

Barbara L. Boschetti

La de-strutturazione del procedimento amministrativo

Nuove forme adattative tra settori e sistemi

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

La pubblicazione di questo volume ha ricevuto il contributo finanziario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore sulla base di una valutazione dei risultati della ricerca in essa espressa.

© Copyright 2018

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675201-7

INDICE

<i>Premessa</i>	11
A. Oggetto dell'analisi: quali procedure, quali norme?	11
B. Metodo dell'analisi: senso, criteri e limiti dell'analisi empirica	12

Capitolo I

Procedure amministrative (e il loro diritto) in contesto

1.1. Le procedure amministrative e il loro diritto: quale contesto?	15
1.2. Sistemi (e reti) quali contesti di regolazione e amministrazione	17
1.3. Sistemi e settori del diritto. Per una ri-lettura del concetto di settore	25
1.4. Sistemi e unità dei processi: dal <i>regulatory continuum</i> all' <i>administrative continuum</i> ?	29
1.5. Sistemi intelligenti di regolazione e di <i>governance</i> : i nuovi orizzonti della dimensione funzionale e strutturale delle procedure amministrative	34

Capitolo II

Procedure amministrative e settori del diritto. Il nuovo diritto delle procedure amministrative

2.1. Premessa. Il diritto delle procedure amministrative tra vecchie e nuove "ragioni"	43
2.2. Il diritto delle procedure amministrative tra globalizzazione (e post-globalizzazione), europeizzazione e settorializzazione	49
2.3. La settorializzazione del diritto delle procedure amministrative e le nuove ragioni del diritto <i>per settori</i>	54
2.4. Oltre la settorializzazione del diritto delle procedure amministrative: processi di contaminazione e convergenza nel diritto <i>di settore</i> delle procedure amministrative	61
2.5. Settorializzazione del diritto delle procedure amministrative ed evoluzione della disciplina generale sulle procedure amministrative dentro e fuori lo Stato	67
2.6. Diritto delle procedure amministrative e giuridicità del caso concreto	76

Capitolo III

*Le procedure amministrative di settore.**La nuova dimensione strutturale delle procedure amministrative*

3.1. La nuova dimensione strutturale delle procedure amministrative nelle discipline di settore: considerazioni introduttive e quadro di sintesi	81
3.2. Procedure amministrative “anticipate”	87
– L’emergere della dimensione <i>pre</i> -procedurale: quadro di sintesi	87
– Fasi <i>pre</i> -procedurali (anche opzionali e informali)	89
– Procedure <i>pre</i> -procedurali (anche di carattere dominante)	98
– La strutturazione della fase di avvio (e <i>pre</i> -avvio) della procedura nelle procedure autorizzatorie (e sanzionatorie)	105
– Procedure amministrative dipendenti (dalla dimensione <i>pre</i> -procedurale)	110
3.3. Procedure amministrative “aperte”	111
– L’emergere della dimensione <i>post</i> -procedurale: quadro di sintesi	111
– Fasi <i>post</i> -procedurali	113
– Procedure amministrative condizionanti	117
– Procedure <i>post</i> -procedurali	128
– Procedure <i>ex post</i>	134
3.4. Procedure amministrative “flessibili”	140
– La flessibilità strutturale: una nuova dimensione? Quadro di sintesi e riflessioni introduttive	140
– Procedure amministrative opzionali (con modalità <i>opt in</i> e <i>opt-out</i>)	142
– Procedure alternative (<i>opzionali</i>)	145
– Procedure (autorizzatorie e sanzionatorie) a struttura variabile e/o modulare	149
– Procedure multi-livello e/o trans-nazionali, eventuali o flessibili	156
3.5. Procedure amministrative “uniche”	169
– L’emergere delle procedure uniche: quadro di sintesi e spunti di riflessione	169
– <i>M&As</i> tra procedure amministrative: le procedure (eventualmente) dominanti	170
– Procedure uniche (di tipo sostitutivo) alternative e/o opzionali	176
– Procedure uniche e principio del “ <i>one-stop shop</i> ”	181
– <i>Global marketing authorization</i> : una nuova unità procedurale?	186
– Il (nuovo) concetto di “procedura unica” nel diritto dell’Unione europea	191
– Le procedure (uniche) di vigilanza e adempimento collaborativa/o	195

Capitolo IV
*Procedure amministrative di settore e adattatività di sistema.
Una nuova intelligenza?*

4.1. L'emergere della capacità adattativa delle procedure amministrative in chiave di sistema e di processo	201
4.2. Il carattere multiforme della capacità adattativa delle procedure amministrative	207
4.3. Capacità adattativa delle procedure amministrative e garanzie partecipative	214
4.4. Adattatività procedurale, <i>big</i> (e <i>mini</i>) <i>data</i> , nuove tecnologie: scenari di intelligenza regolatoria	222
Appendice: grafici e tabelle	231
Bibliografia	247

PREMESSA

A. Oggetto dell'analisi: quali procedure, quali norme?

Le riflessioni contenute in questo volume si basano sui risultati di una indagine empirica condotta sulle norme settoriali delle procedure amministrative e, dunque, sulle procedure amministrative di settore.

Nella selezione del tipo di procedure amministrative si è deciso di escludere le procedure di regolamentazione e regolazione, per la specificità che queste assumono non tanto, o solo, sul piano della funzione, quanto della struttura procedimentale. Si sono altresì escluse le procedure volte all'emanazione di provvedimenti amministrativi generali (diversi da quelli di regolamentazione/regolazione), per le caratteristiche, ancora una volta, peculiari, che le caratterizzano. Fatte salve queste esclusioni, si è invece deciso di non limitare l'indagine a singole categorie di procedure amministrative, ma di abbracciare l'ampio spettro delle procedure – di accertamento, di valutazione, autorizzative, di riconoscimento di benefici, di iscrizione, di affidamento di contratti pubblici, di vigilanza e sanzionatorie – che trovano ingresso nelle singole discipline di settore. Questa scelta è stata dettata dal desiderio di scoprire eventuali, e al principio dell'analisi del tutto ipotetiche, inter-conessioni tra procedure amministrative collocate lungo la linea del cd. processo regolatorio (di creazione, attuazione e applicazione della norma).

Quanto ai settori, si sono presi a riferimento principale quelli interessati dall'intervento del diritto dell'Unione europea, per la portata innovativa che l'ordinamento sovra-nazionale ha sul diritto interno e, per quanto qui maggiormente interessa, sui regimi procedurali. Per ogni singola procedura sono però state esaminate anche le fonti nazionali e, ovviamente, regolamentari. Ove esistente, l'analisi ha cercato di valorizzare anche la cd. *soft. law* procedurale. Infatti, è solo attraverso questo articolato sistema di fonti che può essere, da un lato, ri-composto il diritto delle procedure amministrative e, dall'altro, ri-costruita e rintracciata la dimensione strutturale delle procedure amministrative.

Lo stesso approccio inclusivo ha guidato la scelta dei settori, nella convinzione che, anche per l'approccio sperimentale seguito dal legislatore dell'Unione europea, le novità più significative sono talvolta veicolate attraverso micro-settori per poi essere diffuse in altri settori, di maggiore impatto e più strutturati. A meri fini organizzativi, le

decine di settori esaminati, sono stati organizzati per macro-settori, quali, ad esempio: agroalimentare, ambiente, mercato (concorrenza e tutela del consumatore), mercato finanziario, bancario, assicurativo, energia, contratti pubblici, mobilità (delle persone), salute e sicurezza, territorio (edilizia e paesaggio), fisco.

B. Metodo dell'analisi: senso, criteri e limiti dell'analisi empirica

L'analisi delle procedure amministrative di settore si presenta come una analisi dei regimi procedurali di settore delle procedure amministrative.

Nell'affrontare questo vero e proprio viaggio nell'universo dei diritti di settore si è inevitabilmente assunto un approccio neutro, non condizionato. Il primo passo è stato dunque quello di procedere all'individuazione, entro le singole discipline di settore, delle procedure amministrative in esse previste; per ciascuna di tali procedure si sono poi ricostruite le fonti normative (dal livello supra-primario a quello di *soft law*, se esistente). All'esito di questa prima fase si è così ottenuta una tabella, organizzata per macro-setto e, entro questi, per settori, con un elenco, per ciascuno di questi, delle procedure amministrative e dei rispettivi regimi procedurali.

A questa prima fase, ne è poi seguita una seconda, dedicata all'analisi dei regimi procedurali così ricostruiti, al fine di verificare se le "novità" individuate già a una prima lettura del testo normativo, fossero qualcosa di più che degli accadimenti episodici e, soprattutto, se esprimessero una qualche "visione" regolatoria.

Questo percorso di analisi è stato, però, tutt'altro che semplice. Innanzitutto, ci si è interrogati sull'esistenza di un modello di procedimento amministrativo (cioè, per quanto qui interessa, di struttura procedimentale) che potesse essere preso a riferimento, quale parametro per l'individuazione, appunto, delle novità e delle trasformazioni in atto. Peraltro, proprio per l'ampio spettro di procedure amministrative esaminate, comprendente anche procedure di vigilanza e sanzionatorie, questo primo interrogativo ha dovuto subito essere declinato al plurale.

Lo sguardo si è subito rivolto al cd. diritto generale delle procedure amministrative, nella speranza che in esso si potesse rinvenire un modello, o *rectius*, dei modelli di riferimento. Pur nella sua estrema ricchezza, questo scenario non ha però restituito ancoraggi sicuri: sia perché queste leggi solo raramente si occupano della struttura del procedimento amministrativo e, se lo fanno, è spesso in via indiretta (in altri termini, la struttura emerge quale mero riflesso di standard procedurali per esse fissati), sia perché non sempre esse assumono in sé la varietà di procedure amministrative (ad esempio, regolatorie, autorizzative, di vigilanza e sanzionatorie), quasi che il procedimento fosse una variabile indipendente dalla funzione che per esse l'amministrazione esercita. A questo si aggiunge che, a motivo della apertura delle fonti del diritto generale delle procedure amministrative e dei suoi stessi principi, questo si presenta altamente dinamico e, dunque, non fosse che per questo, non una sicura base di riferimento a fini

classificatori. Ci si è così affidati al modello procedimentale, se si vuole astratto, di costruzione dogmatica e veicolato dalla manualistica: in termini basilari, una sequenza di atti e operazioni tra loro collegati funzionalmente in vista, e al servizio, del provvedimento amministrativo, articolato per fasi. Un modello che trova nella funzione e nel provvedimento le sue coordinate fondamentali.

Una seconda criticità ha riguardato la classificazione delle novità, a partire da questo modello astratto ed essenziale di procedimento amministrativo. La classificazione – o, se si vuole, codificazione – delle novità è un processo di analisi che va oltre quello della loro individuazione e che richiede, innanzitutto, di stabilire degli schemi, dei tipi di deviazioni, alle quali ricondurre le singole novità. Si è partiti col delineare quattro macro-schemi di riferimento e, quindi, sub-categorie che consentissero di equilibrare il bisogno di sistematicità con l'esigenza di restituire la estrema varietà di strutture procedurali veicolate dalle discipline di settore. La validazione delle macro-categorie ha potuto però avvenire solo in via di fatto e a posteriori: insomma, inizialmente tali macro-categorie hanno rappresentato delle ipotesi di classificazione, più che delle verità. In ogni caso esse conservano un valore descrittivo e riassuntivo, non certamente dogmatico, né prescrittivo.

A partire da queste quattro macro-categorie (procedure amministrative anticipate, procedure amministrative aperte, procedure amministrative flessibili e procedure amministrative uniche) e delle sub-categorie in esse individuate, si sono così classificate o, appunto, codificate, tutte le novità individuate nel corso dell'analisi dei regimi procedurali di settore. Per facilitare la lettura dei dati ogni macro categoria è stata abbinata a una lettera (A, B, C, D), ogni sub-categoria a un numero (1, 2, 3, 4), di modo che ad ogni novità – o deviazione procedurale – potesse corrispondere un codice di classificazione che tenesse conto ad un tempo della macro-categoria e della sub-categoria: ad esempio, A1 o D3.

All'esito di questa attività, si è ottenuto un elenco di procedure, classificate, ciascuna, in relazione alle 4 macro-categorie individuate e alle sub-categorie ad esse relative. Le tabelle di sintesi dell'attività di classificazione sono allegate, in calce, a questo volume.

Sebbene questa attività possa prestarsi anche ad una analisi di tipo quantitativo, questa richiederebbe però la correzione di una serie di distorsioni che derivano dal modo in cui i settori del diritto nascono (nella dimensione internazionale e sovra-nazionale) e sono poi via via ricomposti nella dimensione nazionale o, addirittura sub-nazionale. Senza contare, poi, che vi sono distorsioni legate alla portata trasversale di alcune procedure. Con questi limiti, la restituzione dei dati quantitativi – almeno, di certi dati quantitativi – conserva un suo valore e un suo interesse ai fini dell'analisi giuridica.

A partire da questa analisi empirica e dai risultati di classificazione per essa raggiunti hanno preso il via le riflessioni qui contenute.

Un ringraziamento particolare va alla prof.ssa Daniela Caruso (Boston University, School of law) per avermi stimolata a utilizzare questo metodo di analisi delle procedure amministrative, nonché ad esplorare l'universo del *machine learning*.

L'elenco completo delle pubblicazioni
è consultabile sul sito

www.edizioniets.com

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



Pubblicazioni recenti

STUDI

discipline pubblicistiche

- Barbara L. Boschetti, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, 2018
- Simone Rodolfo Masera, *Concessioni idroelettriche. Evoluzione e prospettive*, 2018
- Marcello Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, 2018
- Rosa Palavera, *Il penalista e il suo spartito. L'imprescindibilità del segno nel diritto penale*, 2018
- Marcello Clarich, *Scritti scelti di diritto amministrativo (1982-1999)*, 2017
- Gianfrancesco Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, 2017
- Sara Cocchi, *Uguali nella sostanza, differenti per territorio? La tutela costituzionale dei diritti sociali in Italia e in Spagna*, 2016
- Valentina Gastaldo, *La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo tra concorrenza e governo del territorio*, 2016
- Francesco Morosini, *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca Centrale Europea (BCE)*, 2014
- Michele Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, 2013
- Marco Croce, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2012
- Giuliano Fonderico, *Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, 2012
- Fabio Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, 2012
- Francesco Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, 2011
- Emiliano Frediani, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, 2010
- Luigi Benvenuti, Marcello Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, 2010

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com

Finito di stampare nel mese di marzo 2018