amministrazione procedente deve provvedere sull'istanza dell'interessato. Solo nella ricorrenza di tali fattispecie l'inerzia dell'Amministrazione si qualifica in termini di silenzio rifiuto. Per converso – e paradossalmente – particolare attenzione è riservata all'eventuale ritardo della p.A., considerato un sintomo evidente di "cattiva amministrazione e, per ciò stesso, soggetto alle eventuali censure del *Parliamentary Commissioner for Administration*. Sennonché, ad eccezione di talune discipline di settore – come si è già anticipato – il termine a disposizione delle Amministrazioni, entro il quale pervenire alla conclusione del procedimento, non è cristallizzato in una norma di legge, potendo variare in ragione dell'urgenza o della complessità del caso, del numero di persone coinvolte o degli organi chiamati alla definizione della procedura. La complessità del processo decisionale, così come l'esigenza di reperire all'esterno elementi necessari ad espletare l'istruttoria ovvero l'inattività di privati tenuti a promuovere fasi del procedimento possono costituire, dunque, una giustificazione efficace per fondare la "legittimità" dell'eventuale ritardo in cui sia incorsa la p.A. Sull'Amministrazione incombe, in ogni caso, l'onere di dimostrare di aver tentato di scongiurare il ritardo mitigando gli effetti negativi cagionati agli istanti od ai destinatari del provvedimento finale, anche adottando eventuali misure provvisorie. In realtà, nell'ordinamento giuridico inglese l'individuazione di fattispecie concrete di semplificazione del procedimento resta affidata alla *judicial review*. La supplenza della funzione normativa svolta dall'interpretazione giurisprudenziale costituisce, del resto, circostanza del tutto ordinaria e normale nei sistemi storicamente definiti di *common law*. In essi, retti da poche norme di principio o al massimo da leggi non dettagliate, le situazioni giuridiche soggettive si affermano nei precedenti giurisprudenziali, che tendono a conservare una caratteristica stabilità. Sicché, l'adozione di una norma giuridica scritta si rende talora necessaria per interrompere il perdurare di un orientamento giurisprudenziale consolidato ma non più attuale. Sullo sviluppo del diritto amministrativo in Inghilterra si vedano le preziose riflessioni di S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in AA.Vv., *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, cit., p. 1 ss. e M.P. CHITI, *L'evoluzione della giustizia amministrativa in Inghilterra. Dalla common law al droit administratif*, in AA.Vv., *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, III, p. 133 ss. Per una bibliografia "minima" di studi anglosassoni cfr. R. RHODES, *Reinventare Whitehall, 179-94: sviluppare lo Stato vuoto*, in AA.Vv., *Riformare la pubblica Amministrazione - Italia, Gran Bretagna, Stati Uniti*, Torino, 1995, p. 318 ss.; P. J. BIRKINSHAW, *Come semplificare le procedure amministrative rendendole più aperte, trasparenti e accessibili. Il caso del Regno Unito*, in AA.Vv., *Il procedimento amministrativo in Europa*, cit., p. 49; R.A. EPSTEIN, *Simple rules for a complex world*, Harvard, 1995; K.C. DAVIS, *Administrative law*, London, 1959, p. 154 ss. H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969; J.A.G. GRIFFITH, H. STREET, *The principles of administrative law*, London, 1973; B. Schwartz, H.W.R. WADE, *Legal control of Government*, Oxford, 1972; S. N. MCMURTRIE, *The waiting game-the Parliamentary Commissioner's Response to delay in administrative procedures*, in *Pubbl. law*, 1997, p. 159 ss.

In Francia i temi del riordino normativo, della semplificazione amministrativa e, più in generale, dell'ammodernamento dell'organizzazione dello Stato e delle pubbliche Amministrazioni hanno dato luogo a numerosi interventi di carattere legislativo e regolamentare, finalizzati al miglioramento della qualità della gestione della cosa pubblica e dei servizi erogati ai cittadini. Può qui ricordarsi, ad



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

esempio, il complesso lavoro svolto dalla Commissione Attali che ha elaborato e definito, in soli quattro mesi, oltre trecento proposte, considerate decisive per riformare l'ordinamento francese anche nella prospettiva europea. O, ancora, il progressivo e costante processo di semplificazione normativa e di *codification du droit*, avviato dalla legge del 2 luglio 2003, n. 591 che autorizza il Governo à *simplifier le droit* ed istituisce il *Conseil d'orientation de la simplification administrative* con funzioni di formulare proposte di deregolamentazione e snellimento dell'azione amministrativa. Deve menzionarsi, inoltre, il censimento completo dei regimi procedurali esistenti, svolto nel 1997, che ha consentito un'individuazione analitica degli interventi di semplificazione, di concentrazione e di soppressione delle procedure. Sul versante del procedimento amministrativo le misure poste in essere per ridurre la *complessità* dell'azione della p.A. sono, in ogni caso, assai variegata: si va dalle politiche di comunicazione pubblica, alla semplificazione del linguaggio delle pubbliche Amministrazioni, al potenziamento dell'uso delle tecnologie informatiche; dalla codificazione dei diritti dei cittadini nelle loro relazioni con l'Amministrazione, di cui alla legge n. 231 del 2000, alle politiche di decentramento. Sono state previsti, inoltre, ulteriori tecniche di semplificazione che si traducono in una riduzione della quantità di certificati da presentare a corredo delle domande rivolte all'Amministrazione, nella predisposizione di formulari e moduli unificati nella possibilità di presentare dichiarazioni telematiche, in un più ampio ricorso alle *déclarations sur l'honneur*. A partire dalla legge n. 321 del 2000 sono state dettate, inoltre, talune disposizioni sulle funzioni e sul ruolo del c.d. Mediatore della Repubblica. Trattasi di una figura giuridica alla quale l'ordinamento francese affida la soluzione di controversie, ad esclusione di quelle sorte tra l'Amministrazione e i propri agenti, attraverso una procedura celere e con la possibilità che la vertenza venga risolta secondo equità. La legge n. 321 del 12 aprile 2000 ha innovato, inoltre, la disciplina giuridica del silenzio. Conformandosi alla normativa previgente, la legge riafferma il valore di rigetto della domanda del privato nelle ipotesi di inerzia o ritardi della Amministrazione procedente. Due innovazioni, di particolare pregnanza, introducono tuttavia modifiche al regime ordinario del silenzio della p.A.: le disposizioni di cui alla legge n. 321 del 2000 per un verso, infatti, abbreviano i termini entro i quali le Amministrazioni devono provvedere (dai quattro ai due mesi); per l'altro profilo si dispone che, con decreto, le autorità competenti possano indicare fattispecie di provvedimenti amministrativi a cui possa applicarsi la regola del silenzio assenso, in deroga alla disciplina generale che la legge medesima detta. È del resto, in Francia le riforme indirizzate alla semplificazione delle procedure amministrative sono state attuate, soprattutto, con atti di indirizzo, adottati dagli organi di governo. Ad esempio con decreto (18 marzo 1981, n. 25) sono stati istituiti i centri per le formalità delle imprese, una sorta di sportelli unici, ove gli operatori economici possono sottoscrivere tutte le dichiarazioni alle quali essi sono tenuti, in base alla legge o ai regolamenti vigenti, e che rappresentano uno degli istituti di maggiore impatto – una sorta di cuspide – per la competitività delle imprese. L'azione svolta dai singoli *centres de formalités d'entreprise* dà luogo, infatti, ad un circolo virtuoso ai fini della semplificazione sia per l'ampio ambito di applicazione, esteso a tutte le attività di impresa, sia per le funzioni affidate a questi modelli organizzativi, che ricomprendono non solo la ricezione della documentazione necessaria alla creazione di una nuova impresa od alla cessazione delle sue attività, ma anche l'esercizio di un controllo sulle dichiarazioni depositate ed un obbligo di trasmetterle alle altre pubbliche Amministrazioni eventualmente interessate. Ad un alleggerimento degli oneri burocratici appare preordinato anche il progetto di *dématisation* delle procedure e della documentazione amministrativa, che rende disponibili *on line* tutti quei formulari necessari agli imprenditori ed ai cittadini per l'inoltro di una istanza ad una pubblica Amministrazione. Sul tema B.G. MATTARELLA, *I rapporti tra Amministrazioni e cittadini in Francia (commento alla l. n. 321/2000)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 17 ss.; J. ZILLER, *Procedimento amministrativo in Francia fra semplificazione e partecipazione*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo in Europea*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2000, p. 79 ss.; J. MORAND DEVILLER, *Trasparenza, partecipazione e semplificazione nel procedimento amministrativo francese*, *ivi*, p. 154 ss.; B. DELAUNAY, *La Loi 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relation avec les Administrations*, in *Rev. dr. pubbl.*, 2000, p. 1229 ss.; B. BOUMAKANI, *La médiation dans la vie Administrative*, in *Rev. dr. pubbl.*, 2003, p. 863 ss.; E. MOSTACCI, *Strumenti consensuali e semplificazione: la Francia sulla via della modernizzazione amministrativa*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2006, I, p. 340 ss.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

intorno al valore di fondo ed obiettivo ultimo dell'ordinamento eurounitario: la costruzione di un mercato senza barriere, quale elemento giuridicamente qualificante.

E' in funzione di siffatta prospettiva che, dall'applicazione degli obblighi e dei divieti contenuti nei Trattati, sono progressivamente emerse le libertà di circolazione³⁵ e l'interesse generale all'istituzione di un mercato unico si è trasformato in un elemento involgente interessi individuali tutelati, la cui piena attuazione emerge nel tentativo di riannodare i rapporti tra Istituzioni e sviluppo economico, secondo trame e orditi nuovi. Un interesse prevalente, con connotazioni specifiche, in un quadro dominato dall'evoluzione economico-sociale, dalla molteplicità dei differenti livelli di governo – internazionale, statale, regionale e locale – e nel contempo da un contesto globalizzato, che richiede agli Stati di predisporre regole flessibili.

E', quello eurounitario, un interesse che postula un *self-restraint* ed una progressiva rinuncia da parte del potere pubblico di spazi di azione³⁶, con una conseguente e diversa allocazione di poteri e funzioni ed il riconoscimento di ambiti di autoregolamentazione a soggetti che siano espressione di interessi collettivi, di gruppi o categorie. Del resto, significativamente destinato a mutare appreso altresì il ruolo della legge nei singoli ordinamenti, anche sotto il profilo della attribuzione della funzione: da meccanismo di selezione *ex ante* degli interessi meritevoli e di posizione di regole generali ed astratte in strumento di riconoscimento di una serie potenzialmente indefinita di diritti ed interessi - spesso enunciati direttamente dalle carte costituzionali sopranazionali o, al contrario, concretamente configurati dalla giurisprudenza internazionale - a fonte di produzione di regole speciali, per disciplinare microsistemi³⁷, ai quali si attribuisce carattere di generalità in ragione dei riflessi sull'economia dagli stessi prodotti. O, ancora a parametro per predeterminare nel dettaglio l'interesse pubblico in un ambito in cui l'agire delle pubbliche Amministrazioni non può discostarsi da schemi legali predeterminati.

Emerge, dunque, un sistema, potenzialmente nuovo e diverso, che si candida ad "arbitrare" le interrelazione tra regolazione e mercato attraverso cui perseguire un interesse pubblico che quando *fronteggia* l'economia è chiamato a comporre situazioni e interessi diversi e specifici, in contesti normativi ed amministrativi che incentivino gli investimenti, l'innovazione e l'imprenditorialità, secondo parametri definiti a livello internazionale e globale.

³⁵ Sul tema cfr. gli artt. 34 e 35 TFUE che sanciscono il divieto di restrizioni quantitative all'esportazione disposta da atti normativi o amministrativi nazionali: tra questi ultimi vengono ricompresi i procedimenti autorizzatori *ex ante* e le ulteriori fattispecie di controllo preventivo all'avvio di attività economiche – ad eccezione delle deroghe previste – che restringono l'accesso al mercato e la libera concorrenza.

³⁶ Così A. GRECO, *La semplificazione nell'ordinamento democratico*, in www.federalismi.it, 2009, 13, p. 2.

³⁷ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.



3. Ordinamento eurounitario e prevedibilità dell'azione amministrativa: considerazioni generali.

Il processo di integrazione – non solo economica ma anche giuridica – ed il bilanciamento fra interessi pubblici e privati, fra mercato, iniziativa privata e regolazione pubblica, sembra così suggerire una interpretazione sistematico-evolutiva che tenga conto anche delle profonde mutazioni del sistema economico alla stregua di una disciplina pubblica «in sintonia con le libertà economiche»³⁸.

L'immanenza del diritto europeo induce, infatti, ad una rivisitazione delle relazioni tra situazioni giuridiche coinvolte nel mercato, nel quale assumono sempre maggiore rilievo i soggetti rappresentativi degli interessi privati implicati, secondo i canoni del principio di concorrenza quale momento di sintesi delle garanzie prestate dall'ordinamento unionale all'imprenditore.

Ne consegue, quale logica ed immediata conseguenza sul piano dell'effettività, una regolazione di diritto amministrativo duttile connotata da «regole di massima semplicità e di elevata razionalità»³⁹. Tutto ciò, inevitabilmente, incide non solo sulla costruzione del provvedimento amministrativo – fondato sulla *décision exécutoire* – che si impone unilateralmente al cittadino ma innanzitutto sulla discrezionalità⁴⁰, rendendo il filtro amministrativo un mero strumento di gestione in concreto di un rischio, rilevante per il pubblico interesse solo in astratto.

La valutazione di proporzionalità rispetto alla necessità di disciplinare fattispecie concrete attraverso un provvedimento abilitante diviene così stringente sia in relazione alla previsione del potere che rispetto al suo esercizio⁴¹: l'ordinamento eurounitario sembra, infatti suggerire una verifica preventiva in ordine ai presupposti che giustificano l'esercizio del potere: un adattamento della tecnica di produzione normativa e di svolgimento della funzione che «riposizioni l'operazione di bilanciamento in una fase a monte dell'applicazione delle norme alla fattispecie specifica»⁴².

Ne deriva l'emersione di un profilo ulteriore, correlato alla prevedibilità dell'azione, allo scopo di definire gli ambiti di ampiezza del potere, da modulare sulla scorta della

³⁸ Così M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, cit., p. 54, che sottolinea come una regolazione efficiente implica «la riduzione delle barriere che ostacolano l'accesso delle imprese ai mercati e limitano gli scambi; la trasparenza delle procedure regolatorie; l'applicazione del principio e delle regole di libera concorrenza; la protezione degli investitori».

³⁹ R. FERRARA, *Qualità della regolazione e problemi della multilevel governance*, in AA.VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit., p. 241-242.

⁴⁰ Si segnala, tuttavia, che nella giurisprudenza della CGE il termine discrezionalità è utilizzato spesso in modo generico, talora fatto coincidere con un potere di mera valutazione tecnica che non si sostanzia in una ponderazione di interessi, talaltra il termine è considerato come espressivo di una libertà dell'Amministrazione. Cfr. Corte giust., 17 marzo 2011, in causa C-128/10, in www.europa.eu.int.

⁴¹ *Contra* Corte giust., 19 luglio 2012, in causa C-470/11 in cui si ammette una notevole ampiezza del potere discrezionale, in vista di un soddisfacimento di un interesse pubblico non predeterminato e non predeterminabile a priori.

⁴² S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013, p. 27 ss.



rilevanza degli interessi in gioco e della prefigurazione di un eventuale del rischio a cui quegli stessi interessi si trovano esposti per effetto della valutazione preventiva, in ordine alle attività da svolgere, affidato alla pubblica Amministrazione procedente⁴³.

4. Sussidiarietà e proporzionalità: vincoli di attuazione del diritto derivato e innovazioni nell'azione amministrativa.

In tale scenario è, innanzitutto, il principio di sussidiarietà a meritare piena attuazione, non tanto in ordine al *multilevel system of government*, e dunque nella sua accezione verticale, quanto nella sua declinazione orizzontale, in tutti i casi in cui l'interesse pubblico non richieda la «previa conformazione della fattispecie in via amministrativa»⁴⁴. Trattasi di un principio dall'applicazione del quale l'ordinamento eurounitario fa discendere taluni corollari preordinati a garantire che la regolazione amministrativa sia limitata ai «casi strettamente necessari» e non estesa a tutte quelle ipotesi in cui il risultato possa esser raggiunto in modo più efficace attraverso strumenti alternativi⁴⁵.

Si realizza, così, una sorta di contrazione della sfera pubblica, riconoscendosi in capo al privato una facoltà *lato sensu* surrogatoria in funzione legittimante, attraverso un percorso di autovalutazione della possibilità di esercitare una libertà fondamentale e della compatibilità della stessa con «l'interesse pubblico che potrebbe essere pregiudicato dallo svolgimento di questa attività»⁴⁶.

La legittimazione ad esercitare l'intrapresa risiederebbe, infatti, nella fonte normativa e non nella previa rimozione di un limite al suo esercizio, quale effetto immediato e conseguente del rilascio dell'atto amministrativo da parte della p.A., alla quale resterebbe affidato un mero controllo di legalità del relativo esercizio.

Al pubblico potere residuerebbero margini di un intervento, volto a limitare l'iniziativa o a paralizzarne o rimuoverne gli effetti eventualmente prodotti, nei limiti del bilanciamento tra la compressione della libera esplicazione della iniziativa dei cittadini o delle imprese e, più in generale della libera concorrenza, ed il beneficio derivante dall'emersione di una esigenza pubblico-sociale.

Il disegno sovranazionale di attuazione degli obiettivi fondanti l'azione strutturale verso una pubblica Amministrazione semplice e rapida, in funzione del mercato e della concorrenza, passa anche attraverso l'effettiva attuazione del principio di

⁴³ S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, cit., p. 27 ss.

⁴⁴ Così M. P. CHITI, *Atti di assenso*, cit., p. 530.

⁴⁵ M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, cit., 679 ss.

⁴⁶ Così M. P. CHITI, *Atti di assenso*, cit., p. 530.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

proporzionalità⁴⁷, così come elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁸ e, poi, progressivamente affermatosi quale *regola* di rango costituzionale in quasi tutti i settori del diritto europeo⁴⁹.

Il riferimento al principio in esame attiene all'individuazione di un canone di azione, riferibile all'attività di tutte le istituzioni pubbliche, riconosciuto come tale dalla costante elaborazione giurisprudenziale, anche in relazione alle forme di regolazione dell'economia. Per vero è proprio attraverso il richiamo ad un principio siffatto che l'ordinamento unionale tenta di incidere sulle realtà nazionali, attraverso la definizione di parametri di riferimento e di limiti alla conformazione degli interessi protetti dall'Unione europea.

Ed è attraverso il sindacato sulla proporzionalità che il giudice europeo censura atti – normativi e amministrativi – adottati dagli Stati membri e che determinino una restrizione della concorrenza, anche in contesti ad alta complessità tecnica e rispetto ai quali vi siano ampi margini di imprevedibilità dei risultati: incombe, infatti, sull'organo che l'atto ha adottato *onus probandi* e l'indicazione delle ragioni di fatto che lo hanno indotto ad usare il proprio potere discrezionale e della necessità del suo esercizio⁵⁰, intesa come inesistenza di strumenti equipollenti in termini di risultati, ma meno limitativi della libertà o del diritto fondamentale in questione⁵¹, in ragione della

⁴⁷ Sul principio di proporzionalità, la cui matrice storica è riconducibile al diritto tedesco, si vedano anche le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, in applicazione dell'art. 6 della CEDU. Sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo cfr., i numerosi contributi di M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 25 ss.; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; AA. VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 2002; A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004.

Attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia il principio si è, successivamente, diffuso anche all'interno di altri ordinamenti nazionali dell'area comunitaria. In particolare, ordinamenti quale quello italiano, in cui il principio di proporzionalità era del tutto sconosciuto come tale alla tradizione giuridica nazionale, si sono ritrovati progressivamente ad applicare in modo estensivo detto principio anche per fattispecie senza alcuna diretta rilevanza per il diritto eurounitario. Il principio è stato largamente amplificato grazie alla previsione di cui all'art. 1, co. 1 della l. n. 241 del 1990 e s.m.i. come sottolinea D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in www.treccani.it.

⁴⁸ Cfr., tra le pronunce più risalenti, Corte giust., 16 luglio 1956, in causa C-8/55, in *Racc.*, 1955-56, p. 199 ss.; ID., 14 dicembre 1962, in cause riunite C-5-11, 13-15/62, *ivi*, 1962, p. 917 ss.; ID., 17 dicembre 1970, in causa C-11/70, *ivi*, 1970, p. 1125 ss.; ID., 24 ottobre 1973, in causa C-5/73, *ivi*, 1973, p. 1091 ss.

⁴⁹ A seguito dell'adozione del Trattato di Maastricht del 1992 il principio di proporzionalità è stato inserito all'interno del Trattato, all'art. 3 B (divenuto poi l'art. 5 TCE), con riferimento esclusivo alle attività delle Istituzioni comunitarie. Con successivo Trattato di Amsterdam del 1997, ai principi di sussidiarietà e proporzionalità è stato dedicato un apposito protocollo, la cui prima disposizione ricalca, sostanzialmente, quella di cui all'art. 3 B, con l'aggiunta, però, della precisazione espressa che l'obbligo di rispetto del principio incombe a «ciascuna istituzione».

⁵⁰ Cfr., ad esempio, Corte giust., 14 maggio 2009, in causa C-34/08; ID., 4 giugno 2009, in causa C-142/05, in www.eur-lex.europa.eu.

⁵¹ Cfr. Corte giust., 17 settembre 2009, in causa C-182/08, in www.eur-lex.europa.eu.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

sussistenza di «scopi d'interesse generale»⁵².

Ai fini della costruzione di quella che può definirsi una sorta di consapevolezza “a priori” degli effetti dell’azione amministrativa in relazione al mercato, un ruolo di presidio fondamentale delle libertà economiche è, dunque, assegnato al principio di proporzionalità, finalizzato a verificare non solo la soluzione più *idonea* al contemperamento dell’interesse pubblico con quello di cui sono portatori gli altri soggetti coinvolti, ma anche l’opzione più “mite”⁵³, nell’ottica del criterio di necessità⁵⁴. La finalità sostanziale attiene, così, alla verifica della congruità dell’azione amministrativa attraverso un giudizio prognostico sull’idoneità⁵⁵ della previsione normativa o del provvedimento, da effettuarsi *ex ante* e con riferimento alle potenzialità positive dell’atto adottato o da attuarsi in relazione⁵⁶ a una sorta di “limite quantitativo” al esercizio del potere, che è rappresentato dal libero mercato e dalla concorrenza.

5. Lo schema regola/deroga sin dalla direttiva Bolkestein 2006/123/CE.

In questa prospettiva si pone – in termini di immediato recepimento da parte dei Paesi aderenti all’Unione europea e, dunque, con effetti irrimediabilmente precettivi, rivenienti dalla natura *self executing* dell’atto⁵⁷ - la direttiva 2006/213⁵⁸

⁵² Sono ascrivibili a tale ambito gli aiuti concessi ad imprese nazionali; le previsioni atte a favorire cartelli e associazioni fra imprese nazionali, nonché abusi di posizione dominante; nonché tutte le misure che introducono di fatto limitazioni rispetto alla possibilità di partecipare a gare d’appalto in uno Stato membro. Il maggior rigore con cui il principio di proporzionalità è applicato da giudici comunitari allorché si tratti di operare una valutazione comparativa fra, da un lato, le esigenze poste dalle situazioni interne ai singoli Stati membri (che possano in astratto giustificare l’adozione di misure in deroga) e, dall’altro, l’esigenza di garantire quelle libertà, quei diritti e quei principi che sono la ragione stessa di esistenza dell’Unione europea, come evidenzia D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, cit.

⁵³ In proposito, rileva efficacemente P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, p. 81, che la scelta del mezzo più mite non inciderà solo sulla *species* dell’atto adottato (ad esempio, un assenso condizionato sarà meno gravoso di un divieto), ma anche sul suo contenuto concreto (in relazione magari al numero dei soggetti destinatari dell’atto) e sull’efficacia temporale e spaziale dell’atto.

⁵⁴ Sul tema le dense riflessioni di M. A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, Vol. V, p. 4643, secondo cui le diverse applicazioni del principio si caratterizzano per il fatto di sostanziarsi «in uno stretto bilanciamento tra due o più elementi, la cui comparazione sia suscettibile di ponderazione e di equilibrato componimento».

⁵⁵ Attraverso l’idoneità si compie una selezione dei provvedimenti adottabili, alla luce sia degli interessi pubblici rilevanti nella fattispecie concreta che del fine da raggiungere, così da scegliere le azioni ritenute idonee dall’Amministrazione al soddisfacimento dei citati interessi.

⁵⁶ L’accertamento sulla sussistenza del requisito della necessità presuppone la possibilità di operare una scelta tra vari mezzi tutti ritenuti idonei ed appropriati al raggiungimento dello scopo prefisso, cosicché, qualora lo scopo da raggiungere possa essere perseguito soltanto tramite un determinato mezzo, i criteri di necessità e di idoneità si sovrappongono.

⁵⁷ Recita, tuttavia, il considerando n. 6 della direttiva che i principi in essa stessa contenuti necessitano di un coordinamento con le legislazioni nazionali volto «alla sistematica caducazione di tutte quelle restrizioni ancora presenti nella legislazione di taluni Stati membri e incompatibili con gli articoli 49 e 56 del TFUE» (considerando n. 64).

⁵⁸ Direttiva 2006/213/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno. Rileva la scarsa attenzione della dottrina giuspubblicistica italiana sulle problematiche



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

– c.d. direttiva *Bolkestein* – in tema di libera circolazione dei servizi e di libertà di stabilimento.

Preordinata ad assicurare la libera concorrenza, eliminando le barriere allo sviluppo delle attività economiche, la direttiva si prefigge l'obiettivo di una generale riduzione delle "misure" pubblicistiche dell'accesso al mercato e di una progressiva elisione della discrezionalità della pubblica Amministrazione, innestando negli ordinamenti interni nuovi e più stringenti principi e regole che impediscano l'adozione di norme ad oggetto "inutili" atti di assenso preventivi allo svolgimento di attività economiche⁵⁹.

Una tendenza siffatta è, dunque, volta a (ri)disciplinare un quadro giuridico incentrato «sulla libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi tra gli Stati membri»: ancor più evidente risulta, pertanto, il proposito di imporre una sollecita accelerazione alla trasformazione dei diritti amministrativi nazionali⁶⁰, attraverso misure di semplificazione e liberalizzazione, risolvendosi - per larga parte - nella mera necessità della "autodenuncia" dell'intrapresa privata⁶¹.

A tale postulato può ascrivere la prospettiva di una progressiva dissoluzione degli ambiti applicativi del regime autorizzatorio (classico) e del relativo potere discrezionale della p.A.⁶² - dequotati - ai quali erano state, tradizionalmente, attribuite anche finalità socio-economiche. Sicchè, la pur (derogatoria) precisazione della nozione di «imperativi di interesse generale»⁶³ - che possono giustificare l'applicazione di regimi autorizzatori e altre restrizioni, sempre che siano necessari, proporzionati e non discriminatori, come emerge dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia⁶⁴ - esclude, nell'*aquis* europeo, ragioni di tipo economico.

suscitate dalla direttiva in esame V. PARISIO, *Direttiva "Bolkestein", silenzio-assenso, d.i.a., "liberalizzazioni temperate", dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 29 luglio 2011, n. 15*, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2011, p. 2978 ss.

⁵⁹ Evidenzia la tendenza dell'ordinamento eurounitario ad esprimere, sempre più chiaramente, fiducia sul nesso intercorrente tra la buona amministrazione e lo sviluppo economico «sicchè il pensiero è corso, spesso acriticamente, alla sequenza semplificazione amministrativa-maggiore sviluppo economico. Può subito osservarsi che se le premesse – maggiore e minore – del sillogismo apparente appena delineato fossero meritevoli di accoglimento (se più si semplificano i rapporti tra cittadino e pubblica Amministrazione, più si sviluppa l'economia), la conclusione logica dovrebbe essere: ergo, meno amministrazione pubblica incontra l'industriale, l'agricoltore, il commerciante, la famiglia, più il suo benessere si accrescerà» M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie (A proposito di "class action all'italiana")*, in *www.giustamm.it*, 2010, 11.

⁶⁰ Così N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, cit., 613. Cfr. altresì, J. B. AUBY, *La transposition de la directive services*, in *Droit administratif*, 2010, p. 3.

⁶¹ Scriveva M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, II, p. 1093 ss., che il potere autorizzatorio assume centralità e assoluta prevalenza rispetto all'iniziativa economica privata e si caratterizza come potere esente «da sostanziali vincoli al legislatore quanto alla sua assegnazione ed all'amministrazione quanto al suo esercizio».

⁶² A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della legge 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 513.

⁶³ Considerando nn. 40, 41 e art. 4, n. 8.

⁶⁴ Considerando n. 56.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Gli è che, per espressa previsione normativa sovranazionale, ove sia consentito subordinare il rilascio di un'autorizzazione al possesso di requisiti determinati - giustificati obiettivamente da motivi imperativi di interesse generale, come la tutela dell'ambiente urbano, la politica sociale e gli obiettivi in materia di sanità pubblica - v'è, per converso, la preclusione che l'esito favorevole del provvedimento possa esser condizionato dalla dimostrazione della capacità economica dell'operatore che ne "faccia domanda".

Per altro profilo, le sollecitazioni europee ad una progressiva eliminazione del sistema di controllo preventivo sulle attività private sembrano porsi in contrasto anche con verifiche di natura economica, nelle quali il rilascio dell'atto di assenso consegua all'accertamento dell'esistenza di un "bisogno" o di una "domanda di mercato" o alla valutazione degli effetti economici (potenziali o effettivi) dell'attività e dell'adeguatezza dell'attività imprenditoriale, rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti dall'Amministrazione competente⁶⁵.

Né, più in generale, l'accesso o l'esercizio di un'attività di servizi, di natura commerciale, può esser assoggettata ad una «prova economica»⁶⁶.

Non può del resto trascurarsi che le restrizioni quantitative o territoriali, *sub specie* di limitazioni fissate in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori, sono legittime o vietate a seconda che trovino fondamento nell'una piuttosto che nell'altra ragione⁶⁷: appare allora evidente la dicotomia tra ragioni precauzionali e considerazioni prettamente economiche.

La natura prioritaria dell'interesse dell'impresa appalesa le implicazioni che ne derivano: possibilità *versus* divieto di fondare procedure di autorizzazione, in un rapporto di regola/deroga, restando immanente la libertà dell'operatore economico di accesso ed esercizio all'attività economica richiesta⁶⁸.

E' innegabile, dunque, che nell'ordinamento europeo la subordinazione dell'ingresso alle attività al rilascio di forme previe di autorizzazione può essere ammessa solo ove queste ultime siano giustificate da motivi che assumano la consistenza dell'imperatività dell'interesse generale (interessi pubblici "sensibili"⁶⁹) e sempre che ciò sia conforme ai principi di non discriminazione, di necessità e di proporzionalità⁷⁰.

⁶⁵ In tal senso A. NEGRELLI, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 690.

⁶⁶ Considerando n. 66.

⁶⁷ Art. 15, comma 2, lett. a.

⁶⁸ Nel senso che questo significherebbe che «ben potranno essere mantenuti o introdotti regimi di controllo se giustificati da ragioni imperative di interesse generale. Al contrario, dovranno essere eliminati eventuali regimi che si fondano su ragioni di tipo economico» A. NEGRELLI, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, cit., 690.

⁶⁹ Ivi compresi interessi legittimi di terzi secondo le prescrizioni del considerando n. 43.

⁷⁰ G. F. FERRARI, *Semplificazione e consenso nell'azione amministrativa: esperienze a confronto. Introduzione*, in *Dir. pubbl. com. europeo*, 2006, p. 290, parla di «atto amministrativo a scarso tasso di discrezionalità » L'A. evidenzia che tale istituto inciderebbe «sull'output del procedimento



Sicché nel sistema così congegnato le uniche fattispecie di autorizzazioni preventive ammesse devono trovare fondata giustificazione – e sempre che superino il vaglio di compatibilità sovranazionale – nella sussistenza di interessi che non possano ugualmente ed efficacemente essere protetti con un controllo posticipato (*id est*: motivi imperativi di interesse generale⁷¹).

6. Il principio di precauzione: fungibilità dell'atto amministrativo ai fini dell'effetto legittimante l'intrapresa privata.

Le disposizioni normative europee in materia di semplificazione e liberalizzazione incidono così sulla tecnica della procedimentalizzazione dell'azione amministrativa⁷², marcando il collegamento tra il regime generale dell'azione amministrativa e le peculiari esigenze della libertà di iniziativa economica privata ed evidenziando tutta la potenziale tensione verso il concreto esercizio del potere.

Lo schema regola/deroga tracciato dall'ordinamento unionale rende funzionale alla prefigurazione delle scelte dell'Amministrazione, in termini di garanzia delle libertà economiche, anche il principio di precauzione⁷³.

Sembra per tal via suscettibile di verifica la valutazione degli effetti della decisione amministrativa, in presenza di un *vulnus* – anche meramente sospettato – alla situazione giuridica soggettiva garantita dal mercato, la cui protezione può risultare vana se non si interviene in via preventiva o, appunto, precauzionale: la discrezionalità tende così a

amministrativo, anzicchè sulla sua conformazione strutturale». La natura dei provvedimenti finali risulterebbe trasformata, evolvendo «*da tipologie ad elevato tasso di discrezionalità ad altre a carattere vincolato o semi-vincolato, ovvero da forme di assenso puntuale, circoscritte a valutazioni ad hoc, relative a fattispecie oggettivamente o soggettivamente individuali, a figure generali, conformate in modo da varare approvazioni-quadro, concernenti categorie di casi, eventualmente con un limite numerico predeterminato e gestito con tecniche cronologiche e comunque non discrezionali*».

⁷¹ Ad una limitazione assai simile soggiacciono le forme di controllo pubblico successivo, sorrette comunque dal perseguimento di un interesse pubblico e sempre che la verifica *ex post* non sia tardivo, ovvero intervenga nel momento in cui il bene o interesse protetto sia stato già irrimediabilmente leso.

⁷² Secondo una letteratura ampiamente condivisa il principale strumento per “governare” la complessità degli interessi contrapposti delle strutture sociali organizzate – che si esprimono nella forma contemporanea delle Amministrazioni pubbliche e cittadini – è il procedimento, quale luogo deputato alla composizione ed alla ponderazione degli interessi “in gioco”. Per alcuni studi specifici sul procedimento amministrativo, antecedenti alla legge n. 241 del 1990, cfr. A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940 (ristampa inalterata, Milano, 1964); F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, cit., p. 118 ss.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano, 1964; G. BERTI, *Procedimento, procedura e partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 779 ss; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 252 ss.

⁷³ Cfr. sul tema F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 421 ss.



diradarsi⁷⁴ ulteriormente e trova attuazione l'effettività del contenuto della libertà garantita e del valore della concorrenza, unitamente alla funzione sussidiaria assolta dal privato, allorché non vengano in rilievo cautele correlate ad interessi pubblici sensibili e qualificati.

Si incide, nuovamente, sulla disciplina del potere discrezionale e sull'ambito di applicazione dello stesso, segnandone il perimetro nel limite della ragionevolezza e della proporzionalità tra la compressione della libertà di iniziativa economica e, più in generale della libera concorrenza, e il beneficio derivante dal soddisfacimento di una rilevante esigenza di natura pubblico-sociale.

7. Centralità della norma e discrezionalità nella giurisprudenza europea.

Anche la regolazione minuziosa dell'azione amministrativa⁷⁵, contenuta nella direttiva 2006/123, risponde all'esigenza di rafforzare il ruolo ordinativo e centrale della regola giuridica⁷⁶, in funzione della composizione di situazioni soggettive socialmente e giuridicamente rilevanti e che trova soluzione nel dettaglio della norma e nella semplicità della decisione che ad essa si sia conformata, nella prospettiva della legalità-indirizzo che si trae dai vincoli europei in ordine all'ampiezza del potere discrezionale dell'Amministrazione⁷⁷, in relazione alle dinamiche del mercato⁷⁸ ed agli interessi economici contrapposti che trovano «*garanzia giuridica nelle libertà economiche di proprietà, di impresa e di contratto*»⁷⁹.

In tal senso, un fondamentale contributo proviene da quell'orientamento del giudice

⁷⁴ Nel senso che «la semplificazione dei procedimenti amministrativi ha maggiori possibilità di successo se si riduce la discrezionalità dell'Amministrazione nell'interpretazione e nell'attuazione delle norme relative. Il legislatore che precisa identifica individua si sostituisce a uffici timidi o incapaci; circoscrive, conseguentemente, i margini di intervento del giudice; attribuisce all'apparato di governo della politica di semplificazione poteri di regolamentazione puntuale per dare certezza ed effettività alle norme di legge» G. VESPERINI, *Quale riforma per le autorizzazioni amministrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 632-633.

⁷⁵ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto*, Bologna, 2009, p. 231 nel senso che gli organi elettivi possono ridurre il rischio di sviamento regolando minuziosamente l'azione amministrativa.

⁷⁶ Nelle preziose riflessioni di S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo*, *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 13, «un amministrare per legge».

⁷⁷ Il tema della discrezionalità è ineluttabilmente legato a quello dei suoi limiti secondo la definizione di M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO, A. BARBERA, III, *L'azione dei pubblici poteri*, Bologna, 1984, p. 3, "libertà-vincolo"; schema ricostruito anche alla stregua di presupposti teorici e concettuali diversi (cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica Amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; C. Mortati, *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1969, p. 1098 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1964, p. 65 ss.; F. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986). Approdi alla discrezionalità progressivamente ibridati secondo l'emblematica la sintesi raggiunta cui perviene F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, IV agg., 2002, p. 75 ss.

⁷⁸ Le riflessioni che hanno condotto ad una rivisitazione del potere discrezionale sarebbero di tipo funzionale, coagulatesi intorno alla compatibilità di ambiti di scelta che lasciano l'Amministrazione arbitro della possibilità di condizionare la libertà di circolazione nel mercato. Così G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011, p. 97.

⁷⁹ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 100.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

europeo che, pronunciandosi sull'ammissibilità di poteri discrezionali in una decisione avente ad oggetto il rilascio di un provvedimento autorizzatorio *ex ante* ed a fronte di una tipizzazione chiara dei presupposti della fattispecie, ne ha censurato l'esercizio sotto il profilo della funzione causale, in difetto della sussistenza di un pregiudizio acclarato all'interesse pubblico protetto, così come espressamente prescritto dalla fonte comunitaria⁸⁰.

In questa prospettiva ricostruttiva, che si avvantaggia di una valutazione del potere discrezionale in termini di efficacia/precauzione e dei principi di proporzionalità e necessità, l'effetto deterrente nei confronti di soggetti potenzialmente interessati a entrare a far parte della compagine sociale (*recte*: mercato), senza che la p.A. abbia apprezzato l'esistenza di un rischio qualificato da prevenire, si appalesa ingiustificato: la limitazione alla libertà conseguente alla previsione di un potere discrezionale è, dunque, da considerarsi *contra jus*.

La valenza giuridica della deroga alla regola – che richiede una specifica motivazione – può contribuire allora a temperare applicazioni del principio di concorrenza *tout court*, strumentali ad un mercato sottratto ad ogni controllo, salvaguardando al contempo la ponderazione tra interessi da perseguire e pregiudizio eventualmente generato, in una sostanziale inversione dei termini del rapporto tra pubblica Amministrazione e libertà dei privati⁸¹, fondato sul principio di sussidiarietà.

Nell'ordinamento unionale e nella elaborazione della Corte di giustizia la rilevanza di un interesse pubblico, non qualificato e non cristallizzato in una fonte normativa, non vale infatti a subordinare a valutazioni discrezionali l'esercizio delle libertà che nel mercato trovano piena attuazione.

Il che sembra costituire una utile guida per i legislatori nazionali che si apprestano a varare le importanti riforme in tema di liberalizzazione e modernizzazione della p.A. che sono correlate al programma europeo *Next generation UE*, nelle more della codificazione di un modello generale di procedimento amministrativo in grado di assicurare garanzie uniformi e l'applicazione omogenea di regole all'interno dei macroconfini dell'U.E.

⁸⁰ Corte giust., 18 novembre 2012, in causa C- 244/11, in www.europa.eu.int.

⁸¹ Il «ricorrere della discrezionalità è una evenienza non sempre necessaria, se non addirittura accidentale collocandosi il potere nella fase di adozione della norma o di atti generali evocando così la possibilità che sia l'Amministrazione a specificare quei requisiti sino a rendere la verifica una mera presa d'atto» rileva S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, cit., p. 43 ss.