

Frammentazione dei procedimenti amministrativi europei di settore. Verso un loro completamento unitario grazie ad una codificazione generale?

Lorenzo Saltari e Alessandra Salvato¹

SOMMARIO: 1. Premessa: l'Ue promette trasparenza, partecipazione, diritti ma solo nell'"amministrazione diretta". – 2. L'assunto fenomenologico: il diritto europeo costruisce complessi procedimenti amministrativi di diritto speciale, sovente frammentari e incompleti al punto da lasciar spazio a deficit di tutela nelle situazioni soggettive. – 2.1. L'*enforcement* del diritto europeo *antitrust* negli scambi tra le Anc e la Commissione europea. – 2.2. Situazioni di emergenza nel sistema di allarme rapido in materia di sicurezza alimentare. – 2.3. La "direzione" sovranazionale alla regolazione delle comunicazioni elettroniche. – 2.4. Zone grigie nel meccanismo di vigilanza unico nel settore bancario. – 3. L'esigenza di funzionalità del sistema amministrativo prevale sulle tutele soggettive (di accesso, di partecipazione, di motivazione, di tutela giurisdizionale tempestiva, ecc.). – 3.1. La partecipazione e la difesa è più degli Stati o dei privati? – 3.2. Coni d'ombra nelle interazioni tra Commissione europea e Anc che potrebbero comprimere le pretese difensive dei privati? – 3.3. Preclusione alla partecipazione dei privati nel momento sovranazionale comune del procedimento regolatorio? – 3.4. Criticità nell'interazione tra la Bce e le Anc: la tutela giurisdizionale è sempre assicurata? – 4. La strategia amministrativa europea è perfezionabile con l'adozione di una disciplina generale sul procedimento amministrativo? 5. Conclusioni

1. Premessa: l'Ue promette trasparenza, partecipazione, diritti ma solo nell'"amministrazione diretta"

All'art. 11 del TUE si legge che «le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e con la società civile», inoltre, «al fine di assicurare trasparenza e coerenza delle azio-

¹ Lorenzo Saltari è autore del primo, del secondo e del terzo paragrafo, limitatamente ai sottoparagrafi 3.2 e 3.3. Alessandra Salvato è autrice dei sottoparagrafi 3.1 e 3.4 del terzo paragrafo e del quarto paragrafo. Le conclusioni sono condivise da entrambi gli autori.

ni dell'UE, la Commissione procede ad ampie consultazioni delle parti interessate».

All'art. 15 del TUE, è scritto che «al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile», tanto che «qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria. Ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti, in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma».

Infine, all'art. 298 del TFUE è disposto che «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente».

Due osservazioni richiedono le disposizioni richiamate.

La prima concerne la ricercata ambiguità del diritto sovranazionale nel non distinguere nettamente tra attività normativa primaria (quella collocabile sul piano costituzionale) e l'attività amministrativa precettiva o di esecuzione puntuale (cioè quella che si trova su un livello propriamente amministrativo². I principi regolativi dell'attività genericamente si rivolgono all'attività degli organi dell'Ue quale che sia la sua specifica declinazione.

La seconda osservazione concerne il paradosso per il quale l'Ue (e le istituzioni sue antesignane) è concepita come un potere pubblico che *fait fare*³ ad imitazione di quei poteri pubblici cosmopoliti che osservano l'*indirect rule* (si pensi in specie all'impero coloniale britannico), ma poi quando il suo *higher law* definisce principi per le regole d'azione questi riguardano gli "organi e gli organismi" sovranazionali europei, vale a dire le situazioni di "amministrazione diretta" dell'Ue.

L'evoluzione concreta del diritto amministrativo europeo, tuttavia, suggerisce che il modello più sviluppato e frequente di esercizio delle politiche

² Con l'adozione del Trattato di Lisbona tale distinzione è divenuta in parte più chiara.

³ Secondo l'originaria impostazione di J. Monnet.

e di cura delle funzioni europee è ibrido o intermedio, un modello nel quale non opera un apparato sovranazionale oppure uno nazionale da solo, bensì vi è un concorso tra amministrazioni presenti nei due livelli⁴. Questo perché tendenzialmente rimane ferma l'idea che per l'esecuzione ci si debba servire delle amministrazioni nazionali; tuttavia queste ultime non sono lasciate da sole a operare. Esse, infatti, finiscono all'interno di sistemi amministrativi complessi, dove i confini che segmentano all'interno l'ordinamento europeo tendono a cadere, facendo sì che esso si mostri e operi in concreto come una realtà giuridica integrata e unitaria.

Il problema che si evidenzia nella fenomenologia, e che è il centro della presente analisi, è il seguente. Il diritto amministrativo europeo, inteso quale diritto dell'integrazione amministrativa, dà vita a procedimenti complessi, tra le cui maglie possono annidarsi vuoti legislativi. Tali carenze, il più delle volte, concernono il piano delle tutele soggettive. Infatti, le garanzie offerte dal diritto amministrativo quando l'esecuzione è diretta o quando è indiretta vi sono perché s'invera pienamente il dettato dello Stato di diritto (amministrativo). Tanto i diritti amministrativi nazionali, quanto il diritto amministrativo europeo proteggono la partecipazione, la trasparenza, la motivazione, il diritto di contraddire davanti ad un'autorità giurisdizionale una misura. Tali tutele, invece, sbiadiscono quando l'esecuzione si svolge secondo modelli ibridi.

La tesi che qui si vuole sostenere, riprendendo un ampio e fecondo filone di studi, è che tale deficit è in larga misura causato dall'assenza di una disciplina generale del procedimento amministrativo europeo che invece potrebbe avere codificato istituti e principi presenti sia nel diritto amministrativo speciale sia nella giurisprudenza del giudice europeo⁵. Tale risultato da molti auspicato, anche autorevolmente dal Parlamento europeo, è invece ostaco-

⁴ Sull'argomento si rimanda a G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

⁵ Tra i numerosi contributi sul tema della codificazione del procedimento amministrativo europeo ricordiamo J. ZILLER, *Is a Law of Administrative procedure for the Union institutions necessary?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, p. 702; E. NIETO-GARRIDO, *Possible developments of Article 298: Toward an open, efficient and independent European Administration*, in *European Public Law*, 2012, p. 373; J. SCHWARZE, *European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon*, in *European Public Law*, 2012, p. 285; P. CRAIG, *A general Law on Administrative procedure, legislative competence and Judicial Competence*, in *European Public Law*, 2013, p. 503; S. CASSESE, *Una legge sul procedimento amministrativo europeo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 1133; E. CHITI, *Adelante, con juicio: la prospettiva di una codificazione del procedimento europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 677.

lato da un atteggiamento poco incline della Commissione europea⁶. Le analisi di caso sulle quali è incentrato il presente contributo disvelano una ragione importante alla base del disfavore della istituzione di Bruxelles. Partecipazione e trasparenza, specie in alcuni frangenti procedurali, possono comprimere l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa facendo correre il rischio di un'insufficiente cura della funzione e, dunque, dell'interesse pubblico tutelato⁷. Per tale motivo si ingenera una "competizione" tra diritti e performance e una codificazione del procedimento europeo, specialmente se non trascura i moduli esecutivi ibridi, potrebbe divenire un fattore ostativo per la performance dei sistemi amministrativi comuni.

Si scopre, dunque, anche nell'ordinamento europeo un'antica e tradizionale tensione tra l'autorità e la libertà. Sotto questo profilo l'Unione europea mostra gli stessi "travagli di crescita" che hanno segnato gli Stati di diritto (amministrativo). L'aspetto singolare, discendente dalla peculiare forma di governo presente nell'Ue, è che il Parlamento, almeno in questa fase, si sta facendo alfiere delle ragioni della "libertà"⁸, mentre nell'esperienza degli Stati questo ruolo è stato interpretato prevalentemente dal giudice amministrativo sospinto dalla sua irriducibile propensione liberale. Il giudice europeo, a dover dire muovendo dal campione empirico in questo contributo prescelto, viceversa non sembra insensibile all'esigenza di dar man forte alle ragioni della performance dall'azione amministrativa. Per generalizzare quest'affermazione andrebbe estesa l'analisi in maniera molto significativa.

⁶ Si veda la posizione espressa dal vicepresidente della Commissione nell'ambito della discussione dell'8 giugno 2016 sull'adozione di un "Regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta efficace ed indipendente" (disponibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20160608&secondRef=ITEM-026&language=IT&ring=B8-2016-0685>) e la Risposta alla Risoluzione del Parlamento europeo per un'amministrazione dell'Unione europea, aperta, efficace ed indipendente adottata dalla Commissione il 4 ottobre 2016, SP(2016)613.

⁷ Cfr. C. HARLOW, *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot*, in *European Law Journal*, 1996, p. 14; G. BERTEZZOLO, *Serve una codificazione del procedimento amministrativo?*, in M. MALO-B. MARCHETTI-D. DE PRETIS (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento, 2015, pp. 71 ss.

⁸ Si vedano le due Raccomandazioni del Parlamento del 15 gennaio 2013 e del 9 giugno 2016 rispettivamente "Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi (2012/2024(INL))" e "Risoluzione per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente (2016/2610(RSP)).

Ma in questa sede, e per il momento, si vuole fornire un “indizio” che potrebbe essere il presupposto per una futura prosecuzione dell’indagine.

2. L’assunto fenomenologico: il diritto europeo costruisce complessi procedimenti amministrativi di diritto speciale, sovente frammentari e incompleti al punto da lasciar spazio a deficit di tutela nelle situazioni soggettive.

Il diritto amministrativo europeo costruisce complicati procedimenti amministrativi. Vi sono discipline di settore che regolano l’esecuzione di funzioni amministrative attratte nell’orbita sovranazionale. Tali funzioni – suggerisce la scienza giuridica – possono essere curate da apparati pubblici degli Stati membri oppure da organi e organismi dell’Ue. Si prenda l’antitrust, la sicurezza alimentare, la regolazione delle comunicazioni elettroniche, la vigilanza bancaria. In questi quattro rilevanti settori vi è una disciplina europea che definisce e uniforma la funzione e che poi indica chi fa che cosa. L’allocazione di titolarità di attribuzioni non segue un principio organizzativo preordinato, piuttosto è l’assetto che s’immagina meglio assicuri predittivamente la migliore cura della funzione e dunque la più intensa tutela degli interessi pubblici ad essa correlati.

Nelle discipline sovranazionali evocate c’è tutta amministrazione indiretta oppure tutta amministrazione diretta?

Il regolamento n. 1/2003 “decentra” alle Autorità nazionali per la concorrenza (Anc) l’enforcement dell’antitrust europeo eppure come vedremo crea un legame tra la Commissione e l’Anc che potrebbe non essere ininfluenza rispetto alla decisione che assume l’autorità nazionale.

Il regolamento n. 178/2002 chiede che siano le competenti autorità nazionali ad applicare le misure che assicurino il rispetto degli standard comuni di sicurezza alimentare (fissati da un’apposita Autorità europea). Tuttavia, non trascura di prevedere che in casi di straordinaria necessità e urgenza, per sopperire all’inerzia delle competenti amministrazioni nazionali, la Commissione possa emanare provvedimenti interdittivi.

La direttiva quadro in materia di comunicazioni elettroniche affida alle Autorità nazionali di regolazione (Anr) il compito appunto di regolare il mercato liberalizzato. Nondimeno la Commissione europea e il Berec, organo sovranazionale di settore, intervengono variamente per uniformare spe-

cialmente la regolazione asimmetrica per impedire rilevanti differenziazioni tra Stato e Stato.

Il regolamento n. 468/2014 affida alla Banca centrale europea il compito di vigilare sulle imprese di credito maggiori. Quelle minori, invece, rimangono sottoposte al potere di vigilanza della competente autorità nazionale che nel caso italiano è la Banca d'Italia. Anche qui però le linee si intersecano non poco. Nel primo caso le autorità statali sono comunque chiamate a dare assistenza alla Bce; nel secondo, la Bce può sempre decidere di sostituirsi all'autorità nazionale al verificarsi di certe condizioni.

Insomma, tra il "bianco" dell'amministrazione indiretta e il "nero" dell'amministrazione diretta il diritto europeo interpone notevoli aree grigie all'interno delle quali la disciplina positiva di settore può risultare carente. Per comprendere meglio quali possano essere, in concreto, tali deficit è utile una ricognizione più analitica della disciplina dei quattro settori selezionati. L'indagine, pertanto, prosegue in questa disamina.

2.1. L'enforcement del diritto europeo antitrust negli scambi tra le Anc e la Commissione europea

Con l'emanazione del reg. n. 1/2003 è "modernizzato" l'*enforcement* del diritto antitrust europeo. Se prima esso era appannaggio esclusivo della Commissione europea, in seguito all'entrata in vigore di questa misura «Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli artt. 81 e 82 del trattato in casi individuali. A tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, possono adottare le seguenti decisioni: ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende, penali di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale.»⁹.

Nondimeno, all'art. 7 è disposto che «Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'art. 81 o 82 del trattato, può obbligare mediante decisione, le imprese e le associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro

⁹ Art. 5, Reg.n. 1/2003. Qualora, in base alle informazioni di cui dispongono, non sussistono le condizioni per un divieto, possono anche decidere di non avere motivo di intervenire (Art. 5, Reg. n. 1/2003).

Occorre precisare che gli art. 81 e 82 Tce sono diventati rispettivamente l'art. 101 e 102 Tfu.

l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso per l'impresa interessata del rimedio strutturale. [...] Possono presentare una denuncia [...] le per persone fisiche o giuridiche che abbiano legittimo interesse e gli Stati membri».

La Commissione può adottare misure cautelari (art. 8), rendere obbligatori impegni (art. 9), svolgere indagini (artt. 17-22), comminare sanzioni (artt. 23-24), procedere all'audizione delle parti, dei ricorrenti e degli altri terzi (art. 27). Quando la Commissione esegue direttamente l'antitrust europeo rispetta le regole procedurali dettate dallo stesso reg. n. 1/2003 (con riferimento alle varie componenti nelle disposizioni prima richiamate).

La condivisione della titolarità nell'attuazione del diritto europeo della concorrenza impone che fra la Commissione e le autorità garanti nazionali degli Stati membri vi sia una «stretta collaborazione»¹⁰.

Anzitutto tale cooperazione si integra nella «facoltà di scambiare e utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese le informazioni riservate»¹¹.

In secondo luogo, «quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri agiscono ai sensi dell'art. 81 o 82 del trattato esse ne informano per iscritto la Commissione prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine. L'informazione può essere resa disponibile anche alle autorità della concorrenza degli altri Stati membri»¹².

In terzo luogo, «al più tardi 30 giorni prima dell'adozione di una decisione volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento d'esenzione per categoria, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri informano la Commissione. A tal fine esse forniscono alla Commissione una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta. Tali informazioni possono essere fornite anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Su richiesta della Commissione l'autorità garante che agisce rende

¹⁰ Art. 11, comma 1, Reg.n. 1/2003.

¹¹ Art. 12, Reg.n. 1/2003.

¹² Art. 11, comma 3, Reg.n.1/2003.

disponibili alla Commissione altri documenti in suo possesso necessari alla valutazione della pratica. Le informazioni fornite alla Commissione possono essere messe a disposizione delle autorità della concorrenza degli altri Stati membri. [...]»¹³.

In quarto luogo, «le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono consultare la Commissione su qualsiasi caso implichi l'applicazione del diritto comunitario»¹⁴.

Last but not least, «l'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli artt. 81 e 82 del trattato. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima»¹⁵.

Il richiamo puntuale e non parafrasato di queste norme mette bene in luce un assetto complesso creato dal reg. n. 1/2003. C'è l'esecuzione indiretta da parte delle autorità garanti nazionali: la novità della riforma che ha fatto parlare di decentramento dell'*antitrust* europeo. Rimane l'esecuzione diretta da parte della Commissione da eseguirsi nell'alveo delle regole e dei vincoli fissati dallo stesso reg. n. 1/2003. In più si crea una "rete" di autorità *antitrust* nazionali che possono scambiarsi informazioni. Ma l'aspetto più significativo ai fini della presente indagine è che si crea un legame o meglio una interazione necessaria tra l'autorità nazionale che agisce in funzione europea e la Commissione. Quest'ultima prima della decisione nazionale è messa nella condizione di conoscere il contenuto della decisione o della «linea d'azione proposta». A ciò va aggiunto la posizione di consiglio rispetto alle autorità nazionali «su qualsiasi caso implichi l'applicazione del diritto comunitario» cioè sempre quando questa applichi gli artt. 81 e 82 del trattato (ora art. 101 e 102 Tfe). Il cerchio si chiude col potere sostanzialmente di avocazione della Commissione che quando avvia una propria procedura neutralizza quelle nazionali in ipotesi già avviate.

Che cosa ne discende? Accanto e più importante rispetto all'esecuzione diretta o indiretta vi è un'attività comune tra le autorità nazionali e la Commissione. Le prime sentendo la Commissione prima dell'adozione di decisioni finali possono ben ricevere suggerimenti, istruzioni, consigli, orienta-

¹³ Art. 11, comma 4, Reg. n. 1/2003.

¹⁴ Art. 11, comma 5, Reg.n. 1/2003.

¹⁵ Art. 11, comma 6, Reg.1/2003.

menti, ecc. Quest'azione diciamo di indirizzo della Commissione non è mera *moral suasion* perché, come ricordato, l'istituzione di Bruxelles può esercitare il potere di sottrarre l'istruttoria all'autorità procedente.

A questo riguardo un dato empirico è interessante. Dai rapporti annualmente predisposti dalla direzione generale per la concorrenza della Commissione non risulta che tale potere dall'effetto avocativo sia stato mai esperito. C'è da supporre che la stretta interazione collaborazione tra la Commissione e le autorità nazionali abbia dato cospicui risultati.

L'art. 11 del reg. n. 1/2003 sul quale si impernia l'organizzazione dell'*European competition network* enuclea un procedimento (meglio una fase del procedimento nazionale) assoggettato in quanto tale ai principi di partecipazione, accesso e trasparenza, ricorribilità in giudizio, ecc.?

La fissità concettuale – seguita dallo stesso legislatore sovranazionale, non si sa con quanta consapevolezza – per la quale l'esecuzione è diretta o indiretta per cui le regole procedurali sono o europee (speciali) oppure quelle nazionali crea una zona d'ombra. Essa si estende su tutta la “stretta collaborazione” tra la Commissione e le autorità nazionali. Qui la disciplina europea di riforma del settore ha posto al centro il problema dell'efficienza e dell'efficacia del funzionamento del nuovo sistema di *enforcement*. L'attenzione per l'organizzazione ha fatto trascurare la protezione delle garanzie.

Se un privato è sanzionato da un'autorità nazionale anche sulla scorta di quanto ritenuto dalla Commissione può conoscere il contenuto di questo indirizzo: può accedere agli scambi tra autorità nazionale e Commissione per acquisirli ai fini della predisposizione delle più adeguate argomentazioni difensive da spendere dinnanzi al giudice nazionale al quale si è proposto ricorso?

Vedremo nel paragrafo successivo come il Tribunale dell'Ue si sia pronunciato in termini negativi rispetto a ciò.

2.2. Situazioni di emergenza nel sistema di allarme rapido in materia di sicurezza alimentare

Nel 2002, l'ordinamento europeo adotta regole comuni in materia di sicurezza alimentare (reg. n. 178/2002). Si afferma il principio di precauzione e si costituisce un'apposita Autorità europea chiamata alla definizione di standard scientifici che devono essere la base sulla quale le competenti autorità

degli Stati membri esercitano il controllo su alimenti e mangimi volto a garantire la sicurezza alimentare.

I principi e le regole generali sono comuni e informano le discipline nazionali di settore, ma il loro *enforcement*, in condizioni di normalità, è operato dalle amministrazioni nazionali (né attesa la capillarità della funzione potrebbe mai essere diversamente).

Nondimeno, anche in questo settore «è istituito sotto forma di rete un sistema di allarme rapido per la notificazione di un rischio diretto o indiretto per la salute umana dovuto a alimenti o mangimi. Ad esso partecipano gli Stati membri, la Commissione e l’Autorità»¹⁶. Ciascuno nomina «un punto di contatto, che è membro della rete. La Commissione è responsabile della gestione della rete»¹⁷.

Nella rete si condividono le misure adottate affinché tutte le autorità competenti possano replicare nell’ordinamento di competenza qualsiasi misura intesa a «limitare l’immissione sul mercato di alimenti o mangimi, o a imporre il ritiro dal commercio o dalla circolazione per proteggere la salute umana»¹⁸.

Così configurata la rete della sicurezza alimentare non rompe lo schema dell’esecuzione nazionale che si avrà nei limiti e con le tutele approntate dai diritti amministrativi degli Stati membri. Senonché il regolamento europeo ha una specifica sezione dedicata alle “situazioni di emergenza” all’interno della quale è disposto che «quando sia manifesto che alimenti o mangimi di origine comunitaria o importati da un paese terzo possano comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l’ambiente che non possa essere adeguatamente affrontata mediante misure adottate dallo Stato membro o dagli Stati membri interessati, la Commissione, agendo di propria iniziativa o su richiesta di uno Stato membro, [secondo la procedura di mediazione attivata da un apposito comitato nel quale siedono rappresentanti di tutti gli Stati membri], adotta immediatamente in funzione della gravità della situazione, una o alcune delle seguenti misure: a) nel caso di alimenti o mangimi di origine comunitaria: i) sospensione dell’immissione sul mercato o dell’utilizzazione dell’alimento in questione; ii) sospensione dell’immissione sul mercato o dell’utilizzo del mangime in questione; iii) determinazione di condizioni particolari per l’alimento o il

¹⁶ Art. 50, comma 1, Reg.n. 178/2002.

¹⁷ Art. 50, comma 1, Reg.n. 178/2002.

¹⁸ Art. 50, c. 3, lett. A, Reg.n. 178/2002.

mangime in questione; iv) qualsiasi altra misura provvisoria adeguata; b) nel caso di alimenti o mangimi importati da un paese terzo: i) sospensione delle importazioni dell'alimento o del mangime in questione da tutto il paese terzo interessato o da parte del suo territorio ed eventualmente da paese terzo di transito; ii) determinazione di condizioni particolari per l'alimento o il mangime in questione in provenienza da tutto il paese terzo interessato o da parte del suo territorio; iii) qualsiasi altra misura provvisoria adeguata»¹⁹.

Inoltre, «in casi urgenti, la Commissione può adottare in via provvisoria [le precedenti misure], previa consultazione dello Stato membro o degli Stati membri interessati e dopo averne informato gli altri Stati membri. Nel tempo più breve possibile e al più tardi entro dieci giorni lavorativi, le misure adottate sono confermate, modificate, revocate o prorogate secondo [la procedura di mediazione attivata dal comitato di cui sopra]. Le motivazioni della Commissione sono pubblicate quanto prima»²⁰.

La Commissione, dunque, in ragione dell'interesse superiore della tutela della salute umana, in situazioni di emergenza o di urgenza, esercita un potere autoritativo attraverso decisioni dirette ad incidere sulla sfera giuridica delle imprese interessate. Queste ultime sono interpellate, in un momento antecedente o successivo all'adozione della misura, così come avviene per gli Stati membri?

Si discuterà nel prossimo paragrafo di come la disciplina europea di settore risulti fortemente lacunosa proprio in relazione a quest'ultimo aspetto.

2.3. La “direzione” sovranazionale alla regolazione delle comunicazioni elettroniche

L'ordinamento europeo ha dettato la liberalizzazione delle comunicazioni elettroniche abolendo i diritti speciali ed esclusivi, che in precedenza avevano creato le condizioni del “monopolio legale”, e delineando funzioni di regolazione. Queste hanno lo scopo di tutelare i diritti universali e, ancor più rilevante, promuovere la transizione del mercato da un assetto monopolistico ad uno concorrenziale.

Le misure di regolazione, decise e applicate dalle autorità nazionali di settore, sono disposte *ex ante* (prima che si verifichi un concreto abuso di

¹⁹ Art., 53, comma 1, Reg.178/2002.

²⁰ Art. 53, comma 2., Reg.178/2002.

posizione dominante) sulla presunzione che operatori del settore dotati di “significativo potere di mercato” (smp) utilizzerebbero questa loro posizione di dominanza per impedire o, comunque, frenare l’accesso al mercato di imprese *new entrants*.

Le linee portanti della disciplina di settore sono definite dal diritto europeo il quale però prevede che vi siano autorità nazionali di regolazione a cui è demandato il compito di perseguire gli obiettivi europei di apertura e integrazione del mercato delle comunicazioni elettroniche. Dunque, riconducendo l’organizzazione al paradigma di base, essa risponde alla logica dell’amministrazione indiretta. Né, peraltro, risultano poteri, ancorché limitati e per casi eccezionali, attribuiti ad organi e organismi sovranazionali, che possano esercitare un diretto condizionamento nei confronti della sfera giuridica dei privati.

Nondimeno, anche nel settore delle comunicazioni elettroniche, l’assetto amministrativo-istituzionale è più complesso rispetto a quanto non risulti da una lettura superficiale semplificatrice.

Si accennava poc’anzi alla circostanza che le misure di regolazione *ex ante* sono indirizzabili solamente ad organismi con significativo potere di mercato. Tale potere è misurato dall’Anr con riferimento ad uno specifico mercato rilevante in applicazione di certi criteri di valutazione. Dal modo di scomporre il mercato in sotto-mercati rilevanti e dai criteri di analisi preordinati alla individuazione di situazioni di smp dipende l’estensione e l’intensità della regolazione. Ne discende ovviamente che le decisioni che incorporano questi elementi sono idonee a definire e, se del caso, modificare l’indirizzo perseguito dalla regolazione. Poiché il meta-obiettivo europeo è quello di creare un mercato interno integrato delle comunicazioni elettroniche va da sé che non vi possono essere declinazioni nazionali della “politica di regolazione”.

Ecco perché la definizione di questi aspetti cruciali per il settore non è rimessa alla competenza indiretta delle Anr, bensì è ricompresa in una complessa e articolata procedura delineata dalla cd. direttiva quadro la 2002/21/Ce, come modificata dalla direttiva 2009/140/Ce.

Tale normativa, sebbene assegni alle Anr il potere decisorio ultimo sulle misure, delinea un procedimento composto in cui sono previste diverse fasi di concertazione tra autorità nazionali, Commissione e Berec prima dell’imposizione degli obblighi. La Commissione, in particolare, non dispone di un potere di veto, ma la sua attività è sicuramente in grado di influenzare il risultato del processo decisorio.

A questo punto viene spontaneo chiedersi se sia altresì prevista la partecipazione e l'accesso degli operatori e degli altri soggetti portatori di interessi su cui ricadono le misure delle Anr. Vedremo in seguito che le consultazioni pubbliche sono ammesse esclusivamente nella fase nazionale di definizione delle misure da parte delle Anr. Al contrario, nel momento sovranazionale del procedimento, ovvero quando avvengono gli scambi tra le autorità nazionali la Commissione ed il Berc, la disciplina non prevede la partecipazione dei soggetti privati, i cui interessi, a livello europeo, rimangono non rappresentati. Quest'aspetto, che merita un approfondimento, sarà sviluppato proseguendo nell'analisi.

2.4. Zone grigie nel meccanismo di vigilanza unico del sistema bancario

Nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico (MVU) le competenze di vigilanza spettanti alla Bce e alle Anc sono attribuite sulla base della significatività dei soggetti che ricadono nell'ambito di applicazione del meccanismo stesso. In particolare, i criteri utilizzati per determinare tale significatività sono quello dimensionale, quello dell'importanza economica, quello delle attività transfrontaliere, la circostanza di avere richiesto o ricevuto assistenza finanziaria pubblica da parte del Meccanismo europeo di stabilità (MES).

La Bce è competente a esercitare vigilanza diretta sugli enti creditizi, sulle società di partecipazione finanziaria e sulle società di partecipazione finanziaria mista insediati in Stati membri partecipanti e sulle succursali di enti creditizi insediati in Stati membri non partecipanti stabilite in Stati membri partecipanti che risultano significativi²¹.

Le Anc sono responsabili della vigilanza diretta sui soggetti meno significativi, fatto salvo il potere della Bce di decidere, in casi specifici, di esercitare una vigilanza diretta su tali soggetti, ove ciò sia necessario per l'applicazione coerente degli standard di vigilanza²².

A decidere se un soggetto vigilato sia significativo è la Bce che «così stabilisce in una decisione» che «adotta nei confronti del soggetto in que-

²¹ Art. 8, comma 1, Reg.n. 468/2014.

²² Art. 8, comma 2, Reg.n. 468/2014.

stione [...] in cui sono esposti i motivi posti alla base di tale decisione»²³. Allo stesso modo è la Bce con propria decisione che decide se un soggetto vigilato cessa di essere classificato come significativo o vigilato *tout court*. Anche qui la decisione è motivata²⁴. La Bce, inoltre, può optare se esercitare la vigilanza diretta su un soggetto o un gruppo vigilato meno significativo in virtù di una propria decisione adottata ai sensi del reg. n. 1024/2013. In forza di questa decisione «ai fini del MVU, tale soggetto o gruppo vigilato meno significativo è classificato come significativo»²⁵. Prima di adottare una di queste decisioni, il regolamento europeo prevede che la Bce «si consulta con le Anc di riferimento», nonché tali decisioni sono notificate alle altre Anc²⁶.

È evidente, dunque, che il funzionamento del MVU, contempra tanto l'amministrazione diretta quanto quella indiretta, ma che vi siano anche rilevanti interazioni tra la Bce e le Anr. Ciò avviene sia quando il potere decisionale spetti alla prima sia quando sia affidato alle seconde. In altre parole, l'intera nuova disciplina di settore è largamente dedicata a costruire procedure finalizzate a consentire la "vigilanza unica" in Europa.

Quello che ci si potrebbe chiedere è se e come tali procedure si preoccupino delle istanze di tutela dei soggetti destinatari dell'azione amministrativa. Tuttavia, poiché il quadro di riferimento è molto ampio e complesso, l'analisi che seguirà si limiterà ad approfondire il profilo della tutela giurisdizionale, punto critico della disciplina.

3. L'esigenza di funzionalità del sistema amministrativo prevale sulle tutele soggettive (di accesso, di partecipazione, di motivazione, di tutela giurisdizionale, ecc.)

Nel precedente paragrafo si sono messe a fuoco le soluzioni adottate dal diritto sovranazionale europeo, il quale crea molto spesso reticoli amministrativi composti che se, per un verso, servono ad innalzare il grado di tutela dell'interesse pubblico tutelato nel sistema comune, dall'altro, lato sono di complicato funzionamento.

²³ Art. 39, comma 1, Reg.n. 468/2014.

²⁴ Art. 39, comma 2, Reg.n. 468/2014.

²⁵ Art. 39, comma 5, Reg.n. 468/2014.

²⁶ Art. 39, comma 6, Reg.n. 468/2014.

Proprio questa complessità operativa, che in alcune circostanze si fa parossistica, spinge a soluzioni semplificatrici. La principale fra queste sembra la seguente: nell'arena comune partecipano soggetti pubblici, mentre il ruolo dei privati sembra essere molto più defilato. Nel silenzio della disciplina positiva di settore, infatti, possono verificarsi vere e proprie cadute delle istanze di libertà. Se la preoccupazione è sbilanciata sull'efficienza (del momento dell'autorità) ciò può andare a detrimento dei diritti individuali di partecipazione, accesso, ecc.

Per comprendere in che misura si realizzi tale sbilanciamento, nel presente paragrafo si ripercorrerà in breve il funzionamento dei sistemi comuni precedentemente indicati al fine di individuare eventuali criticità in termini di deficit delle tutele soggettive.

3.1. Coni d'ombra nelle interazioni tra Commissione europea e Anc che potrebbero comprimere le pretese difensive dei privati?

Abbiamo visto che il reg. 1/2003 affida l'interesse della tutela della concorrenza sia alla Commissione che alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, predisponendo un articolato sistema di scambi informativi in funzione della cooperazione e del coordinamento tra i soggetti che partecipano alla regolazione.

Alle seconde, in particolare, compete l'applicazione degli artt. 101 e 102 Tfeue ai casi individuali, mediante decisioni adottate a conclusione di procedimenti nazionali svolti in funzione comunitaria e disciplinati dalla normativa interna, oltre che da quella sovranazionale²⁷.

Alla Commissione, invece, sono attribuiti i poteri e le garanzie che assicurano il rispetto e l'applicazione uniforme del diritto europeo in materia di concorrenza²⁸. Per essa, quando agisce nell'ambito dell'esecuzione diretta²⁹, il legislatore comunitario ha previsto dei vincoli.

²⁷ La disciplina sovranazionale si limita ad indicare quali azioni possono compiere le autorità garanti della concorrenza (ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni; comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale). I procedimenti nazionali in materia di concorrenza sono invece disciplinati dalla L. 287/90, dal D.P.R. n. 217/98, ed in materia residuale dalla l. 241/90.

²⁸ Si pensi a quanto disposto al comma 6 dell'art. 11: «L'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le au-

Innanzitutto, la Commissione «dà modo alle imprese e associazioni di imprese, oggetto del procedimento avviato dalla Commissione, di essere sentite relativamente agli addebiti su cui essa si basa»³⁰ prima di adottare una decisione nei loro confronti. La Commissione, più specificatamente, «basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizione di essere sentite»³¹. Inoltre, «nel corso del procedimento sono pienamente garantiti i diritti di difesa delle parti interessate», le quali «hanno diritto d'accesso al fascicolo della Commissione»³².

Fin qui, il regolamento richiama quel complesso di principi generali elaborati inizialmente dal giudice europeo in funzione della tutela dei privati e successivamente indicati dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali quale presupposto di buona amministrazione. Tuttavia, i limiti posti al diritto di accesso dalla disciplina europea riguardo i procedimenti *antitrust* sono considerevoli.

In primo luogo, infatti, è preservato «il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali»³³. Ciò significa che nel caso in cui i documenti per cui è richiesto l'accesso contengano informazioni riguardanti le attività commerciali di un'impresa la cui divulgazione possa causare alla stessa un grave danno³⁴, il diritto di accesso può essere legittimamente negato o concesso solo parzialmente.

In secondo luogo, «sono esclusi dal diritto di accesso le informazioni riservate e i documenti interni della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri», nonché «gli scambi di corrispondenza fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o

torità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima».

²⁹ Ovvero quando dà avvio ad un procedimento *antitrust* o quanto esercita il potere di avocazione.

³⁰ Art. 27, comma 1, Reg.1/2003.

³¹ Art. 27, comma 1, Reg.n. 1/2003.

³² Art. 27, comma 2, Reg.n. 1/2003.

³³ Art. 27, comma 2, Reg.n. 1/2003.

³⁴ Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio (2005/C 325/07), punto 18.

fra queste ultime»³⁵. Dunque, gli scambi di informazioni previsti dall'art. 11 del reg. 1/2003 al fine di consentire il coordinamento tra Commissione e autorità nazionali *antitrust* vengono *de iure* considerati riservati e sottratti all'accesso da parte dei soggetti interessati, a prescindere dal loro contenuto.

Si crea pertanto un'ampia zona d'ombra all'interno della quale si registra un'evidente caduta della legalità sostanziale. Il più delle volte, infatti, le misure adottate si informano in parte maggiore o minore su tali interazioni, le quali rimangono fuori dal procedimento conoscibile perché riflesse nelle motivazioni o perché oggetto di una richiesta di accesso ai documenti. Evidentemente la riservatezza degli scambi rende l'interazione pervia ed efficace. Le informazioni vengono condivise solo in quanto vi è garanzia che rimarranno confidenziali.

Tuttavia, le esigenze di funzionalità sino a che punto possono prevalere sulle altre?

Il Tribunale si è pronunciato recentemente sull'argomento nell'ambito di una controversia tra l'Unión de Almacenistas de Hierros de España e la Commissione per l'annullamento della decisione di quest'ultima con la quale era stato negato alla ricorrente l'accesso a determinati documenti relativi alla corrispondenza intercorsa tra la Commissione e la Comisión Nacional de la Competencia (CNC, autorità nazionale spagnola garante della concorrenza), riguardo a due procedimenti nazionali avviati da quest'ultima ai sensi dell'art. 101 Tfeue³⁶.

A tal proposito il giudice europeo ha precisato che «il regolamento n. 1/2003 mira, in particolare, a garantire la riservatezza delle informazioni e il rispetto del segreto d'ufficio nei procedimenti di applicazione dell'articolo 101 TFUE e ciò, in particolare, nell'ambito del meccanismo d'informazione istituito in seno alla rete di pubbliche autorità che applicano le norme dell'Unione in materia di concorrenza»³⁷. Obiettivo diverso ed opposto rispetto a quello perseguito dal regolamento n. 1049/2001, «il quale mira a rendere agevole quanto più possibile l'esercizio del diritto di accesso ai documenti, nonché a promuovere le corrette prassi amministrative garantendo la maggior trasparenza possibile del processo decisionale delle pubbliche autorità nonché delle informazioni sulle quali si basano le loro decisioni»³⁸.

³⁵ Art. 27, comma 2, Reg.1/2003.

³⁶ Tribunale, 12 maggio 2015, causa T-623/13, EU:T:2015:268.

³⁷ Punto 60.

³⁸ Punto 62.

Ed aggiunge che l'obiettivo del reg. 1/2003 «è giustificato, in particolare, dal fatto che, in tali procedimenti, sono presenti informazioni commerciali eventualmente riservate come ricordato dal considerando 32 del regolamento n. 1/2003, secondo cui «(p)ur garantendo i diritti di difesa delle imprese interessate, e in particolare il diritto di accesso al fascicolo, è al tempo stesso indispensabile tutelare il segreto aziendale»³⁹. Pertanto «il buon funzionamento del meccanismo dello scambio d'informazioni, istituito in seno alla rete di pubbliche autorità che applicano le norme dell'Unione in materia di concorrenza, implica che le informazioni così scambiate rimangano confidenziali. Se chiunque fosse in grado, sulla base del regolamento n. 1049/2001, di accedere ai documenti comunicati alla Commissione dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, la garanzia della tutela rafforzata riconducibile alle informazioni trasmesse, su cui si basa tale meccanismo, sarebbe posta in discussione»⁴⁰.

Da queste considerazioni il giudice europeo fa derivare l'assoluta prevalenza dell'interesse al funzionamento del sistema sul diritto soggettivo all'accesso ai documenti utili per propria difesa, negando l'annullamento della decisione controversa.

3.2. La partecipazione o la difesa è più degli Stati o dei privati?

La normativa sovranazionale in tema di sicurezza nazionale stabilisce i principi ed i requisiti generali della legislazione alimentare e gli obblighi generali del commercio in materia, in modo che alla disciplina unitaria possa corrispondere l'omogenea attuazione delle regole e dei principi da parte degli Stati membri, mediante i propri apparati scientifici e amministrativi.

Tuttavia, al palesarsi di "situazione di emergenza" la cura della funzione di tutela della sicurezza alimentare può risalire sussidiariamente al livello sovranazionale: in questi casi la Commissione diviene titolare di un articolato potere d'intervento che si traduce in provvedimenti, sebbene variamente modulabili, ablativi. In questa peculiare evenienza il diritto europeo si preoccupa che la decisione sovranazionale sia "condivisa" dai rappresentanti degli Stati membri nel comitato titolare della procedura di mediazione.

³⁹ Punto 61.

⁴⁰ Punto 78.

Tale “mediazione tra tutti gli interessi nazionali” nei casi di urgenza (che evidentemente è una situazione di pericolosità più intensa rispetto alla “emergenza”) è rinviata ad un momento successivo all’adozione della misura, che nondimeno rimane oggetto di una “consultazione” con lo Stato o gli Stati membri interessati.

Evidentemente, nella logica adottata dal reg. n. 178/2002 le misure adottate dalla Commissione in situazioni di emergenza o di urgenza penalizzano l’interesse di uno Stato membro al punto tale che a un suo rappresentante è dato modo di far sentire la sua voce e, quindi, in ipotesi, consentendo una modifica della originaria decisione.

Al contrario, per le imprese private i cui interessi vengono colpiti dalla misura interdittiva, e che quindi astrattamente avrebbero titolo ad intervenire, partecipare, sapere, non è prevista alcun intervento nel procedimento.

Chiaramente la preoccupazione principale del diritto europeo è che la sicurezza alimentare sia efficacemente tutelata, specie nelle situazioni di emergenza (si vuole evitare il ripetersi della crisi della “mucca pazza”). Al verificarsi di questa condizione le amministrazioni nazionali possono essere sostituite dalla Commissione europea che, in un sistema organizzativo a prevalente “amministrazione indiretta”, diventa titolare di un eventuale ma incisivo potere di “amministrazione diretta”. Lo sbilanciamento del potere di *enforcement* a favore del livello sovranazionale produce una reazione istituzionale: la Commissione deve motivare e concertare la sua decisione con i rappresentanti degli Stati.

L’interesse dei privati *uti singuli*, e non come pezzo di un sistema-paese che fa leva su un determinato settore economico, semplicemente non è preso in considerazione.

Anche qui lo sbilanciamento in favore dell’efficienza e dell’efficacia del modello organizzativo – esso funziona solo se gli Stati non ne sono spaventati – si ripercuote sulle altre esigenze di tutela: quelle delle singole imprese del settore alimentare e della nutrizione animale che rimangono esclusi da un procedimento che li riguarda direttamente.

3.3. Preclusione alla partecipazione dei privati nel momento sovranazionale comune del procedimento regolatorio?

Con il pacchetto di direttive sulle comunicazioni elettroniche si è passati da un regime di monopolio alla liberalizzazione del settore delle telecomu-

nicazioni. Nel nuovo contesto, le funzioni regolatorie sono state attribuite alle autorità nazionali di regolamentazione, secondo lo schema dell'esecuzione indiretta. La direttiva quadro (dir. 2002/21/Ce, come modificata dalla 2009/140/Ce), nello specifico, ha definito tali funzioni istituendo, al contempo, alcune procedure atte a garantire l'applicazione armonizzata della disciplina, con il coinvolgimento della Commissione, espressione dell'interesse sovranazionale, e degli altri attori della rete.

Nella disposizione dedicata al "Consolidamento del mercato interno delle comunicazioni elettroniche", per l'appunto, è stabilito che «Le autorità nazionali di regolamentazione, nell'esercizio delle funzioni indicate nella presente direttiva e nelle direttive particolari, tengono nella massima considerazione gli obiettivi di cui all'articolo 8, nella misura in cui concernono il funzionamento del mercato interno. Le autorità nazionali di regolamentazione contribuiscono allo sviluppo del mercato interno lavorando insieme e con la Commissione e con il BEREC in modo trasparente al fine di assicurare la piena applicazione, in tutti gli Stati membri, delle disposizioni della presente direttiva e delle direttive particolari. A tale scopo lavorano in particolare con la Commissione e il BEREC per individuare i tipi di strumenti e le soluzioni più adeguate da utilizzare nell'affrontare determinati tipi di situazioni nel contesto del mercato»⁴¹.

Inoltre, nel caso in cui una Anr «intenda adottare una misura che: a) rientri nell'ambito di applicazione delle misure [sull'accesso alla rete]; e b) influenzi gli scambi tra Stati membri, essa rende contemporaneamente accessibile il progetto di misura alla Commissione, al BEREC e alle autorità nazionali di regolamentazione di altri Stati membri, insieme alla motivazione su cui la misura si basa [...], e ne informa la Commissione, il BEREC e le altre autorità nazionali di regolamentazione. Le autorità nazionali di regolamentazione, il BEREC e la Commissione possono trasmettere le proprie osservazioni all'autorità nazionale di regolamentazione di cui trattasi entro il termine di un mese. Il periodo di un mese non può essere prorogato» (art. 7, c. 3).

Quando la misura prevista predisposta da una Anr «mira a: a) identificare un mercato rilevante differente da quelli previsti dalla raccomandazione [della Commissione]; oppure b) decidere sulla designazione o meno di imprese che detengono, individualmente o congiuntamente ad altre, un potere di mercato significativo [...]; e tale misura influenzi gli scambi commerciali

⁴¹ Art. 7, comma 1 e 2, dir. 2002/21/Ce.

tra Stati membri e la Commissione ha comunicato all'autorità nazionale di regolamentazione che il progetto di misura creerebbe una barriera al mercato unico o dubita seriamente della sua compatibilità con il diritto comunitario e in particolare con gli obiettivi [comuni], il progetto di misura non può essere adottato per ulteriori due mesi. Tale periodo non può essere prolungato. La Commissione informa in tal caso le altre autorità nazionali di regolamentazione delle sue riserve» (art. 7, c. 4).

Entro i due mesi di sospensione «la Commissione può: a) adottare una decisione con cui si richieda ad un'autorità nazionale di regolamentazione interessata di ritirare il progetto di misura; e/o b) decidere di sciogliere le sue riserve in relazione ad un progetto di misura [...]. Prima di adottare una decisione, la Commissione considera con la massima attenzione il parere del BEREC. La decisione è accompagnata da un'analisi dettagliata e obiettiva dei motivi per i quali la Commissione considera che il progetto di misura non debba essere adottato, congiuntamente a proposte specifiche volte a modificare il progetto di misura» (art. 7, c. 5).

Nella circostanza in cui la Commissione eserciti il potere di veto del quale si è detto poc'anzi, cioè ha imposto ad una Anr di ritirare un progetto di misura, questa «lo modifica o lo ritira entro sei mesi dalla data della decisione della Commissione. Se il progetto di misura è modificato, l'autorità nazionale di regolamentazione avvia una consultazione pubblica secondo le procedure [di *notice and comment* interno] di cui all'articolo 6 e notifica nuovamente il progetto di misura modificato alla Commissione [...]» (art. 7, c. 6).

L'Anr interessata deve tenere «nella massima considerazione le osservazioni delle altre autorità nazionali di regolamentazione, del BEREC e della Commissione e può, salvo nei casi di cui al paragrafo 4 e al paragrafo 5, lettera a), adottare il progetto di misura risultante e, in tal caso, lo comunica alla Commissione» (art. 7, c. 7) e «comunica alla Commissione e al BEREC tutte le misure definitive adottate» (art. 7, c. 8).

In circostanze straordinarie l'autorità nazionale di regolamentazione, ove ritenga che sussistano urgenti motivi di agire onde salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti, in deroga alla procedura di [consultazione esterna], può adottare immediatamente adeguate misure temporanee. Essa comunica senza indugio tali misure, esaurientemente motivate, alla Commissione, all'altra autorità nazionale di regolamentazione e al BEREC. La decisione dell'autorità nazionale di regolamentazione di rendere tali misure permanenti o di estendere il periodo di tempo in cui siano applicabili è

soggetta [alle osservazioni della Commissione, del Berc e delle altre Anr]» (art. 7, c. 9).

Come si evince da questa disciplina le scelte regolatorie più delicate sono sottoposte ad una “consultazione esterna” nel senso di sovranazionale. Tale procedura può essere incisivamente condizionante. Tali scelte producono effetti diretti o anche indiretti nei confronti degli operatori del settore, i quali evidentemente hanno interesse rispetto a come questa consultazione si svolge. Nondimeno gli operatori e gli altri soggetti portatori di interessi sono “sentiti” solo nella consultazione interna: la procedura di *notice and comment* che precede la definizione della bozza di misura che poi sarà sottoposta alla consultazione esterna. In altre parole, nel momento dialettico nel quale si delineano le decisioni di politica di regolazione sono presenti le autorità nazionali in quanto tali o rappresentate nel Berc e la Commissione europea.

Partecipazione, accesso e trasparenza, *judicial review* rispetto a questo passaggio procedimentale non sono disciplinati e, quindi, non sono garantiti. Possiamo allora concludere che, ancora una volta, l’obiettivo di avere un’unità europea della regolazione, condizione essenziale per la creazione di un mercato interno integrato, prevale e oscura le possibili istanze di tutela soggettiva di imprese, associazioni di utenti, altri stakeholder, ecc.

3.4. Criticità nell’interazione tra la Bce e le Anc: la tutela giurisdizionale è sempre assicurata?

Abbiamo visto che il MUV disegna un peculiare sistema di gestione dei poteri amministrativi⁴² basato su modelli procedimentali complessi riconducibili sia allo schema dell’esecuzione diretta, sia a quello dell’esecuzione indiretta, sia al modello ibrido.

Il reg. 1023/2013, nello specifico, assegna alla Bce una serie di competenze esclusive⁴³, mentre le Anr per un verso continuano ad assolvere ai compiti non riservati a quest’ultima; per altro verso sono incaricate di assistere la Bce nella preparazione e nell’attuazione degli atti inerenti alle sue mansioni vigilanza⁴⁴.

⁴² Così M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 986.

⁴³ Art. 4, Reg.n. 1024/2013.

⁴⁴ Art. 6, Reg.n. 1024/2013.

Quando la Bce adotta decisioni di vigilanza, la normativa prevede una serie di garanzie procedurali. Per prima cosa «prima di prendere decisioni in materia di vigilanza ai sensi dell'articolo 4 e del capo III, sezione 2, la Bce concede alle persone interessate dal procedimento la possibilità di essere sentite. La Bce basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizione di essere sentite». Ciò tuttavia «non si applica qualora sia necessario intraprendere un'azione urgente al fine di impedire danni significativi al sistema finanziario. In tal caso, la Bce può adottare una decisione provvisoria e quanto prima possibile dopo averla adottata dà alle persone interessate la possibilità di essere sentite»⁴⁵. In secondo luogo, «nel corso del procedimento sono pienamente garantiti i diritti della difesa delle persone interessate. Esse hanno diritto d'accesso al fascicolo della BCE, fermo restando il legittimo interesse di altre persone alla tutela dei propri segreti aziendali. Il diritto di accesso al fascicolo non si estende alle informazioni riservate»⁴⁶. Infine, vi è il generale obbligo di motivazione delle decisioni.

I medesimi diritti sono sanciti, sempre con riferimento all'attività decisoria della Bce⁴⁷ e in modo ancor più accurato, agli artt. 31, 32 e 33 dal reg. n. 468/2014 che ha istituito il quadro di cooperazione tra la Bce e le autorità nazionali designate.

Nonostante l'indicativa ripartizione di competenze, infatti, la Bce e le Anr lavorano per lo più in stretta cooperazione⁴⁸ al fine di assicurare il funzionamento di un sistema che necessita di una continua interazione tra i due livelli per realizzare lo scopo dell'unità dell'azione di vigilanza.

Da un lato, infatti, alcuni compiti assegnati alla Bce presuppongono un'attività di assistenza da parte delle autorità nazionali che può sfociare in forme di partecipazione al processo decisionale di importanza significativa; da un altro lato, le Anr, seppur negli ambiti di propria competenza prendano decisioni che presuppongono un ampio margine di discrezionalità, sono tenute ad agire in conformità dei regolamenti, delle istruzioni e degli orienta-

⁴⁵ Art. 22, Reg.n. 1024/2013.

⁴⁶ Art. 22, Reg.n. 1024/2013.

⁴⁷ L'attività delle Anr rimane sottoposta al rispetto delle garanzie procedurali previste dalla legislazione interna.

⁴⁸ La BCE e le ANC sono tenute a cooperare in buona fede e scambiarsi informazioni (art. 20 del Reg.n. 468/2014).

menti impartiti dalla Bce al fine di assicurare l'omogeneità dell'applicazione delle regole europee.

Si pensi, ad esempio, alla procedura di autorizzazione per cui l'Anr che riceve una domanda di autorizzazione all'accesso all'attività da parte di un ente creditizio che intenda stabilirsi in uno Stato membro partecipante deve notificare alla Bce la ricezione di tale domanda entro 15 giorni lavorativi, informandola del termine entro il quale deve essere adottata e notificata al richiedente una decisione sulla domanda, in conformità al pertinente diritto nazionale⁴⁹. Sarà la stessa Anr a valutare se il richiedente soddisfa tutte le condizioni per l'autorizzazione previste dal diritto nazionale dello Stato membro di appartenenza e a rigettare le domande che non soddisfano le condizioni per l'autorizzazione previste dal diritto nazionale, inviando copia della loro decisione alla Bce. Qualora invece l'Anr ritenga che la domanda soddisfi tutte le condizioni per l'autorizzazione previste dal diritto nazionale, essa predispose un progetto di decisione in cui propone che la Bce conceda al soggetto l'autorizzazione all'accesso all'attività di ente creditizio⁵⁰.

La Bce valuta «la domanda sulla base delle condizioni per l'autorizzazione stabilite dal pertinente diritto dell'Unione. Se ritiene che tali condizioni non siano rispettate, la Bce dà al richiedente la possibilità di presentare commenti scritti sui fatti e sugli addebiti inerenti alla valutazione [...]»⁵¹. La Bce adotta infine «una decisione sul progetto di decisione di autorizzazione ricevuto dalla Anr entro dieci giorni lavorativi [...]. Tale decisione può suffragare il progetto di decisione di autorizzazione e, dunque, concedere l'autorizzazione, ovvero opporsi al progetto di decisione di autorizzazione. La Bce fonda la decisione sulla propria valutazione della domanda, del progetto di decisione di autorizzazione e dei commenti formulati dal richiedente [...]. Se la Bce non adotta una decisione entro il termine di cui al paragrafo 1, il progetto di decisione di autorizzazione predisposto dall'Anr si intende adottato»⁵².

⁴⁹ Art. 73, Reg.n. 468/2014.

⁵⁰ L'Anr, inoltre, «si assicura che il progetto di decisione di autorizzazione sia notificato alla Bce e al soggetto richiedente almeno 20 giorni prima della fine del periodo massimo per la valutazione fissato dal pertinente diritto nazionale» Art. 76, comma 2, Reg.n. 468/2014.

⁵¹ Art. 77, Reg.n. 468/2014.

⁵² Art. 78, Reg.n. 468/2014.

Il rilascio delle autorizzazioni, pertanto, rientra nell'ambito delle competenze esclusive della Bce ma necessità di un'attività istruttoria preliminare svolta dalle Anr in grado di condizionare il risultato finale della procedura.

Al contrario, la vigilanza sui soggetti meno significativi è affidata alle Anr, ma la Bce «emana regolamenti, orientamenti o istruzioni generali rivolti alle autorità nazionali competenti in base ai quali sono eseguiti i compiti [di assistenza] definiti nell'articolo 4, ad esclusione del paragrafo 1, lettere a) e c), e le decisioni di vigilanza sono adottate dalle autorità nazionali competenti»⁵³. La Bce, inoltre, adotta un regolamento quadro chiamato a disciplinare le modalità con cui le Anr dovranno notificarle preventivamente le procedure di vigilanza e valutare, su sua richiesta, aspetti specifici del caso trasmettendogli progetti di decisione concreta su cui potrà esprimere un'opinione.

È disposto, infatti, che «al fine di consentire alla BCE di esercitare una sorveglianza sul funzionamento del sistema [...] le Anr forniscono alla Bce informazioni relative a procedure rilevanti di vigilanza delle Anr concernenti soggetti vigilati meno significativi. La Bce detta criteri generali per determinare quali informazioni sono notificate e relativamente a quali soggetti vigilati meno significativi, in particolare tenendo conto della situazione di rischio e dell'impatto potenziale sul sistema finanziario nazionale dei soggetti interessati. Le informazioni sono fornite dalle Anr anteriormente o, in casi urgenti debitamente giustificati, contemporaneamente all'avvio di una procedura»⁵⁴.

Inoltre, le Anr «invisano alla Bce progetti di decisioni di vigilanza [...] quanto tali progetti riguardano i soggetti vigilati meno significativi in relazione ai quali la Bce ritiene che, sulla base dei criteri generali definiti dalla Bce concernenti la loro situazione di rischio e l'impatto potenziale sul sistema economico nazionale, tali informazioni debbano esserle notificate. [...] Le Anr invisano alla Bce i progetti di decisione almeno dieci giorni prima della data prevista per l'adozione della decisione e questa esprime il proprio parere sul progetto di decisione entro un termine ragionevole antecedente alla data di prevista adozione della decisione»⁵⁵.

Prima di adottare una decisione, dunque, le Anr devono obbligatoriamente consultare la Bce al fine di consentirle di esercitare una sorveglianza ge-

⁵³ Art. 6, comma 5, Reg.n. 1024/2013.

⁵⁴ Art. 97, Reg.n. 468/2014.

⁵⁵ Art. 98, Reg.n. 468/2014.

nerale sul funzionamento del MVU. Inoltre quest'ultima, con propria decisione, può in qualsiasi momento avocare a sé i poteri delle Anr assoggettando alla propria vigilanza diretta una o più istituti di credito considerati meno rilevanti⁵⁶. L'attività delle Anr è quindi sottoposta ad obblighi consultivi che si sostanziano in un controllo preventivo che può sfociare nell'esercizio da parte della Bce di un potere sostitutivo.

Orbene, la previsione di procedimenti composti anche laddove la normativa opera una precisa ripartizione di competenze può comportare alcune problematiche relative al piano della tutela giurisdizionale dei destinatari delle decisioni (adottate nel contesto de MVU). A seconda dei casi, infatti, può non esservi corrispondenza fra la titolarità del potere e la totale responsabilità dell'atto, la quale risulta il più delle volte condivisa.

Un primo problema, su cui non occorre dilungarsi perché già noto, è perciò quello tipico dei procedimenti composti sull'impugnabilità degli atti endoprocedimentali o dei pareri su cui sono basate le decisioni finali. Un secondo riguarda, invece, queste ultime e le rispettive giurisdizioni competenti⁵⁷.

Nel caso degli atti della Bce, l'autorità giudiziaria competente sarà la Corte di giustizia, che si troverà così a giudicare anche dell'applicazione delle regole (sia nazionali che europee) da parte di amministrazioni nazionali, oltre che da quelle sovranazionali⁵⁸ (e anche dei provvedimenti adottati dalla Bce in base al diritto nazionale di trasposizione del diritto europeo), pur non avendone forse le competenze in termini di preparazione necessaria, soprattutto con riferimento alle normative statali.

Avverso le decisioni delle Anr, invece, i soggetti danneggiati potranno ricorrere dinanzi ai giudici nazionali, sulla base delle norme interne, con giudizi che saranno contrassegnati dai differenti regimi di responsabilità previsti per le Anr nei vari stati membri. Il rischio è di una marcata eterogeneità degli esiti giudiziari, e dunque di una notevole disomogeneità nella tutela giurisdizionale, soprattutto con riferimento ai casi in cui la disciplina nazionale preveda consistenti limitazioni di responsabilità.

⁵⁶ Art. 6, comma 5, Reg.n. 1024/2013.

⁵⁷ Si veda F. CIRAULO, *Il regolamento Ue n. 1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea. Prime riflessioni*, in *Amministrazioni in cammino*, disponibile all'indirizzo www.amministrazioneincammino.luiss.it/.../Ciraolo_Unione-bancaria.pdf · PDF file.

⁵⁸ Così L. TORCHIA, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 11 ss.

Ne risulta un sistema particolarmente contorto, in cui l'esigenza di funzionamento del MVU si è tradotta nella costruzione di articolati procedimenti compositi nei quali le ampie garanzie procedurali previste dalla normativa europea (per il momento sovranazionale del procedimento) non hanno azzerato la possibilità che vi siano ugualmente aree grigie in cui la tutela delle situazioni soggettive, in questo caso quella giurisdizionale, può risultare particolarmente complessa.

4. La strategia amministrativa europea è perfezionabile con l'adozione di una disciplina generale sul procedimento?

L'analisi fin qui svolta ha evidenziato un limite comune delle discipline settoriali: queste, il più delle volte, risultano sbilanciate a favore della *performance* del sistema, affrontando in modo frammentario e lacunoso (o tralasciando del tutto) la questione della tutela degli interessi dei destinatari delle decisioni amministrative. Talvolta le normative europee limitano i diritti dei singoli per assicurare al meglio la cura dell'interesse pubblico per cui sono pensate: così avviene nel diritto della concorrenza che esclude dall'accesso agli scambi tra la Commissione e le Autorità antitrust nell'ambito delle attività istruttorie; altre volte, accordano garanzie ai privati esclusivamente nelle ipotesi di amministrazione diretta, come il reg. n. 1024/2013 in materia di vigilanza bancaria.

Nell'uno e nell'altro caso, ogni qual volta i procedimenti divengono composti (e complessi), le interazioni tra amministrazioni sovranazionali e nazionali articolate, le decisioni condivise, la disciplina europea si mostra carente, al pari di quella nazionale. In queste "zone grigie", caratterizzate dall'assenza di normazione o dalla scarsa trasparenza delle procedure di cooperazione, si realizzano i deficit di tutela che abbiamo registrato: accesso, partecipazione, tutele giurisdizionali sono negati.

Si è così fatto strada, già dagli anni 80' del ventesimo secolo, un filone di studi favorevole alla codificazione della disciplina generale del procedimento, tesa a supplire alle lacune delle discipline settoriali e volta a predisporre un substrato comune di regole e principi, di origine giurisprudenziale o estrapolati dalla legislazione speciale, sui doveri e i diritti dell'amministrazione europea e dei singoli nell'ambito dei procedimenti amministrativi di rilevanza comunitaria. È stato solo con l'adozione del Trattato di Lisbona, però, che la comunità scientifica e il Parlamento euro-

peo, hanno presentato delle vere e proprie proposte di regolamento sull'attività amministrativa europea, accogliendo il nuovo art. 298 Tfeue quale base giuridica idonea a legittimare l'intervento normativo⁵⁹.

Si tratta, tuttavia, di una norma controversa che per un verso affronta finalmente in maniera espressa la questione amministrativa, intesa quale modo di operare delle amministrazioni per garantire i diritti e l'attuazione delle regole sovranazionali; per altro verso si presta a diverse interpretazioni e, di conseguenza, ad avere un ambito di applicazione più o meno ampio.

L'art. 298 Tfeue, al primo comma, dispone che «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente». Ad assicurare che l'amministrazione europea si basi su questi principi, il secondo comma prevede che il Parlamento ed il Consiglio dettino apposite disposizioni con regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria.

Orbene, la disposizione può essere letta in almeno due modi⁶⁰:

- 1) una prima interpretazione consentirebbe al Parlamento ed al Consiglio di adottare regolamenti con procedura legislativa ordinaria applicabili all'organizzazione amministrativa interna delle istituzioni, organi ed organismi, nonché alla cooperazione tra questi vari attori amministrativi, e ai rapporti esterni tra queste autorità e i cittadini o altri destinatari pubblici o privati dell'azione amministrativa.
- 2) una seconda lettura consentirebbe di effettuare una distinzione tra le «istituzioni, organi ed organismi dell'Unione» e il concetto di «amministrazioni europea»: le prime, intese quali amministrazioni

⁵⁹ Il Parlamento europeo, per primo, ha adottato una Risoluzione nel gennaio 2013 in cui invitava la Commissione alla presentazione di una proposta legislativa basata su sei Raccomandazioni allegate ed estremamente sintetiche. Il gruppo di studiosi ReNEUAL, invece, ha dato vita ad un vero e proprio Codice strutturato in sei Libri, in cui sono disciplinati non soltanto i procedimenti di *adjudication*, ma anche i procedimenti di *rulemaking*, quelli che conducono alla stipula di contratti, le procedure relative alla mutua assistenza ed allo scambio di informazioni tra amministrazioni. Un'ultima proposta è pervenuta da un gruppo di studiosi che ha condensato in un articolato con una trentina di disposizioni le norme sulle varie fasi dei procedimenti amministrativi come tradizionalmente intesi. Il Parlamento ha ripreso integralmente il testo di quest'ultima proposta nella Risoluzione del 9 giugno 2016.

⁶⁰ Una terza lettura vedrebbe nella norma una base legale per la regolamentazione delle procedure interne delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione europea, mentre risulterebbe preclusa la regolamentazione dei procedimenti esterni. Essa, tuttavia, sarebbe da escludersi in quanto sembrerebbe incompatibile con i materiali dei lavori preparatori della Convenzione europea per il futuro dell'Europa e non aggiungerebbe nulla rispetto alla possibilità di adottare regolamenti interni per il personale già prevista all'art. 336 Tfeue.

organizzate a livello europeo, devono avere il supporto di un'amministrazione europea aperta efficace ed indipendente, la quale, tenuto conto della molteplicità dei vari organi amministrativi coinvolti nell'attuazione del diritto europeo, comprende non solo la burocrazia europea *stricto sensu* ma anche le amministrazioni nazionali quando operano per dare applicazione al diritto dell'Unione europea⁶¹.

Le proposte di regolamento elaborate nelle sedi istituzionali e scientifiche hanno tutte accolto l'interpretazione più cauta, ad eccezione del gruppo di lavoro ReNEUAL il quale ha sapientemente scelto di applicare il suo Codice anche alle amministrazioni nazionali, ma limitatamente ai libri dedicati alla mutua assistenza e agli scambi di informazioni tra il livello sovranazionale e quello nazionale.

Tuttavia, l'analisi fenomenologica ha dimostrato che sarebbe davvero di scarsa utilità una disciplina generale del procedimento applicabile ai soli casi di amministrazione diretta, in quanto una simile misura risulterebbe particolarmente utile proprio nei moduli amministrativi ibridi o composti. Non solo perché l'attuazione delle norme europee è principalmente demandata alle amministrazioni nazionali, che nei sistemi comuni agiscono di concerto con soggetti sovranazionali e organi misti, ma soprattutto perché è nell'ambito della cooperazione tra autorità sovranazionali e amministrazioni nazionali che la normativa europea evidenzia maggiori carenze quanto alle garanzie accordate ai singoli. L'analisi sulla normativa settoriale ha mostrato che l'approccio costantemente seguito dal diritto europeo (e dalla Commissione che è monopolista dell'iniziativa) è che la funzionalità dei sistemi comuni sia assicurata anche a scapito della protezione di tutele soggettive.

Fra le ragioni della opposizione alla codificazione ampia (tipo quella proposta da ReNEUAL) vi è, pertanto, il timore di un innalzamento della complessità dell'azione amministrativa nei sistemi amministrativi comuni a danno della *performance*. Anche l'inerzia della Commissione nel presentare una proposta di regolamento, esercitando il suo privilegio, è verosimilmente imputabile alla preoccupazione che una simile disciplina, pensata per tutelare la parte debole del rapporto cittadini/autorità attraverso una serie di regole che mirano a limitare il *pouvoir exorbitant* delle amministrazioni, possa costituire un ostacolo all'efficiente cura della funzione che le è attribuita.

⁶¹ Si veda a tal proposito G. DELLA CANANEA-D. U. GALETTA (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, pp. 12 ss.

Si palesano, dunque, due paradossi. Il primo è che l'ordinamento europeo tacciato di liberismo invece ha sviluppato un consistentissimo "stato amministrativo" nel quale il momento dell'autorità sembra sopravanzare il momento della libertà. Sicché neanche il giudice europeo sta riuscendo nella protezione attraverso principi generali delle istanze liberali insite nel diritto amministrativo (come dimostra il caso relativo al diritto di accesso esaminato in precedenza).

Il secondo paradosso è che nell'ordinamento europeo è il Parlamento europeo a spingere per la codificazione (che innalzerebbe la protezione delle "istanze liberali"), mentre nell'esperienza degli stati i parlamenti, con la loro tendenza ad estendere i compiti pubblici e gli interessi protetti, hanno rinforzato l'autorità a scapito della libertà. Ciò si spiega per la profonda differenza strutturale tra stati e Unione europea sul piano della forma di governo. A ben vedere le iniziative del Parlamento favorevoli alla codificazione possono essere lette nel prisma della tensione con la Commissione e col desiderio del primo di "controllare" la seconda.

La domanda che, a questo punto dell'analisi, si impone è se la codificazione del procedimento amministrativo europeo sia davvero auspicabile. In virtù della codificazione si realizzerebbe certamente l'innalzamento delle tutele, ma a scapito di un decremento della *performance* dei "sistemi comuni". La nostra risposta è che se tale intervento comportasse la crescita del credito dei cittadini europei nei confronti dell'Unione, per via di una legittimazione attraverso il diritto, i benefici della codificazione per l'ordinamento europeo potrebbero superare i costi.

Quanto invece alle implicazioni per gli Stati membri, queste varierebbero al variare dell'ambito di applicazione dell'ipotetico regolamento: nel caso in cui la disciplina fosse indirizzata anche alle amministrazioni nazionali responsabili dell'attuazione del diritto europeo, ipotesi preferibile, si avrebbe la convergenza dei diritti amministrativi nazionali verso un paradigma comune⁶². Al momento, infatti, quando il diritto europeo disegna moduli esecutivi indiretti disciplina in nulla o solo in parte il procedimento che dovrà seguire l'amministrazione nazionale che opera in funzione comune. Ciò sul presupposto che esiste un diritto amministrativo nazionale adeguatamente sviluppato. Tale presunzione, tuttavia, in un'Unione allargata può non essere sempre vera. L'uniformazione delle regole procedurali, dunque, eliminereb-

⁶² In ogni caso è bene precisare che anche se le istituzioni europee scegliessero di adottare un regolamento applicabile esclusivamente alla burocrazia europea, vi sarebbe comunque un effetto di *spill over* della disciplina europea sulle normative nazionali.

be le eventuali discriminazioni imputabili alla molteplicità delle legislazioni nazionali sull'attività amministrativa e alla maggiore o minore ampiezza delle tutele soggettive accordate dalle stesse.

In definitiva, i risultati della nostra analisi sembrano sostenere l'opportunità di codificare i principi e le norme sul procedimento amministrativo, se non fosse per i dubbi che genera l'eventuale generalizzazione di principi e istituti presenti nel diritto europeo settoriale. L'adozione di una misura normativa di settore, infatti, è sempre il frutto di un equilibrio compromissorio tra istanze diversificate raggiunto rispetto ad un determinato "problema di governo". L'estensione generalizzatrice potrebbe forse comportare il rischio che una soluzione buona in un settore non sia tale in altri. Sotto il profilo culturale si profila, quindi, uno scontro tra un pragmatismo conservatore dello *status quo* e una sorta di idealismo (nei termini strettamente filosofici) riformatore. Una valida alternativa potrebbe essere quella di optare per una normativa di principi, sul modello della Raccomandazione della Commissione del 9 giugno 2016: un compromesso tra le istanze regolatorie e le resistenze alla codificazione che tuttavia potrebbe peccare di eccessiva astrattezza e, dunque, di inconcludenza. Rinviando ad un ulteriore studio il confronto tra le proposte di regolamento, possiamo concludere che, sebbene il quadro attuale non ci consenta di esprimerci con assolutezza su quale sia l'angolo di visuale più lungo per le incerte future stagioni dell'Unione europea, l'ipotesi della codificazione del procedimento amministrativo europeo sembrerebbe tendere al perfezionamento del diritto ultrastatale esistente.

5. Conclusioni

L'Unione europea professa trasparenza, partecipazione, apertura. L'analisi di alcune normative di settore, al contrario, ha dimostrato che queste costruiscono procedimenti composti ed articolati in cui i diritti soggettivi sono garantiti esclusivamente nell'attuazione diretta del diritto dell'Unione europea da parte delle autorità sovranazionali. La tutela dei medesimi è affidata alla legislazione nazionale per quanto concerne l'attività delle amministrazioni nazionali in funzione comunitaria.

Il momento della cooperazione tra il livello sovranazionale e quello nazionale è disciplinato dal diritto europeo sono nella misura in cui occorre as-

sicurare l'efficienza del sistema comune e realizzare l'unità dell'applicazione delle norme comunitarie.

Scopriamo così che la normativa settoriale non si preoccupa di garantire, all'interno dei cosiddetti moduli ibridi, il diritto di essere ascoltati o l'accesso ai documenti in funzione della difesa dei propri interessi; addirittura può limitare simili diritti. Si creano perciò ampie aree grigie in cui la carenza di normazione si traduce in deficit delle tutele soggettive.

La codificazione delle regole e dei principi sul procedimento amministrativo europeo, da molti auspicata, potrebbe colmare tali vuoti normativi e ricondurre ad unità l'incompleta e frammentaria normativa di settore. Per di più essa accrescerebbe la legittimazione dell'Unione europea ed azzererebbe i casi di discriminazioni dovuti all'applicazione delle eterogenee legislazioni nazionali.

Tuttavia, risulterebbe davvero utile solo nella misura in cui l'eventuale regolamento si applicasse anche alle amministrazioni nazionali, oltre che a quelle sovranazionali, poiché è nell'ambito del concorso tra i due livelli che il sistema mostra le sue insufficienze (nei termini dello sbilanciamento verso la *performance* a scapito delle tutele soggettive).

L'analisi ha quindi svelato un duplice paradosso: l'Unione europea rivela un inaspettato volto autoritativo e il Parlamento, che negli stati nazionali si è tradizionalmente battuto per il rafforzamento dell'autorità a scapito delle libertà, nell'esperienza europea si fa promotore delle istanze liberali.

Questa ricostruzione mostra una differente traiettoria di crescita dello "stato amministrativo" nell'esperienza dello stato nazionale e "dello stato amministrativo" in un potere pubblico sovranazionale, nuovo, certamente *sui generis*.