

DIRITTI UMANI E PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

REPORT ANNUALE - 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Dott. Marco PACINI

INDICE

1. IL TEMA E I PROBLEMI

2. I PRINCIPI GENERALI DI AZIONE DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE

2.1 La nozione di autorità pubbliche

2.2 I principi generali di azione delle autorità pubbliche

2.3 Caratteri

**3. GARANZIE PROCEDIMENTALI A TUTELA DI DIRITTI
SOSTANZIALI**

3.1 Garanzie procedurali a tutela dei diritti della persona

3.2 Garanzie procedurali a tutela delle libertà civili

3.3 Garanzie procedurali a tutela di diritti patrimoniali

3.4 Caratteri

4. IL DIRITTO A UN GIUSTO PROCEDIMENTO AGGIUDICATORIO

4.1 L'applicabilità del diritto ad un processo equo ai procedimenti amministrativi

4.2 Gli standard astrattamente applicabili ai procedimenti aggiudicatori

4.3 Gli standard concretamente ritagliati sui procedimenti aggiudicatori

**5. ESISTE UNA DISCIPLINA CEDU DEI PROCEDIMENTI
AMMINISTRATIVI?**

5.1 I caratteri strutturali

5.2 I principi cardine

5.3 Questioni aperte e prospettive

1. IL TEMA E I PROBLEMI

A partire dalla seconda metà del XX secolo, le attività delle autorità pubbliche e i rapporti tra queste ultime e i soggetti privati hanno costituito oggetto di un numero crescente di “standard ultranazionali” (ulteriori rispetto a quelli dell’Unione europea), cristallizzati in trattati intergovernativi o variamente elaborati in seno ad apparati ultrastatali. In questo contesto, una rilevanza sempre maggiore viene a essere assunta dagli “standard ultranazionali dei diritti umani”. Questi ultimi trovano un primo riconoscimento nelle convenzioni internazionali sui diritti umani, tra cui, in particolare, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo – Cedu del 1950 e il Patto internazionale sui diritti civili e politici - Pidcp del 1966. Essi devono, tuttavia, la loro espansione all’attività di attuazione e specificazione degli *organismi ultranazionali*, a carattere amministrativo o giudiziario, come la Corte europea dei diritti dell’uomo e il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti umani, istituiti dalle stesse convenzioni con il compito di verificarne l’effettivo rispetto.

La moltiplicazione e la diffusione degli standard della Cedu solleva, nondimeno, alcune questioni problematiche. Innanzitutto, la Cedu contiene solo pochissime disposizioni sui procedimenti amministrativi, che costituiscono, tuttavia, oggetto di un numero crescente di principi elaborati dalla Corte europea. Quali tipologie di procedimenti sono, allora, soggetti ai principi scaturenti dalla Cedu? E cosa prevedono questi ultimi? Come accennato, inoltre, gli standard della Cedu discendono da una pluralità di fonti normative, emanate da vari organismi della Cedu. Che cosa deve intendersi, allora, per “standard” sui procedimenti? Vi si devono includere soltanto le norme di fonte scritta o anche quelle di fonte non scritta (come la giurisprudenza della Corte europea)? Quali effetti producono sulle autorità nazionali ed ultrastatali? Una volta formulati, infine, gli standard ultranazionali penetrano negli ordinamenti nazionali ed europeo. Quali sono le concrete modalità della loro imposizione diretta agli ordinamenti nazionali? E quali quelle di imposizione indiretta agli ordinamenti e regimi ultrastatali?

La tesi di fondo è che gli standard diano luogo ad una *disciplina Cedu dei procedimenti amministrativi*, la quale, i) scaturita da disposizioni di fonte scritta, è venuta a svilupparsi in via giurisprudenziale; ii) alimentata dalle tradizioni giuridiche continentali e anglosassoni, ha piano piano sviluppato un autonomo “sistema” concettuale; iii) originariamente circoscritta a pochissime tipologie procedimentali, ha col tempo allargato la sfera di azione, intensificato la capacità prescrittiva, ristretto i margini di libertà lasciati agli Stati; iv) concepita per operare sul piano internazionale, è col tempo permeata negli ordinamenti nazionali ed europeo, finendo per essere inquadrata tra le fonti costituzionali; v) destinata a vincolare le autorità nazionali, è finita, poi, per condizionare anche le autorità europee e globali; vi) congegnata in funzione essenzialmente difensiva, è progressivamente evoluta anche in funzione partecipativa e di supporto per la assunzione di decisioni complesse. Così configurata, la disciplina Cedu dei procedimenti amministrativi sembra, pertanto, fungere da catalizzatore del lento processo di formazione di una disciplina unitaria del procedimento amministrativo a livello globale.

2. I PRINCIPI GENERALI DI AZIONE DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE

In termini generali, gli standard sui procedimenti amministrativi sono riconducibili ad almeno quattro gruppi. Un primo gruppo riguarda tutte le tipologie di procedimenti. Essi comprendono la nozione di autorità pubbliche e i principi generali delle attività pubbliche.

2.1 La nozione di autorità pubbliche

Innanzitutto, la Corte europea ha formulato una propria nozione di “autorità pubbliche” rilevante ai fini dell’applicazione degli standard. In proposito, essa ha adottato una propria interpretazione delle disposizioni della Cedu secondo cui, da un lato, gli *Stati* riconoscono i diritti e le libertà dalla stessa enunciati¹; dall’altro lato, la Corte europea può essere investita dei ricorsi presentati, tra gli altri, da *organizzazioni non governative*². Sotto il primo profilo, pertanto, sono “imputabili agli Stati”, oltre agli atti delle amministrazioni statali o locali, due categorie di atti: i) gli atti posti in essere da soggetti che, pur essendo di diritto privato, sono sottoposti ad una disciplina fortemente derogatoria rispetto a quella comune, e sono sottomessi ad un potere di indirizzo e controllo da parte delle amministrazioni statali o locali, come talune società a partecipazione statale³ o gli ordini professionali⁽⁴⁾; ii) gli atti posti in essere da soggetti che, pur essendo di diritto privato, e operando alla stregua di altri soggetti privati, esercitano attività oggettivamente pubbliche, o di originaria spettanza dei pubblici poteri, come taluni istituti privati di istruzione⁵, gli

¹ Art. 1, Cedu; Preambolo del Pidcp.

² Art. 34, Cedu.

³ Corte eur. dir. uomo, sentenza 30 novembre 2004, ricorsi nn. 35091/02 e altri, *Mykhaylenky e altri c. Ucraina*. Nello stesso senso, Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 22 febbraio 2005, ricorso n. 47148/99, *Novoseletskiy c. Ucraina*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 1° dicembre 2009, ricorso n. 31761/04, *Khachatryan c. Armenia*.

⁴ Corte eur. dir. uomo, sentenza 23 novembre 1983, ricorso n. 8919/80, *Van der Musselle c. Belgio*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 24 febbraio 1994, ricorso n. 15450/89, *Casado Coca c. Spagna*.

⁵ Corte eur. dir. uomo, sentenza 25 marzo 1993, ricorso n. 13134/87, *Costello-Roberts c. Regno Unito*.

amministratori e i liquidatori operanti in seno a procedure concorsuali⁶ e le fondazioni di diritto privato operanti nell'interesse pubblico⁷.

Quanto alla nozione di *organizzazioni non governative*, la Corte europea ha, invece, di recente chiarito, nella decisione *Unedic*⁸, che *non* sono tali i soggetti che partecipano all'esercizio di poteri autoritativi o che gestiscono un servizio pubblico sotto il controllo di altre autorità. Non sono, quindi, organizzazioni non governative - essendo, quindi, autorità pubbliche, nel senso qui adottato - le amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici territoriali, e i soggetti che, pur essendo disciplinati dal diritto privato, perseguono finalità di interesse generale, o comunque esercitano attività oggettivamente pubbliche, sotto la direzione e il controllo di organi governativi, come talune società di gestione di servizi pubblici in regime di sostanziale monopolio⁹. Sono, invece, organizzazioni non governative i soggetti che, pur essendo di diritto pubblico, non perseguono finalità di interesse generale, o comunque non esercitano attività oggettivamente pubbliche, come taluni enti morali¹⁰; ovvero quelli che, pur perseguendo finalità di interesse generale, operano secondo il diritto privato in regime di libera concorrenza, come talune società concessionarie di servizio pubblico liberalizzato¹¹.

In definitiva, sono qualificabili come autorità pubbliche almeno tre categorie di soggetti: i) lo Stato, gli enti territoriali e gli enti pubblici svolgenti funzioni pubbliche; ii) le

⁶ Corte eur. dir. uomo, sentenza 14 gennaio 2010, ricorso n. 54522/00, *Kotov c. Russia*.

⁷ In Corte eur. dir. uomo, decisione 1° marzo 2005, ricorso n. 22860/02, *Wos c. Polonia*.

⁸ Corte eur. dir. uomo, decisione 18 marzo 2009, ricorso n. 20153/04, *Unédic c. Francia*.

⁹ Comm. eur. dir. uomo, decisione 8 settembre 1997, ricorso n. 35216/97, *Renfe c. Spagna*.

¹⁰ Corte eur. dir. uomo, sentenza 9 dicembre 1994, ricorsi nn. 13092/87, 13984/88, *Santi monasteri c. Grecia*.

¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 settembre 2003, ricorso n. 53984/00, *Radio France c. Francia*.

imprese private soggette ad una disciplina fortemente derogatoria e sottoposte a incisive potestà di indirizzo e controllo da parte di altre autorità pubbliche; iii) le imprese private svolgenti attività oggettivamente pubbliche, soprattutto se in regime di non concorrenza. Così configurata, la nozione di autorità pubblica ha, pertanto, a) origine bipartita, in quanto discende dalle distinte definizioni di “Stato” e “organizzazione non governativa”; b) funzione ambivalente, in quanto serve ad individuare, specularmente, i soggetti tenuti al rispetto dei diritti umani e quelli legittimati a farne dichiarare la violazione; c) carattere composito, in quanto si fonda su elementi ora funzionali, ora normativi, ora organici. Essa non si differenzia, pertanto, in maniera significativa dalle nozioni di pubblica amministrazione adottate in taluni paesi europei nonché nel diritto europeo, dove la stessa presenta connotazione prevalentemente funzionale.

2.2 I principi generali di azione delle autorità pubbliche

La Corte europea ha, poi, formulato una serie di principi generali riguardanti lo svolgimento delle attività pubbliche. Il primo principio è quello della *rule of law*. In proposito, la Corte europea ha tratto dall’espressione per cui le libertà possono essere limitate solo “nei casi previsti dal diritto” quattro principi fondamentali: i) rientrano nella nozione di *diritto* tutte le norme scaturenti da atti giuridici incluse le disposizione di fonte scritta, la giurisprudenza, le norme di livello sub-legislativo, il diritto europeo, le convenzioni internazionali ¹²; ii) il *diritto* deve rispettare i principi di accessibilità, chiarezza e prevedibilità delle norme; iii) dalla “regola del diritto” deriva l’obbligo di stabilire i presupposti e le modalità di esercizio delle attività discrezionali; iv) dalla “regola del diritto” deriva l’obbligo per le autorità pubbliche di prevedere garanzie procedurali. In questi termini, la Corte europea concepisce il principio della regola del diritto non tanto

¹² Corte eur. dir. uomo, sentenza 26 aprile 1979, ricorso n. 6538/74, *Sunday Times c. Regno Unito*, Corte eur. dir. uomo, sentenza 24 aprile 1990, ricorso n. 11081/85, *Kruslin. c. Francia*.

come “riserva di legge” quanto come “soggezione al diritto”; si richiama a una visione *monistica* dei rapporti tra ordinamenti giuridici; intravede nella regola del diritto non soltanto un mezzo di eguaglianza formale ma anche un limite all’arbitrio del potere; riferisce il principio non solo all’esistenza ma anche alla *qualità* del diritto; e ancora, non solo alla validità ma anche alla *effettività* del diritto.

Il secondo principio è quello di ragionevolezza e proporzionalità. La Corte europea ha, in proposito, tratto dall’espressione per cui i diritti riconosciuti dalla Cedu possono essere limitati se, e nella misura in cui, ciò risulti “necessario in una società democratica” tre corollari: i) le autorità pubbliche godono di un “margine di apprezzamento” in ordine alle modalità per assicurare l’effettivo rispetto dei diritti¹³; ii) il “margine di apprezzamento” trova un limite nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità; iii) i principi di ragionevolezza e proporzionalità implicano che le restrizioni ai diritti perseguano un fine pubblico legittimo, e realizzino un “giusto equilibrio tra gli interessi generali della comunità e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali degli individui”, a tal fine assicurando un “ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e i fini perseguiti”¹⁴. In questo modo, la Corte europea concepisce ragionevolezza e proporzionalità soprattutto come *criteri di giudizio* per la ponderazione comparativa degli interessi, che riverberano in principi di azione per le attività pubbliche. Adotta una visione *unitaria e universale* dei due principi, per cui, per un verso, pur presentando la medesima struttura logico-concettuale, si differenziano per il grado di incisività, per altro verso, trovano applicazione a tutte le attività pubbliche, senza distinzione tra funzione legislativa, esecutiva, giudiziaria. Infine, la Corte europea ha adottato una propria interpretazione della disposizione della Cedu che afferma il divieto di discriminazione¹⁵.

¹³ Corte eur. dir. uomo, sentenza 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside v. United Kingdom*,

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, sentenza 24 ottobre 1986, ricorso n. 9118/80, *Agosi c. Regno Unito*, Corte eur. dir. uomo, sentenza 18 gennaio 2001, *Jane Smith c. Regno Unito*.

¹⁵ Art. 14, Cedu.

2.3 Caratteri

Alla luce di quanto osservato, la nozione di autorità pubblica e i principi generali presentano alcuni caratteri comuni. Innanzitutto, come accennato, essi assumono valenza *fondativa*, nel senso che rappresentano il presupposto (soggettivo) di operatività e la scaturigine normativa di larghissima parte degli standard sui procedimenti. Rivestono, in ragione di ciò, connotazione essenzialmente *derivata*, in quanto, a differenza degli altri standard, lungi dall'essere formulati con riferimento all'attività amministrativa, contribuiscono alla disciplina del procedimento amministrativo soltanto di riflesso, in esito ad una necessaria concettualizzazione scientifica. Presentano, conseguentemente, applicabilità *generale*, nel senso che riguardano non soltanto l'attività amministrativa in senso stretto, bensì tutte le attività (comprese quelle giudiziarie e regolatorie) delle autorità pubbliche. Così configurati, pertanto, essi consentono di definire la cornice giuridica di riferimento all'interno della quale si innestano gli standard riguardanti gli specifici procedimenti.

3. GARANZIE PROCEDIMENTALI A TUTELA DI DIRITTI SOSTANZIALI

Un secondo gruppo di standard riguarda, poi, un complesso di garanzie procedurali volte a impedire *ex ante* violazioni dei diritti Cedu a carattere sostanziale. Esse sono tratte dalle disposizioni che riconoscono questi ultimi diritti, e sono astrattamente applicabili a tutti i procedimenti *restrittivi* degli stessi.

3.1 Garanzie procedurali a tutela dei diritti della persona

Nell'ambito degli standard riguardanti i procedimenti restrittivi dei diritti della persona un primo insieme di garanzie procedurali riguarda l'affidamento dei fanciulli. In proposito, alcuni standard sono già espressamente previsti in talune convenzioni¹⁶, nonché nei relativi atti di indirizzo e attuazione¹⁷. La Corte europea ha, nondimeno, tratto taluni standard in materia dal diritto al rispetto della propria vita familiare (art. 8, Cedu). Essa ha, pertanto, affermato, a partire dai casi *B., W. ed R.*¹⁸, che, sebbene l'art. 8 Cedu non contenga disposizioni procedurali, il procedimento volto all'adozione di decisioni incidenti sui rapporti tra genitori e figli deve: a) fondarsi su tutti gli elementi rilevanti, non essere sbilanciato in favore di una parte (*one-sided*), non essere né apparire arbitrario; b) essere equo (*fair*), assicurare il dovuto rispetto degli interessi delle parti; c) garantire che i soggetti interessati possano presentare le proprie osservazioni, che devono essere tenute in debita considerazione, e siano in grado di esercitare ogni rimedio a loro disposizione. Standard analoghi sono stati, in seguito, formulati dal Comitato delle Nazioni unite sui diritti umani¹⁹ e sui diritti del fanciullo²⁰.

¹⁶ In particolare, la Convenzione europea sull'adozione dei fanciulli del 1967, la Convenzione delle Nazioni unite sui diritti del fanciullo del 1989 e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996.

¹⁷ Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione R(77)33, *on the placement of children*; Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione R(98)8, *on children's participation in family and social life*; Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione Rec (99)23, *on family reunion for refugees and other persons in need of international protection*; Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione Rec(2005)5, *on the rights of children living in residential institutions*.

¹⁸ Corte eur. dir. uomo, sentenze 8 luglio 1987, ricorsi nn. 9840/82, 9749/82, 10496/83, *B., W., R. c. Regno unito*.

¹⁹ Com. Naz. un. dir. uomo, *General Comment 7* aprile 1989, n. 17: *Rights of the child (Art. 24)*.

²⁰ Com. Naz. un. dir. fanciullo, *General Comment 20* settembre 2006, n. 7: *Implementing child rights in early childhood, ###/Rev.1*.

Un secondo insieme di garanzie riguarda, poi, l'allontanamento degli stranieri. In questa materia, taluni standard procedurali sono previsti direttamente nella Cedu²¹ e hanno trovato successiva specificazione nella giurisprudenza della Corte europea²². A questi standard si aggiunge, poi, la Convenzione contro la tortura secondo cui nessuno può essere espulso verso uno Stato nel quale sussistono fondati elementi per ritenere che lo stesso sarebbe ivi esposto al pericolo di essere sottoposto a tortura²³. La Corte europea ha quindi tratto standard analoghi dal divieto di tortura (art. 3, Cedu). Essa ha, in tal senso, affermato, a partire dal caso *Soering*²⁴, che le autorità nazionali devono evitare l'allontanamento di uno straniero laddove sussistano fondati elementi per ritenere che il soggetto interessato, qualora sia allontanato, possa essere esposto al rischio concreto di essere assoggettato a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. Standard analoghi sono stati elaborati anche dal Comitato delle Nazioni unite contro la tortura²⁵ e dal Comitato delle Nazioni unite sui diritti umani²⁶.

Un terzo insieme di garanzie riguarda, poi, i procedimenti in materia di trattamenti terapeutici. Anche in questa materia, alcuni standard procedurali sono già previsti nella Convenzione sulla biomedicina del 1997 o formulati negli atti politici delle organizzazioni

²¹ Art. 1, comma 2, Protocollo 7, Cedu.

²² Corte eur. dir. uomo, sentenza 21 ottobre 1997, ricorso n. 25404/94, *Boujlifa c. Francia*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 18 ottobre 2006, ricorso n. 46410/99, *Üner c. Paesi Bassi*.

²³ Art. 3, Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura e gli altri trattamenti e punizioni inumane e degradanti.

²⁴ Corte eur. dir. uomo, sentenza 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering*.

²⁵ Comitato delle Nazioni unite sulla tortura, *Commento generale n. 1: Applicazione dell'art. 3 della Convenzione nel contesto dell'art. 22*, 21 novembre 1997.

²⁶ Comitato delle Nazioni unite sui diritti umani, *Commento generale n. 15: La posizione degli stranieri secondo il Patto*, 11 aprile 1986.

internazionali²⁷. Richiamandosi ad essa, la Corte europea ha tratto taluni standard in materia di aborto terapeutico dal diritto al rispetto della vita privata e familiare. Essa ha, pertanto, richiesto, nel caso *Tysiac*²⁸: a) che i procedimenti in materia assicurino che un donna incinta sia sentita di persona in ordine alla opportunità di procedere ad aborto, e che il proprio punto di vista sia tenuto in considerazione; b) che le autorità competenti adottino motivazioni scritte; c) che, poiché in materia di aborto il fattore temporale riveste una importanza cruciale, le relative procedure assicurino che le decisioni in materia siano assunte tempestivamente, in modo da limitare o prevenire i danni che potrebbero derivare alla donna da un aborto ritardato.

3.2 Garanzie procedurali a tutela delle libertà civili

Nell'ambito delle garanzie procedurali relative a procedimenti restrittivi delle libertà civili, un primo gruppo di standard riguarda perquisizioni e ispezioni. La Corte europea ha, in proposito, affermato, a partire dal caso *Niemietz* ma soprattutto con il caso *Buck*, che tali procedimenti devono essere condotti in presenza di motivi rilevanti e sufficienti, ed essere rispettosi del principio di proporzionalità. A questo proposito, le leggi e la prassi applicabili devono prevedere adeguati ed effettivi strumenti di tutela contro gli abusi, mentre i singoli procedimenti devono essere condotti in modo da limitarne l'impatto entro limiti ragionevoli (*reasonable bounds*). A tal fine, le autorità competenti devono attenersi all'oggetto e alle condizioni stabilite nei relativi provvedimenti di autorizzazione, e devono tenere in considerazione diversi fattori, quali la gravità dell'illecito, la rilevanza degli elementi di prova già precedentemente raccolti, le caratteristiche dei luoghi in cui i procedimenti si svolgono, le ripercussioni sulla reputazione dei soggetti interessati.

²⁷ UNESCO, *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, 11 novembre 1997, recepita in Assembla generale delle Nazioni unite, Raccomandazione 9 dicembre 1998, n. 53/152.

²⁸ Corte eur. dir. uomo, sentenza 20 marzo 2007, ricorso n. 5410/03, *Tysiac c. Polonia*.

Un secondo insieme di garanzie procedurali riguarda, poi, regolazione e controllo di attività pericolose e inquinanti. La Corte europea ha, in proposito, affermato, soprattutto con il caso *Hatton*, che, al fine di valutare la compatibilità rispetto alla Cedu delle decisioni aventi un significativo impatto ambientale, occorre prendere in considerazione tutti i profili procedurali, compresi la politica da seguire o la decisione da adottare, e il grado di partecipazione dei soggetti interessati. In particolare, le autorità pubbliche sono chiamate ad assicurare un adeguato contemperamento tra i vari interessi coinvolti, a tal fine svolgendo studi e indagini. Inoltre, è necessario garantire l'accesso alle conclusioni raggiunte in tali studi e indagini, nonché a ogni informazione idonea a permettere ai privati di valutare i pericoli cui sono esposti. Ancora, gli interessati devono essere posti in condizione di ricorrere avanti ad organi decidenti contro gli atti delle autorità nazionali nei quali i propri interessi e le proprie osservazioni non siano tenute sufficientemente in considerazione (*given sufficient weight*).

Standard analoghi a quelli in esame sono stati, in seguito, ritenuti applicabili anche ai procedimenti di emanazione di atti normativi o atti amministrativi generali, come in materia di inseminazione artificiale. In proposito, la Corte europea ha escluso, nel caso *Evans*, la violazione della Cedu nei casi in cui discipline nazionali siano state adottate in esito a procedimenti che contemplino lo svolgimento di studi e inchieste approfondite sui principali aspetti di criticità delle materia, nonché la conduzione di adeguate consultazioni, e assicurino la facoltà dei privati interessati di essere adeguatamente informati sulle conseguenze delle proprie scelte²⁹. Standard più di dettaglio sono, poi, contenuti in atti di indirizzo delle organizzazioni internazionali. In proposito, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha formulato un complesso di standard sui procedimenti riguardanti un ampio numero di persone³⁰.

²⁹ In tal senso, Corte eur. dir. uomo, sentenza 10 aprile 2007, ricorso n. 6339/05, *Evans c. Regno Unito*.

³⁰ *Recommendation n. R (87) 16 of the Committee of Ministers to member states on administrative procedures affecting a large number of persons*, 17 ottobre 1987.

Un quarto insieme di garanzie riguarda, infine, le attività dichiarative in materia di stato civile, famiglia e pubblici registri. La Corte europea ha, in proposito, affermato, soprattutto con il caso *Ramazanova*, che l'inerzia o il ritardo da parte delle autorità competenti nella iscrizione di soggetti giuridici in appositi albi o registri rappresenta una interferenza nei diritti dei soggetti privati, in particolare della libertà di associazione. I procedimenti di iscrizione o registrazione devono, pertanto, concludersi entro un termine ragionevole previsto dal diritto. In proposito, la sussistenza di ingenti carichi di lavoro non può giustificare un irragionevole prolungamento dei termini procedurali. E' obbligo delle autorità nazionali organizzare i propri sistemi di iscrizione e registrazione (*state-registration system*) e di adottare le misure remediali necessarie in modo da assicurare che le autorità competenti rispettino i termini procedurali imposti dalle proprie normative e da evitare in tal modo irragionevoli ritardi.

3.3 Garanzie procedurali a tutela di diritti patrimoniali

Nell'ambito delle attività pubbliche *restrittive* dei diritti patrimoniali, infine, la Corte europea ha affermato, in materia di vincoli e procedure espropriative, a partire dal caso *Jokela*, che le privazioni del diritto al rispetto dei propri beni non sono di per sé contrari alla Cedu, in quanto rappresentano una espressione della sovranità dello Stato, ma, qualora implicino l'esercizio di poteri discrezionali, devono assicurare sufficiente equità. Esse non possono, pertanto, risultare legittime se adottate in carenza di procedimenti in contraddittorio rispettosi del principio della parità delle armi, che consentano alle parti di presentare i propri argomenti. Inoltre, esse possono essere disposte soltanto nei casi previsti dalla legge e soltanto ove risultino necessarie, laddove non sussistano altri strumenti a disposizione delle autorità pubbliche in grado di perseguire le medesime finalità producendo conseguenze meno penalizzanti.

In materia di vincoli urbanistici e paesaggistici, la Corte europea ha, poi, stabilito, a partire dal citato caso *Sporrong e Lönnroth*, che, in una materia tanto complessa e difficile come quella dello sviluppo delle grandi città, gli Stati godono di un ampio margine di

apprezzamento allo scopo di dare attuazione alle proprie politiche di pianificazione urbanistica. Occorre, tuttavia, assicurare un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e quelle di protezione dei diritti fondamentali degli individui. Con particolare riguardo all'apposizione di vincoli restrittivi della facoltà di godimento di immobili, soprattutto se preordinati all'espropriazione, le autorità pubbliche hanno un sicuro interesse a riservarsi il diritto di espropriare gli immobili di proprietà privata per dare attuazione ai propri piani. Non deve, tuttavia, essere esclusa la possibilità che siano riesaminati, a intervalli ragionevoli, gli interessi delle autorità e quelli dei proprietari degli immobili³¹.

In materia di prelazione sulle opere d'arte, essa ha, inoltre, affermato, a partire dal caso *Beyeler*, che il controllo sul trasferimento della proprietà delle opere d'arte persegue un fine pubblico legittimo, rappresentato dall'esigenza di proteggere il patrimonio artistico e culturale. In particolare, anche alla luce della convenzione Unesco del 1970, le autorità pubbliche possono adottare misure finalizzate a facilitare nel modo più efficace un ampio accesso del pubblico alle opere d'arte, nel generale interesse alla cultura universale. Esse possono, pertanto, prevedere l'obbligo di una preventiva comunicazione dell'intenzione del venditore di cedere le opere d'arte, e la potestà richiedere ulteriori informazioni in merito all'identità e alla nazionalità del compratore. La potestà di prelazione, nondimeno, deve essere esercitata alle condizioni previste dal diritto, ed entro un termine ragionevole, senza prolungare oltre il necessario la condizione di incertezza delle parti in ordine alle facoltà dei proprietari³².

In materia di autorizzazioni, la Corte europea ha affermato, a partire dal caso *Fredin*, che le autorità pubbliche possono procedere alla revoca o al riesame di

³¹A *contrario*, Corte eur. dir. uomo, sentenza 25 ottobre 1989, ricorso n. 10842/84, *Allan Jacobsson c. Svezia* (n. 1).

³² Corte eur. dir. uomo, sentenza 5 gennaio 2000, ricorso n. 43509/08, *Beyeler c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 28 giugno 2011, ricorso n. 28979/07, *Ruspoli Morenes c. Spagna*.

autorizzazioni o concessioni, a condizione che i relativi procedimenti siano condotti in buona fede, tenendo presente il legittimo affidamento del soggetto interessato³³. Essa ha, in seguito, precisato, soprattutto nel caso *Capital Bank*, che le autorità competenti possono, in caso di crisi, procedere alla revoca delle autorizzazioni all'esercizio dell'attività bancaria e/o finanziaria, allo scopo di evitare danni irreparabili per le banche, i depositanti e gli altri creditori, ovvero del sistema bancario e finanziario nel suo complesso. Salvo nei casi di assoluta urgenza, tuttavia, è necessario che le autorità pubbliche assicurino comunque una qualche forma di garanzia procedimentale in favore dei soggetti interessati. In presenza di opzioni alternative, inoltre, le autorità pubbliche devono adottare le misure che incidano in misura minore sul diritto dei soggetti privati, e consentano a questi ultimi adeguate forme di partecipazione al procedimento³⁴.

In materia di procedure concorsuali, invece, la Corte europea ha statuito, con il recente caso *Družstevní Záložna Priea*, che i soggetti sottoposti a procedura concorsuale devono avere accesso a tutti i documenti e ad ogni altro materiale utile, compresi i documenti gestionali e contabili (*business and accountancy documents*). Il diritto di accesso non è assoluto; ogni limitazione deve essere tale, tuttavia, da non pregiudicare l'essenza stessa di un simile diritto. Quanto detto vale, in particolare, per i casi in cui l'accesso è consentito da un agente incaricato dalle autorità amministrative di controllo (*employee of a regulatory authority*). In questi casi, infatti, le autorità amministrative (*executive branch of the State*) possono pregiudicare l'esito della impugnazione semplicemente negando l'accesso ai documenti indispensabili dalle stesse detenuti. Il diniego dell'accesso deve

³³Corte eur. dir. uomo, sentenza 18 febbraio 1991, ricorso n. 12033/86, *Fredin c. Svezia*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 29 novembre 1991, ricorso n. 12742/87, *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda*.

³⁴Corte eur. dir. uomo, sentenza 24 novembre 2005, ricorso n. 49429/99, *Capital Bank AG c. Bulgaria*.

essere, quindi, soggetto a controllo giurisdizionale da parte di un organo indipendente (*judicial scrutiny by an independent tribunal*)³⁵.

3.4 Caratteri

Gli standard sui procedimenti restrittivi dei diritti Cedu a carattere sostanziale presentano due caratteri principali. In primo luogo, essi sono strutturalmente orientati ad assicurare il soddisfacimento materiale di simili diritti. Ne deriva, da un lato, che essi prevedono garanzie in funzione prevalentemente *protettiva*; dall'altro lato, che i diritti a carattere sostanziale si arricchiscono a loro volta di una componente a carattere procedimentale. In secondo luogo, gli standard presentano estensione e intensità differenziata in ragione della rilevanza dei diritti umani incisi e della gravità dell'incidenza. Ne consegue che le attività pubbliche incidenti in misura *più grave* su diritti *più rilevanti* sono, di regola, maggiormente e più intesamente procedimentalizzate. Da questi caratteri derivano due ulteriori corollari. Per il primo, le garanzie in parola appaiono astrattamente suscettibili di applicazione generalizzata a tutti i procedimenti restrittivi dei diritti Cedu a carattere sostanziale. Per il secondo, simili garanzie risultano concretamente idonee ad aumentare il tasso di procedimentalizzazione delle attività pubbliche, in funzione di una maggiore protezione dei diritti umani incisi.

³⁵Corte eur. dir. uomo, sentenza 31 luglio 2008, ricorso n. 72034/01, *Družstevní Záložna Pria e altri c. Repubblica ceca*.

4. IL DIRITTO A UN GIUSTO PROCEDIMENTO AGGIUDICATORIO

Un ultimo gruppo di standard contempla, infine, un complesso di garanzie riconducibili al diritto Cedu ad un processo equo³⁶. In termini generali, le disposizioni in questione sono state formulate con riguardo ai procedimenti giudiziari. La Corte europea ha, tuttavia, ammesso che trovino applicazione, più in generale, a tutti i procedimenti volti alla risoluzione di controversie, compresi, a determinate condizioni, anche i procedimenti amministrativi.

4.1 L'applicabilità del diritto ad un processo equo ai procedimenti amministrativi

Come abbiamo appena osservato, la Corte europea ha ammesso che gli standard scaturenti dal diritto a un processo equo trovino applicazione, oltre che ai procedimenti giudiziari in senso stretto, a tutti i procedimenti volti alla risoluzione di controversie, compresi, a determinate condizioni, anche i procedimenti amministrativi. In proposito, la Corte europea ha sviluppato il seguente criterio: i) qualora una decisione amministrativa risolutiva di una controversia è soggetta ad un controllo giurisdizionale successivo pienamente rispettoso del diritto ad un processo equo, non è necessario che il procedimento (amministrativo) che conduce all'emanazione di tale decisione sia anch'esso (pienamente) rispettoso di simile diritto; ii) al contrario, qualora una simile decisione non è soggetta ad alcun controllo giurisdizionale successivo, ovvero quest'ultimo non sia pienamente rispettoso del diritto ad un processo equo, è necessario che almeno il procedimento

³⁶ Art. 6, par. 1, Cedu.

(amministrativo) che conduce all’emanazione di tale decisione sia pienamente rispetto di simile diritto.

In definitiva, gli standard scaturenti dal diritto ad un processo equo possono trovare applicazione *anche* ai procedimenti amministrativi idonei alla risoluzione di controversie, ovverosia, *aggiudicatori*. Questi ultimi procedimenti, tuttavia, devono rispettare gli standard scaturenti dal diritto ad un processo equo *soltanto se* le decisioni emanate in esito agli stessi non sono soggette ad un successivo controllo giudiziario, ovvero se quest’ultimo non è pienamente rispettoso di tali standard. Da quanto detto deriva che ai procedimenti amministrativi aggiudicatori sono in astratto applicabili *tutti gli standard* scaturenti dal diritto ad un processo equo, naturalmente nella misura in cui risultino di fatto applicabili. Nella soluzione di specifiche controversie, la Corte europea ha, poi, formulato in concreto taluni *specifici standard* riguardanti determinati procedimenti amministrativi aggiudicatori.

4.2 Gli standard astrattamente applicabili ai procedimenti aggiudicatori

Riguardo gli standard *astrattamente applicabili* ai procedimenti aggiudicatori occorre analizzare i presupposti di applicabilità degli standard e il loro contenuto prescrittivo. Quanto ai presupposti di applicabilità, la Corte europea ha adottato una particolare interpretazione della locuzione per cui ognuno ha diritto a che ogni *controversia* (che, secondo la Corte europea deve essere *genuina e seria*) avente ad oggetto diritti ed obbligazioni di carattere civile o accuse penali sia *decisa*. Al fine di stabilire se il procedimento trova applicazione ad un procedimento amministrativo occorre, pertanto, valutare a) se sussista una controversia (*an* della controversia); b) se la controversia è genuina e seria e riguarda situazioni soggettive riconosciute nell’ordinamento nazionale (*quomodo* della controversia); c) se le situazioni soggettive oggetto della controversia costituiscano diritti civili o accuse penali (*quid* della controversia).

Quanto, invece, al *contenuto prescrittivo* degli standard, in quanto astrattamente applicabili ai procedimenti amministrativi aggiudicatori. In proposito, la Corte europea ha

adottato una particolare interpretazione della locuzione per cui ognuno ha diritto a che la controversia, riguardante il proprio diritto o la propria accusa, sia *decisa*, e che ciò avvenga *equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole*, da parte di un *tribunale* che sia *indipendente, imparziale e previsto dalla legge*. Al fine di stabilire se il procedimento è conforme al diritto ad un processo equo, occorre, pertanto, valutare a) se sussiste una decisione nel merito della controversia (*an* della decisione); b) se le persone hanno la facoltà di ottenere una simile decisione (accesso alla decisione); c) se sussiste un tribunale dotato di sufficienti poteri decisionali (*quomodo* della decisione); d) se il tribunale è indipendente, imparziale e previsto dalla legge (*quomodo* del tribunale); e) se le persone hanno effettivamente accesso al procedimento (*an* del procedimento); f) se il procedimento è equo, pubblico (*quomodo* del procedimento).

4.3 Gli standard concretamente ritagliati sui procedimenti aggiudicatori

Riguardo, invece, i più specifici standard sui procedimenti amministrativi aggiudicatori, la Corte europea, ha assoggettato al diritto ad un processo equo almeno tre tipologie di procedimenti amministrativi: i) i procedimenti *sanzionatori* e *disciplinari*; ii) i procedimenti di *ricorso* e di *riesame*; iii) una congerie di procedimenti di diversa natura, quali procedimenti autorizzatori, concessori, pianificatori e dichiarativi, come i procedimenti di approvazione con efficacia costitutiva di contratti ad effetti reali riguardanti immobili³⁷, di autorizzazione all'esercizio di attività economiche (come una casa da giuoco³⁸) o di concessione di benefici previdenziali o assistenziali (come pensioni di

³⁷ Corte eur. dir. uomo, sentenza 16 luglio 1971, ricorso n. 2614/65, *Ringeisen c. Austria*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 22 ottobre 1984, ricorso n. 8790/79, *Sramek c. Austria*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 3 ottobre 2000, ricorso n. 29477/95, *Eisenstecken c. Austria*.

³⁸ Corte eur. dir. uomo, sentenza 7 novembre 2000, ricorso n. 35605/97, *Kingsley c. Regno Unito*.

invalidità³⁹, sussidi per alloggi abitativi⁴⁰), di approvazione di piani urbanistici costitutivi (o dichiarativi) di diritti di costruire⁴¹, di applicazione di vincoli urbanistici finalizzati all'espropriazione⁴², di approvazione di piani di consolidamento agrario ad efficacia reale⁴³, di emanazione di pareri vincolanti per l'organo decidente (ad esempio in materia di licenziamento di disabili⁴⁴).

Una volta definito l'ambito di applicazione, la Corte europea ha, poi, formulato alcuni standard concretamente ritagliati sui procedimenti. In proposito, possono distinguersi almeno tre gruppi di standard. Un primo gruppo riguarda i poteri e l'organizzazione dell'organo decisionale. In proposito, la Corte europea ha formulato tre principi fondamentali. Innanzitutto, le decisioni adottate nell'ambito dei procedimenti aggiudicatori devono avere carattere definitivo e vincolante (ferma restando la possibilità che esse siano assoggettate ad un successivo controllo giurisdizionale). La Corte europea ha, in proposito, affermato, soprattutto nel caso *Van de Hurk*, che è inerente alla stessa nozione di "tribunale" la potestà di adottare decisioni vincolanti che non siano suscettibili di modifica da parte di ulteriori autorità non giudiziarie (*non-judicial authority*) in pregiudizio di una delle parti, laddove una simile potestà può essere concepita come una componente del requisito della indipendenza.

³⁹ Corte eur. dir. uomo, sentenza 21 luglio 2005, ricorso n. 52367/99, *Mihailov c. Bulgaria*.

⁴⁰ Corte eur. dir. uomo, sentenza 14 novembre 2006, ricorso n. 60860/00, *Tsfayo c. Regno unito*.

⁴¹ Corte eur. dir. uomo, sentenza 25 novembre 1994, ricorso n. 12884/87, *Ortenberg c. Austria*.

⁴² Corte eur. dir. uomo, sentenza 27 ottobre 1987, ricorso n. 10930/84, *Bodén c. Svezia*.

⁴³ Corte eur. dir. uomo, sentenza 23 aprile 1987, ricorso n. 9816/82, *Poiss c. Austria*, ; Corte eur. dir. uomo, sentenza 23 aprile 1987, ricorso n. 9273/81, *Ettl e altri c. Austria*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 23 aprile 1987, ricorso n. 9616/81, *Erkner e Hofauer c. Austria*.

⁴⁴ Corte eur. dir. uomo, sentenza 28 giugno 1990, ricorso n. 11761/85, *Obermeier c. Austria*.

Inoltre, gli organi decidenti devono presentare sufficienti garanzie di indipendenza dagli apparati politici e di imparzialità rispetto alle parti della controversia. La Corte europea ha, in proposito, specificato, con il caso *Bentham*, che occorre non soltanto che l'organo decisionale sia competente ad adottare una decisione definitiva nel merito della controversia, ma anche che lo stesso presenti taluni «caratteri comuni fondamentali, i più importanti dei quali sono indipendenza e imparzialità, nonché l'esistenza di garanzie del procedimento giudiziario». Infine, devono essere apprestate sufficienti garanzie di separazione organizzativa e funzionale dei componenti delle autorità decidenti rispetto agli apparati amministrativi parti della controversia. La Corte europea ha, pertanto, statuito, a partire dal caso *Ringeisen* che non assume particolare rilevanza il fatto che i funzionari che compongono le autorità decidenti si trovino in una posizione di subordinazione, in termini sia organizzativi che funzionali, rispetto ad apparati amministrativi. Essa ha, tuttavia, precisato, con il caso *Sramek*, richiamandosi al criterio delle apparenze, che, allorché l'apparato amministrativo cui il componente dell'organo decidente sia subordinato rappresenti una delle parti della controversia, le altre parti possono nutrire un dubbio legittimo in merito alla indipendenza dello stesso.

Con riguardo, poi, all'*articolazione* dei procedimenti aggiudicatori, la Corte europea ha stabilito, con il caso *Dubus*, che occorre assicurare una adeguata separazione tra attività istruttoria e decisoria dei procedimenti sanzionatori e disciplinari; con il caso *Messier*, che si deve garantire il rispetto dei principi del contraddittorio e della parità delle armi nell'ambito dei procedimenti sanzionatori; con il caso *Diennet*, che deve essere, infine, assicurata la pubblicità delle udienze nell'ambito dei procedimenti disciplinari. Con riguardo, infine, alla conclusione del procedimento, essa ha richiesto, con il caso *Geouffre de la Pradelle*, che le decisioni adottate in esito a procedimenti aggiudicatori devono essere comunicate agli interessati e rese conoscibili al pubblico, nonché, che i procedimenti aggiudicatori devono concludersi entro un termine ragionevole. Standard più specifici sui

procedimenti sanzionatori sono previsti nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulle sanzioni amministrative⁴⁵.

5. ESISTE UNA DISCIPLINA CEDU DEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI?

Come anticipato all'inizio, la tesi di fondo è che gli standard diano luogo, nel loro complesso, ad una vera e propria *disciplina Cedu dei procedimenti amministrativi*, come parte di una più ampia disciplina ultranazionale dei diritti umani sui procedimenti amministrativi, non molto dissimile dalle analoghe discipline (generali) previste nelle normative nazionali e ultrastatali, rispetto alle quali essa verrebbe, anzi, ad integrarsi dall'alto, rafforzandone la connotazione materialmente costituzionale.

5.1 I caratteri strutturali

Analizziamo dapprima i caratteri strutturali della disciplina. In proposito, possono evidenziarsi almeno cinque aspetti. Innanzitutto, simile disciplina, pur trovando fondamento nella *codificazione* dei diritti umani, si è successivamente sviluppata soprattutto per effetto della *applicazione* da parte della Corte europea, per trovare, infine, definitivo consolidamento e *attuazione* normativa in atti di indirizzo degli organi del Consiglio d'Europa. Lungi dal rimanere circoscritta alle scarse disposizioni procedurali

⁴⁵ Principio 6, Consiglio dei ministri, *Recommendation No. R (91) 1 to member states on administrative sanctions*, cit.,

contenute nella Cedu, inoltre, la disciplina in esame è venuta a svilupparsi secondo tre linee direttrici principali. Lungo la prima, la Corte europea dei diritti dell'uomo ne ha *esteso* la sfera di azione. Lungo la seconda, essa ha *definito* il contenuto prescrittivo degli standard, delineando o puntualizzando il significato di espressioni come giudice indipendente e imparziale, ecc. Lungo la terza, infine, essa ha, per così dire, *intensificato* l'efficacia vincolante degli standard, a tal fine serrando il principio di proporzionalità, irrigidendo specifici requisiti o termini procedimentali, arricchendo il novero degli obblighi procedimentali delle autorità pubbliche. Né simili sviluppi si sono svolti in un vuoto storico-culturale, subendo, al contrario - anche in ragione della diversa origine ed estrazione culturale dei giudici, che le hanno fatte "pesare" nella soluzione delle controversie riguardanti i singoli Paesi - l'influenza di differenti tradizioni giuridiche, soprattutto europee.

Anche in ragione delle complesse modalità di formazione, la disciplina Cedu risulta, quindi, frantumata in un novero molto articolato di fonti giuridiche e composta di una notevole varietà di forme normative. In ragione di ciò, pertanto, la disciplina in esame proietta di sé un'immagine frammentata ed incerta, restituita dall'irregolare accostamento di forme e materiali (normativi) eterogenei, a tratti sovrapposti. A dispetto della frantumazione e della diversificazione normativa, la disciplina Cedu assume, nondimeno, connotazione *unitaria* e carattere tendenzialmente *generale*. Sotto il primo profilo, in particolare, essa si compone, infatti, di un complesso di standard scientificamente ordinabili e riconducibili ad un corpo normativo sistematico e coerente. Sotto il secondo profilo, invece, la disciplina Cedu risulta potenzialmente applicabile, ancorché con modalità e intensità ampiamente diversificate, a tutti i procedimenti astrattamente riconducibili nella sfera di azione della convenzione.

Sotto altro profilo, poi, la disciplina Cedu presenta carattere *neutrale e funzionale* e assume connotati *di sistema*. Dal primo punto di vista, essa appare, in effetti, costituita da un complesso di elementi normativi di base, definiti in ragione della particolare funzione cui sono preposti, a prescindere dalla specifica qualificazione che gli stessi assumono all'interno degli ordinamenti nazionali: la Corte europea, ha, in proposito, elaborato una propria nozione di controversia, decisione, tribunale indipendente e imparziale,

procedimento. Dal secondo punto di vista, invece, dopo aver posto gli elementi normativi di base, la disciplina Cedu stabilisce alcune relazioni invariabili tra gli stessi, ed innesta una specifica regolamentazione sia degli elementi che delle relazioni. Così facendo, simile disciplina dà luogo ad un autentico “sistema procedimentale”, da intendersi come complesso autonomo ed organico di relazioni normative tra elementi giuridici di base intellegibile nel suo complesso, che consentono di configurarla come autentica *disciplina*.

Infine, la disciplina Cedu sui procedimenti amministrativi attribuisce una rilevanza centrale al procedimento e al processo. Per un verso, infatti, essa viene ad identificare il procedimento come strumento generale di azione delle autorità pubbliche. Stabilendo obblighi procedimentali, in sostanza, la Corte europea può meglio assicurare che le autorità nazionali assumano decisioni maggiormente rispettose dei diritti umani, al contempo esimendosi dal definire più complessi standard sostanziali. Per altro verso, la disciplina identifica sempre più chiaramente il processo come modello generale di riferimento dell’intera attività aggiudicatoria (giudiziaria o amministrativa). Questa forma di *processualizzazione* dell’attività aggiudicatoria ha un significativo impatto di sistema: essa favorisce il superamento concettuale della tradizionale distinzione tra procedimento amministrativo (come forma della funzione amministrativa) e processo (come forma della funzione giudiziaria).

5.2 I principi cardine

Passiamo, quindi, ad esaminare i principi cardine della disciplina Cedu sul procedimento. Un primo principio è rappresentato dall’apertura del procedimento alla partecipazione degli interessati. La partecipazione rappresenta, anzi, nella maggior parte dei casi, la ragione d’essere degli stessi standard, soprattutto per quelli derivanti dalle disposizioni a carattere sostanziale. E’ assicurata da un complesso di strumenti principali, quali i) la comunicazione dell’avvio del procedimento, ii) l’accesso agli atti procedimentali rilevanti per l’assunzione della decisione finale, iii) la facoltà di presentare atti e memorie in forma scritta, iv) la facoltà di essere personalmente sentiti, v) la comunicazione della

decisione assunta. Persegue una finalità prevalentemente *difensiva* nei procedimenti aggiudicatori, nei procedimenti di rimedio avverso violazioni dei diritti Cedu, nonché in taluni procedimenti restrittivi di diritti Cedu a carattere sostanziale; una funzione anche *collaborativa* in altre categorie di procedimenti restrittivi di diritti Cedu a carattere sostanziale. Assume, infine, caratteri e intensità differenziate nelle diverse tipologie procedimentali. In termini generali, il concreto atteggiarsi del principio è scandito dalla valenza volta per volta rivestita dai due principi cardine del contraddittorio e della parità delle armi.

Un secondo principio è la terzietà degli organi decidenti. Simile principio è assicurato da un complesso di standard riconducibili ai principi i) della “previsione di legge”, che racchiude gli standard afferenti alla costituzione, alle potestà e alla sfera di competenza degli organi decidenti; ii) dell’indipendenza, che raccoglie quelli afferenti ai rapporti istituzionali e organizzativi tra organi decidenti, e ai rapporti tra questi ultimi e altre autorità pubbliche a diverso titolo coinvolte nella decisione; iii) dell’imparzialità, che assomma quelli riguardanti le condizioni personali dei componenti degli organi decidenti, e i rapporti tra questi ultimi e gli altri soggetti coinvolti. Assolve alla funzione di assicurare l’*equidistanza* dell’organo decidente rispetto ai diversi interessi coinvolti nel procedimento; nonché di assicurare il maggior grado di adeguatezza, distacco ed *equilibrio* della decisione, come per i procedimenti di affidamento dei minori, di trattamenti terapeutici, di trattamento dei dati personali. Può assumere un grado di intensità differenziata nelle diverse tipologie procedimentali, per cui sono previsti requisiti più incisivi per i procedimenti aggiudicatori; requisiti ancora molto stringenti per quelli limitativi della libertà personale, di allontanamento degli stranieri, in materia di trattamenti terapeutici; requisiti più blandi per quelli restrittivi dei diritti a carattere patrimoniale.

Un terzo principio cardine della disciplina Cedu sul procedimento è quello della trasparenza dell’attività delle autorità pubbliche. La trasparenza è, quindi, concretamente attuata attraverso un complesso di standard, quali quelli che prevedono i) l’obbligo di motivazione delle decisioni; ii) la pronuncia in pubblico o, comunque, la pubblicazione, delle decisioni; iii) l’apertura al pubblico e l’oralità delle udienze; iv) l’accesso ai documenti amministrativi; v) la pubblicazione o diffusione di atti pubblici aventi interesse

per il pubblico. Anche la trasparenza assolve, nell'economia della disciplina ultranazionale, ad alcune funzioni principali. La funzione primaria è, indiscutibilmente, quella di consentire e valorizzare l'intervento dei soggetti privati nei procedimenti. Funzione concorrente è, poi, quella di assicurare il controllo della collettività sulle attività pubbliche. In questo senso, la trasparenza permette la realizzazione dei diritti umani in due modi: in via diretta, consentendo agli interessati una partecipazione informata ed effettiva; in via indiretta, favorendo la conservazione e il consolidamento delle istituzioni e della cultura democratiche, che rappresentano la condizione essenziale per la concreta protezione dei diritti umani. Infine, la trasparenza può assumere un grado di intensità differenziata nell'ambito delle diverse tipologie procedimentali.

Un quarto principio cardine è, infine, quello della *effettività*. Simile principio trova riconoscimento in almeno quattro "luoghi". Esso, infatti, connota il "diritto ad un rimedio" avverso le violazioni dei diritti umani⁴⁶, e richiede che sussistano mezzi idonei a dare un rimedio *effettivo* a simili violazioni; riguarda "il diritto ad una decisione", e richiede che le potestà degli organi decidenti nei procedimenti aggiudicatori assicurino l'adozione e l'esecuzione *effettiva* delle decisioni; si riferisce al criterio della proporzionalità, e richiede che l'attività delle autorità pubbliche sia *effettivamente* idonea al perseguimento dei propri fini; afferisce al contenuto minimo dei diritti, e impone che le restrizioni pubbliche non ne impediscano l'*effettivo* godimento. Anche l'effettività rappresenta, quindi, un principio diffuso, che permea l'intera disciplina ultranazionale, presenta un contenuto prescrittivo comune. Esso si identifica, infatti, nell'idoneità, talvolta l'adeguatezza, dei mezzi disponibili a realizzare il fine perseguito. L'effettività presenta, pertanto, due distinte anime, in apparente conflitto tra loro. Da un lato, essa si configura come un *criterio generale* di svolgimento delle attività pubbliche, e si sostanzia nei principi di efficacia, efficienza delle attività pubbliche. Dall'altro lato, invece, essa costituisce un *limite generale*

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 13, Cedu.

di restrizione delle garanzie procedurali degli interessati, e si sostanzia nel nucleo inderogabile e incompressibile di facoltà procedurali.

5.3 *Questioni aperte e prospettive*

Passiamo, da ultimo, ad isolarne alcune questioni aperte, nonché ad individuarne possibili sviluppi futuri. Una prima questione attiene al grado di proceduralizzazione delle attività pubbliche, nonché al rapporto tra proceduralizzazione e processualizzazione. Da un lato, per quanto la disciplina ultranazionale presenti una sfera di applicabilità *generale*, gli standard tratti dai diritti Cedu a carattere sostanziale sono stati fino ad ora applicati ad un numero relativamente ridotto di tipologie procedurali. Quanto detto ha, pertanto, determinato un *difetto di proceduralizzazione* (in funzione di protezione dei diritti umani) delle attività pubbliche non aggiudicatorie. Sotto il secondo profilo, invece, sebbene gli standard sui procedimenti aggiudicatori riguardino le attività volte alla soluzione di controversie, essi trovano talvolta applicazione anche ad attività comuni, quali procedimenti autorizzatori, concessori, ecc. Il che può, per parte sua, comportare un *eccesso di processualizzazione* delle attività pubbliche sostanzialmente non aggiudicatorie.

Ne discendono due profili problematici. Per il primo, il difetto di proceduralizzazione delle attività non aggiudicatorie pregiudica la coerenza interna della stessa disciplina ultranazionale, e favorisce la indebita espansione del diritto ad un processo equo. Per il secondo, l'eccesso di processualizzazione delle attività non dirette alla soluzione di controversie rischia di aggravare inutilmente taluni procedimenti, e può mettere "sotto tensione" la stessa nozione di *procedimenti aggiudicatori*.

Altra questione riguarda, poi, la necessità di contemperare l'espansione dei diritti procedurali con l'effettività dell'azione pubblica. In termini generali, l'espansione dei diritti procedurali produce importanti benefici. Allo stesso tempo, tuttavia, una simile espansione può limitare o pregiudicare l'effettività dell'azione pubblica. Come si possono, allora, coniugare diritti procedurali ed effettività? In proposito, la Corte europea ha

seguito due strade intersecantesi, ponendo uno sbarramento. Lungo la prima, essa ha, infatti, consentito che le facoltà procedimentali possano subire *restrizioni volte ad assicurare l'effettività* dell'azione pubblica; limitando, però, contestualmente l'ammissibilità di tali restrizioni a quanto strettamente necessario per conseguire l'effettività, e fatto salvo l'obbligo di assicurare il rispetto del contenuto minimo degli stessi diritti. Lungo la seconda, essa ha, invece, riconosciuto una sorta di vero e proprio *diritto all'effettività* dell'azione pubblica, ammettendo, però, restrizioni a simile diritto volte ad assicurare, tra l'altro, proprio la tutela di facoltà procedimentali delle parti o dei terzi.

Una terza questione attiene, infine, all'esigenza di coniugare l'unitarietà della disciplina ultranazionale con la differenziazione delle discipline nazionali sul procedimento. Come attribuire unitarietà alla disciplina ultranazionale nel contesto di una incisiva diversità delle discipline nazionali? E come conservare la diversità delle discipline nazionali nella concreta applicazione di una disciplina ultranazionale unitaria? Anche a questo proposito, la Corte europea ha seguito due strade. Lungo la prima, essa ha *esplicitato* soltanto un numero relativamente contenuto di standard, perlopiù già riconosciuti negli ordinamenti, e ha elaborato simili standard in termini *neutrali* rispetto alle dogmatiche dei diversi Stati, connotandoli, al contempo, di una matrice essenzialmente *funzionale*. Lungo la seconda, invece, la Corte europea ha *graduato* il margine di apprezzamento degli Stati in funzione del grado di divergenza dei singoli ordinamenti; ha, poi, *ri-qualificato* le fattispecie nazionali alla luce della nozioni autonome ultranazionali, lasciando intatte, per quanto possibile, le dogmatiche adottate nei diversi Stati; infine, si è spesso preoccupata di restringere l'ambito di azione delle proprie pronunce ai soli Stati direttamente interessati, evitando effetti di *spill-over* normativi su altri ordinamenti.

Riguardo, infine, le prospettive di sviluppo, un primo aspetto attiene alla rilevanza giuridica negli ordinamenti nazionali ed europeo. Sebbene, infatti, in termini formali, la disciplina discenda da fonti di diritto internazionale, si potrebbe ritenere, in termini sostanziali, che essa sia venuta, ormai, a rivestire una rilevanza *anche* materialmente costituzionale. In tal senso depongono una serie di indici. Innanzitutto, la disciplina ultranazionale discende dal riconoscimento dei diritti umani, i quali rappresentano "materia costituzionale". Standard analoghi a quelli ultranazionali, inoltre, trovano ormai

affermazione anche nella giurisprudenza e nella prassi nazionali, che contribuiscono, in tal modo, ad arricchire il corpo delle “tradizioni costituzionali” degli Stati. Nella quasi generalità degli ordinamenti, poi, la disciplina ultranazionale riveste un rango, quando non costituzionale, quanto meno super-legislativa. Una volta recepiti nel diritto europeo, infine, taluni standard penetrano di nuovo negli ordinamenti sotto-ordinati.

Da quanto osservato discendono due principali conseguenze. Per la prima, la disciplina ultranazionale dovrebbe venire a identificarsi come un *parametro* (interposto) di legittimità costituzionale o europea degli atti normativi. Il che consentirebbe, peraltro, di offrire una risposta teorica alla questione in ordine alla rilevanza costituzionale del principio del giusto procedimento. Per la seconda, le stesse discipline nazionali compatibili con, o attuative de, la disciplina ultranazionale potrebbero, a loro volta, beneficiare di una sorta di effetto costituzionalizzante, tale da renderle normativamente più “resistenti” ad abrogazioni, totali o parziali, esplicite o implicite, da parte di altre fonti primarie.

Un secondo profilo attiene, poi, alla capacità di penetrazione della disciplina Cedu sui procedimenti amministrativi negli ordinamenti nazionali ed europeo. In termini generali, la disciplina in esame tende, infatti, nel breve periodo, a *recedere* rispetto alle discipline nazionali ed europee sul procedimento amministrativo. Questo avviene, spesso, in ragione della ritrosia dei giudici e dei legislatori nazionali ad accogliere indicazioni (non strettamente vincolanti) da organismi ultrastatali, soprattutto se non politicamente legittimati; nel lungo periodo, tuttavia, simile disciplina tende a *prevalere* sulle discipline, determinandone l’adeguamento. E ciò a motivo, tra l’altro, della necessità di evitare (sempre più numerose e pesanti) sanzioni pecuniarie, di salvaguardare l’immagine internazionale del paese; nonché per effetto del recepimento degli standard nell’ordinamento UE, con la seguente imposizione negli ordinamenti nazionali.

In esito alle dinamiche rappresentate, in sostanza, le discipline nazionali possono temporaneamente disallinearsi rispetto a quella ultranazionale; a lungo andare, però, simile disallineamento viene normalmente riassorbito, di solito per l’adeguamento della disciplina nazionale, talvolta anche per l’arretramento di quella ultranazionale (come è avvenuto, ad esempio, in materia di affissione del crocifisso nelle aule scolastiche, che la Corte europea

ha dapprima ritenuto incompatibile con la libertà di religione e il principio di eguaglianza, per poi identificarla, al contrario, come particolare espressione dello stesso principio di laicità). Questo fenomeno dà, pertanto, luogo ad una particolare forma di *primazia* della disciplina Cedu rispetto a quelle nazionali ed europea, che presenta taluni caratteri particolari. Resta, allora, da chiedersi se non si possa già intravedere, nella imperfetta composizione degli standard ultranazionali sui diritti umani, l'ossatura di una neonata disciplina costituzionale europea e universale dei procedimenti amministrativi.